

LA NUOVA GIURIDICA

FLORENCE LAW REVIEW

ISSN 2974-5640

2024 1

spazio

FIU
FIRENZE
UNIVERSITY
PRESS

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 Cudia	University of Florence
Prof. Chiara Favilli	University of Florence
Prof. Ilaria Pagni	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 Board

Prof. Tommaso Greco	University of Pisa
Prof.ssa Silvana Dalla Bontà	University of Trento
Prof. Andrea Simoncini	University of Florence
Prof.ssa Paola Lucarelli	University of Florence

Editorial Team

Editor-in-chief

Prof. Chiara Cudia University of Florence

Direttore responsabile

Avv. Giampaolo Di Marco

Managing editors

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

Editorial Board

Prof. Chiara Cudia (member by right) University of Florence

Administrative and tax law

Journal editor - Giacomo Sequi	University of Campania “Luigi Vanvitelli”
Vice journal editor - Lorenzo Ricci	University of Tuscia
Bruno Ballerini	“Roma tre” University
Natalia Cecconi	University of Turin

Criminal law

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

Alessandra Rossi	University of Florence
Sara Ammavuta	University of Florence
Elisa Capanni	University of Florence
Gianluca Fini	University of Florence

Constitutional, EU and international law

Journal editor - Duccio Bongiovanni	University of Florence
Vice journal editor - Lorenzo Nencini	University of Florence/ University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Lapo Montelatici	University of Florence
Nicole Fenti	University of Florence
Caterina Neri	University of Florence
Lorenzo Corsi	University of Florence
Francesca Iacopozzi	University of Florence

Private Law

Journal editor - Federico Fidanza	University of Padua
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”
Davide Graziuso	University of Florence
Alice Landi	University of Florence

History and philosophy of law

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

INDICE

Editoriale.....	I
-----------------	---

*

M. PALMA, <i>Le dimensioni del vigilare</i>	1
---	---

*

G. GARDINI, <i>Il difficile cammino del decentramento tra riforme, emergenze e resistenze. Alla ricerca di un “sistema delle autonomie territoriali”</i>	12
F. GIGLIONI, <i>La tutela dello spazio pubblico attraverso la sicurezza urbana: spunti per una ricostruzione nuova</i>	39
S. MANACORDA, M. COLACURCI, <i>Il “reato universale”? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano</i>	52
L. DE PROPRIIS, <i>Considerazioni sparse sulla tutela transfrontaliera del consumatore nello spazio giudiziario europeo</i>	79

*

L. ARDUINI, <i>Lo spazio della pena di morte negli Stati Uniti</i>	107
B. BALDINI, <i>La governance multilivello per il ripristino degli ecosistemi urbani</i>	132
G. REDIGONDA, <i>Il diritto dello spazio extra-atmosferico e le sue fonti. Glorie passate e tendenze evolutive recenti</i>	150

*

C. CAMPODONICO, <i>La due diligence degli stati nello spazio extra-atmosferico: alcune prime sfide della nuova era spaziale poste da attori privati</i>	167
A. CARRASSA, <i>Tre metri quadri: lo spazio della dignità? Il valore del criterio spaziale nelle decisioni riguardanti la violazione dell'art. 3 CEDU</i>	184
I. CECCATONI, <i>REMS, un futuro incerto</i>	195

Interviste

G. AMATO, <i>Il diritto e la politica</i>	210
---	-----

Maestri

A. PROTO PISANI, <i>Ricordo di un amico: Alessandro Pizzorusso</i>	213
--	-----

Spazio aperto

R. IBRIDO, <i>Recensione a Virginia Campigli: "L'autodichia degli organi costituzionali. Dal privilegio dell'organo alla tutela amministrativa dell'individuo" (ESI, 2023)</i>	223
G. DI GIROLAMO, <i>"Tornate all'antico, sarà un progresso". I fondamenti della cultura costituzionale moderna nello spazio giuridico e filosofico della classicità greco-romana</i>	227

SPAZIO

Il quinto volume de *La Nuova Giuridica* inaugura un dittico di pubblicazioni dedicate, rispettivamente, ai concetti di “spazio” e “tempo”. Questa scelta tematica è stata indotta dall’osservazione, sempre più evidente, che siamo dinanzi a categorie in continua evoluzione, anche in ragione dello sviluppo inarrestabile delle conoscenze scientifiche e delle correlate applicazioni tecniche. Un simile rilievo ci ha spinto a riflettere su come il diritto interagisce con queste fondamentali “dimensioni” del reale.

A proposito di spazio - oggetto di questo numero - gli studi che pubblichiamo restituiscono il quadro di una nozione alquanto equivoca.

Spazio, anzitutto, come ambito di applicazione della norma giuridica. Se il diritto regola rapporti tra persone, occorre individuare un criterio per definire quali rapporti siano regolati e quali no. Lo spazio, materiale o immateriale che sia, segna il confine del diritto. È questo il senso di spazio come territorio che tradizionalmente si utilizza innanzitutto quando si discorre di limiti alla sovranità degli Stati.

D’altro canto, è emersa un’altra considerazione giuridica dello spazio: spazio come luogo da ordinare. Il diritto stabilisce come lo spazio debba “apparire”, che sembianze debba avere, nel tentativo di soddisfare gli interessi privati e pubblici che su di esso insistono. Così, la norma giuridica impone - mediamente - come debbano conformarsi spazi del più vario genere, dagli spazi urbani a quelli detentivi.

A proposito di reclusione, peraltro, emerge una ulteriore e specifica chiave di lettura del concetto di spazio: spazio come strumento di coercizione, come mezzo di privazione della libertà personale. Gestire spazi diviene tecnica di esercizio del potere.

Aprè la pubblicazione uno scritto di Mauro Palma, che consente di addentrarsi nella polivalenza semantica della nozione di spazio, indagando, in particolare, la dimensione spaziale e temporale della pena detentiva. Stefano Manacorda e Marco Colacurci, invece, analizzano la categoria del “reato universale”, interrogandosi sui limiti territoriali alla potestà punitiva dello Stato. Luigi De Propriis approfondisce alcuni risvolti applicativi di carattere internazional-processuale, aperti dal recente intervento delle Sezioni Unite a proposito di stabilità del decreto ingiuntivo non opposto emesso contro un consumatore. Infine, Gianluca Gardini e Fabio Giglioni affrontano la nozione di spazio da una prospettiva amministrativistica: il primo concentra la propria analisi

sul decentramento territoriale delle funzioni amministrative, il secondo si interroga sulla capacità della sicurezza urbana di governare lo spazio pubblico.

Nelle sezioni dedicate a dottorandi e studenti si segnalano, altresì, studi a proposito del rapporto fra “nuovi” spazi extra-atmosferici e sovranità, e del dibattito, influenzato da recenti pronunce della Corte EDU, sulle dimensioni minime delle celle carcerarie perché non sia lesa la dignità del detenuto.

Per la sezione *Maestri*, siamo grati di pubblicare un ricordo personalissimo di Alessandro Pizzorusso, costituzionalista eminente prima dell’ateneo fiorentino, poi di quello pisano, per mano di Andrea Proto Pisani.

Da ultimo, abbiamo l’onore di offrire ai lettori una intervista a Giuliano Amato, presidente emerito della Corte costituzionale, che ripercorre con noi la sua traiettoria politica, mettendo in luce l’impatto che su di essa ha avuto la sua formazione giuridica.

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

LE DIMENSIONI DEL VIGILARE

MAURO PALMA*

Sempre minore è il valore attribuito, da chi influenza il pensiero diffuso, all'inclusione, quale criterio per relazionarsi con una persona il cui comportamento manifesta crisi anche gravi. Si consolida l'idea dell'esclusione, della separatezza, della chiusura. Questa linea di intervento si riflette anche sulla detenzione penale accentuando l'anonimia delle persone ristrette, l'assenza di significato del loro tempo e la configurazione informe e muta degli spazi, affollati, a loro destinati. La vigilanza preventiva di un Garante dei diritti delle persone recluse deve partire dall'attenzione a questi aspetti.

Less and less is the value attributed by those who influence public opinion to inclusion, as a criterion for relating to a person whose behaviour manifests serious crises. The idea of exclusion, separateness and closure is consolidated. This line of intervention is also reflected on criminal detention, emphasising the anonymity of the restricted persons, the absence of meaning of their time and the shapeless and mute configuration of the crowded spaces intended for them. The preventive supervision of a Guarantor of the rights of persons deprived of liberty must start from attention to these aspects.

SOMMARIO: 1. Una premessa. – 2. Appartenenza e inclusione. – 3. Il significato del proprio tempo. – 4. Ciò che lo spazio ci dice. – 5. Il rischio dell'anonimia.

1. *Una premessa.* – Difficile, se non impossibile, fare un bilancio esaustivo della propria esperienza di responsabilità in una Istituzione, quando questa continua la sua vita sebbene condotta da altre persone. Occorre sempre evitare la deriva personalistica di un impegno, proprio per dare luce alla realtà istituzionale che prosegue nel cammino e che rappresenta il primo valore da tutelare e consolidare. Nel caso del *Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, la mia e quella delle due altre componenti del Collegio è stata una esperienza costitutiva, giacché tale Autorità garante non esisteva

* Già presidente del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale.

precedentemente e il nostro era il primo Collegio, nominato per il suo avvio e insediato dopo un dibattito che veniva da lontano¹.

Soltanto alcune settimane fa, in un articolo per la pagina web del Centro studi di politica internazionale CeSPI² ho osservato come la costruzione di un tessuto istituzionale che tenga insieme soggettività diverse, spesso espressione anche di impostazioni culturali distanti, ma convergenti nell'impegno attorno a una data area problematica e nell'ancoraggio di tale impegno ai principi costituzionali, possa metaforicamente essere rappresentata dalla tessitura di una esile, ma solida, tela di ragno. La connessione tra i diversi punti che i sottili fili realizzano grazie all'opera continua del ragno, finisce con l'averne una conformazione, pur mantenendo la sua flessibilità e, proprio per questo, tende a configurarsi come una rete resistente, al di là dell'apparente fragilità; talmente solida da contenere anche corpuscoli di qualche dimensione e peso al suo interno. Ciò che viene conservato nella rete così tessuta, da preservare come un bene, è nel caso di una Istituzione – ho allora proseguito, forzando la metafora – proprio il suo valore di costruzione democratica: bene prezioso da conservare e proteggere anche dalle perturbazioni e dai maltempi che un mutato ciclo politico o culturale può determinare.

2. *Appartenenza e inclusione.* – Riprendo ora questa immagine perché utile a comprendere il difficile momento di una Istituzione che rivolge il suo sguardo e la sua azione verso le persone che per molte, diverse e distanti ragioni sono private della libertà, proprio perché considera che tale loro contingente situazione determini di per sé un'accentuata vulnerabilità rispetto alla tutela dei propri diritti. Difficile, perché deve porre tale sguardo in una fase culturale in cui sembra necessario tornare a riaffermare con forza che solo la capacità di riconoscere e tutelare le parti patologiche del corpo sociale può far sviluppare positivamente la tutela complessiva dei diritti anche delle parti apparentemente sane. Così il primo compito istituzionale da conservare in quella tela di ragno risiede nel riconoscere e affermare l'*appartenenza* allo stesso corpo sociale anche di coloro che vivono al di là di muri e cancelli: di coloro che sono in quella situazione per responsabilità personale o per irregolarità amministrativa, per problemi di salute o anche per

¹ Il primo Convegno internazionale sulla possibile istituzione di un'Autorità di garanzia di supporto e dialogo con la Magistratura di sorveglianza per affrontare molti aspetti di criticità dell'esecuzione penale in carcere, si tenne a Padova il 14 e 15 novembre 1997. Al Convegno vennero presentate alcune esperienze internazionali di rapporto tra tutela giurisdizionale e organi di supporto e controllo di natura non giurisdizionale. Una particolare attenzione venne riservata alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o pene inumani o degradanti e al Comitato che tal Convenzione ha introdotto, operativo dal 1989. Proprio tale esperienza ha portato ad ampliare l'attenzione dal carcere a tutte le altre forme, di natura penale, amministrativa, sanitaria o sociale, di privazione della libertà personale. Gli atti del Convegno del 1997 sono stati pubblicati a cura di A. COGLIANO, *Diritti in carcere. Il difensore civico nella tutela dei detenuti*, Roma, 2000.

² M. PALMA, *Tessere i diritti: il Garante nazionale dei diritti delle persone private delle libertà personali*, Centro Studi di Politica Internazionale, <https://www.cespi.it/it/eventi-attualita/editoriale/tessere-i-diritti-il-garante-nazionale-dei-diritti-delle-persone-private> (ultima consultazione in data 17 maggio 2024).

mere vicissitudini della propria esistenza. Questa affermazione deve però vivere di concretezza, fondandosi sull'andare a vedere dettagliatamente le loro vite, gli spazi dove queste si esprimono, il significato del tempo che vi trascorrono, le opportunità di un vero ritorno all'esterno che vengono o meno costruite in tali luoghi. Questo è il compito del *Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, a partire da due parole chiave: la prima, già menzionata, è *appartenenza*, la seconda è *inclusione*. Sono forse le due parole che riassumono gli otto anni della prima esperienza della giovane Autorità di garanzia e devono costituire la cifra paradigmatica della direzione del suo ulteriore procedere nel solco della sua stessa ragion d'essere.

Affermare l'*appartenenza*, può sembrare semplice, quasi scontato. Non è così. Perché significa far vivere tale concetto anche nelle scelte amministrative, nella individuazione dei luoghi dove dislocare le strutture che ospiteranno coloro che sono privati della libertà personale, nel considerare le connessioni di tali luoghi al tessuto urbano, nel disegnare i loro spazi interni e nell'orientare in essi l'organizzazione da parte dei singoli dei propri tempi, pur in un sistema ordinatamente regolamentato. Il mondo dei luoghi della privazione della libertà non deve essere luogo "altro": ci appartiene e quei muri e quei cancelli, che talvolta sembrano eretti per nascondere o per assicurare chi è al di qua di essi, devono indicare soltanto una separazione temporale e mai costituire una separazione sociale e concettuale. Perché oltre alla riserva di legalità e di giurisdizione che la Costituzione pone a baluardo di ogni misura restrittiva della libertà personale, vi è anche una riserva di appartenenza sociale che gli articoli 2 e 3 della Costituzione stessa pongono a baluardo di ogni previsione normativa specifica³.

Anche la parola *inclusione* deve essere affermata e con continuità, per indicare paradigmaticamente la modalità con cui affrontare le difficoltà che una società complessa presenta. È invece una parola attualmente oscurata e posta in crisi dall'evidente tendenza a misurarsi con tali difficoltà, pur innegabili, con impostazioni centrate sull'esclusione e sulla separazione. Questo atteggiamento, crescente, rappresenta un mutamento rilevante rispetto a quel segno culturale che, a partire dal dibattito dei primi anni Settanta, aveva portato a misurarsi con le difficoltà stesse, considerandole nella loro connessione sociale e individuando proprio in tale contestualizzazione le vie per superare le problematiche da esse rappresentate.

L'approccio inclusivo era stato, per esempio, alla base del superamento di una logica di intervento psichiatrico in cui la sovrapposizione incongrua tra

³ Nella presentazione negli anni della *Relazione al Parlamento* del Garante Nazionale (GNPL) questo concetto è stato ribadito ogni volta, proprio perché la mutevolezza delle maggioranze politiche poneva la necessità di affermare questa prospettiva come prerequisito di ogni scelta legislativa che il Parlamento avrebbe adottato. Va ricordato che nel corso degli otto anni del mandato del primo Collegio del Garante Nazionale (GNPL) si sono succeduti tre diverse Assemblee Parlamentari e cinque diversi Governi.

funzione medica e funzione di controllo determinava l'esclusione manicomiale e la cristallizzazione della separatezza. Da qui, la critica a ogni realtà istituzionale 'totale', foriera di uniformità omologante al proprio interno⁴ e anche, in un ambito diverso, ma socialmente rilevante, quale quello del diritto di tutti all'istruzione, l'abbandono della differenziazione di percorsi sulla base delle presunte disabilità, preludio di ulteriori separatezze sin dalla prima età, nonché la valorizzazione e il potenziamento di strutture territoriali e sociali che, proprio nella loro funzione intermedia di intercettazione della difficoltà dal suo primo manifestarsi sono maggiormente in grado di fornire supporto e controllo. Anche l'impianto complessivo dell'ordinamento penitenziario del 1975 è figlio di questa volontà inclusiva, quale risposta coerente al dettato costituzionale per l'esecuzione di ogni pena⁵.

Proprio questa impostazione è progressivamente messa in crisi oggi, anche in dibattiti sui mezzi di informazione, a partire da una apparente quanto ambigua volontà di maggiore individualizzazione dell'attenzione e finalizzazione dei relativi interventi. Così si enfatizzano, non solo nel nostro Paese, gli insuccessi dei modelli inclusivi e si cerca di settorializzare, differenziare. In fondo, sebbene non esplicitamente, di spingere sempre più al di là del visibile e, come tale interrogante, ciò che una società orientata sull'efficienza produttiva, timorosa e alla ricerca di una inappagabile percezione di sicurezza, tende a leggere come "altro"; per provenienza da mondi lontani, per diversità culturale, per stile di vita, soprattutto per l'essere deviante rispetto a un presunto concetto di normalità. Da qui, anche l'estensione dell'attenzione penale ad ambiti sempre crescenti e l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici⁶. Perché il reato non è più definito sempre come «offesa colpevole»⁷ a un bene giuridico rilevante, bensì spesso ricavato attraverso un procedimento opposto. È la devianza a essere precodificata, sulla base di pregiudizi sociali, fondati su stili di vita non accettati, addirittura sulla presunta offesa al decoro o sulle conseguenze di una quotidianità difficile per l'estrema povertà; la norma è codificata come elemento di risulta, cioè

⁴ Cfr. E. GOFFMAN, *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, New York, 1961 (trad. it. *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, a cura di F. Basaglia, Torino, 1968).

⁵ Si tratta di leggi adottate nel corso degli anni Settanta, aventi tutte il segno dell'inclusione. L'ordinamento penitenziario, come è noto, è stato introdotto con la Legge 26 luglio 1975, n. 354. La chiusura degli Ospedali psichiatrici civili è stata determinata dalla Legge 13 maggio 1978, n. 180, recante titolo *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*. Il Servizio sanitario nazionale è il risultato della Legge 23 dicembre 1978, n. 833 che porta nel titolo l'introduzione del Servizio. All'abolizione delle classi differenziali si è potuto procedere grazie a taluni articoli della Legge 4 agosto 1977, n. 517 recante titolo *Norme sulla valutazione degli alunni e sull'abolizione degli esami di riparazione nonché altre norme di modifica dell'ordinamento scolastico*. Il decentramento delle funzioni amministrative con l'attribuzione ai Comuni, delle funzioni di organizzazione dei servizi sociali è stato realizzato con il D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616.

⁶ Alla data attuale (5 maggio 2024) il Governo italiano, in carica dal 22 ottobre 2022, ha introdotto, tramite decreti-legge, successivamente convertiti dal Parlamento, più di venti nuove fattispecie incriminatrici.

⁷ Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, 1973, pp. 7 ss.

come descrizione rigida del comportamento non-deviante. Una società opulenta e timorosa, con pochi valori condivisi, con la riduzione dei luoghi di costruzione del legame sociale, tende a pre-individuare sfere di devianza cioè di comportamenti non omologabili – e come tali temuti – e a codificarli. In tal modo le norme sono già costruite, modellate su tali comportamenti e il problema della pena tende a diventare il problema della gestione e del controllo dei comportamenti, appunto, non omologabili. Ne consegue l'estensione dei reati minimali, dei reati che di fatto coinvolgono settori socialmente deboli della popolazione e anche la tendenza a legiferare su aspetti che riguardano la soggettività o anche il proprio corpo, nonché l'estensione dei reati cosiddetti “senza vittime”. Quindi, l'inflazione dello strumento normativo prima, di quello penale, poi⁸.

Negli anni del mio mandato ho visto ampliarsi l'area dell'attenzione e dell'intervento penale nelle diverse forme, alternative o restrittive senza che le une producessero una riduzione delle altre: sistemi in crescita parallela. Così se all'inizio del mio mandato vi era una complessiva area di centomila persone suddivise tra coloro che erano ristrette in carcere e coloro che erano sottoposte a una misura alternativa, al termine il totale era di circa centosessantamila⁹.

3. *Il significato del proprio tempo.* – L'espansione dell'area d'intervento penale, con il suo riflesso sui numeri della detenzione in carcere, oltre a determinare condizioni detentive inaccettabili, muta l'organizzazione complessiva del percorso detentivo e si riflette sui ritmi del tempo della detenzione e, quindi, sul suo significato per la persona ristretta.

Più volte, in occasione della presentazione della Relazione annuale al Parlamento sulle attività del *Garante nazionale*, ho avuto modo di sottolineare la diversa fisionomia che assume il tempo nelle strutture di privazione della libertà. Perché, nel rapporto con la specificità del vivere la propria quotidianità in tali luoghi, il tempo subisce mutamenti, deformazioni, che in parte rinviano al passato, in parte si caratterizzano in una spesso inutile dilatazione del suo presente e in parte nel timore per il futuro, quantunque auspicato. Il tempo, infatti, ha il volto contratto dalla tensione del momento in cui si è fatta una scelta che già conteneva, forse nascosto, il germe del suo possibile evolversi negativamente. È il *tempo dell'inizio*. Il momento della decisione di mettersi in mare o di attraversare una frontiera per un destino che si spera migliore contiene già, infatti, tutte le immagini di un futuro difficile, forse destinato a concludersi in un ritorno di sconfitta, che però non sono in grado di trattenere la decisione del momento. Anche il momento della decisione di commettere un reato ha in sé le immagini

⁸ Cfr. i due contributi G. PISAPIA, *Dopo un anno di lavoro* e M. PALMA, *Proposte per il carcere in Italia*, entrambi in *Il vaso di Pandora*, a cura di M. Palma, Roma, 1997.

⁹ Alla data di questo intervento (5 maggio 2024) le persone detenute in carcere sono 61318, a cui si aggiungono 543 minori ristretti negli Istituti penali minorili. Le persone in esecuzione penale in altre modalità (misure alternative, pene sostitutive, sanzioni di comunità, messa alla prova) sono 88 949. A questi si aggiungono i cosiddetti “liberi sospesi”, per i quali manca un dato certo, ma stimati all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024 attorno a 90 000.

del futuro che forse a volte non sono visibili a chi agisce e che sono destinate a comparire più avanti.

Più avanti, il *tempo riconfigurato* non è più quello di prima: si declina in parole come lentezza, dilatazione, ciclicità, che lo rendono sempre più distante dal suo omologo che fluisce all'esterno di tali luoghi chiusi. Parafrasando le parole che il Reverendo Dodgson (Lewis Carroll) fa dire al Coniglio bianco, rispondendo alla domanda di Alice, «a volte per sempre dura solo un secondo». Perché quell'attimo – del reato, del passaggio di un confine, dell'ingresso in un ricovero – determina un mutamento sostanziale dell'organizzazione della sequenzialità quotidiana, della futura catalogazione degli accadimenti e anche della soggettiva percezione del tempo nonché del suo impossibile coordinamento con il tempo degli altri; di chi non è recluso.

C'è un momento in cui la circonferenza che riassume metaforicamente il ciclico ritmo quotidiano dei luoghi detentivi e la retta a essa tangente che riassume l'andare del tempo esterno, coincidono nello stesso punto: poi la prima tornerà su sé stessa, mentre l'altra si allontanerà sempre più. A ogni incontro con una persona esterna, a ogni incontro con i propri affetti, ma anche a ogni momento di confronto con l'Istituzione che regola e legittima il procedere dell'assenza di libertà, circonferenza e tangente sono di nuovo insieme in un singolo punto: per un attimo sembrano avere lo stesso orologio, poi inevitabilmente si discostano, l'una torna a ripiegarsi nella logica dell'internamento, l'altra a seguire la direzione degli eventi¹⁰.

Come sincronizzare il più possibile i due tempi, quello interno e quello esterno, pur nella loro intrinseca differenza? La via da percorrere è quella di accentuare la loro possibile e parziale similarità, a partire da quel principio che è posto tra le premesse delle Regole penitenziarie europee – adottate dal Consiglio d'Europa – che indica che «la vita in carcere deve essere il più possibile simile agli aspetti positivi della vita all'esterno». Qui la “positività” va interpretata nel senso di evoluzione, di adesione, quindi, alla mutevolezza crescente del tempo esterno. Anche perché è erroneo considerare il tempo come una costante perché esso subisce contrazioni e dilatazioni al variare della rapidità dei mutamenti del contesto sociale. La misura del tempo della penalità, nella sua definizione edittale è invece centrata sulla non mutevolezza del tempo della pena, inteso quasi come un equivalente generale proporzionato alla gravità del reato, al bene offeso e alle condizioni di commissione dell'offesa stessa. Eppure, la quantità di esperienze e mutamenti racchiusa in una data unità temporale di privazione della libertà nel momento della definizione edittale della pena è ben diversa da quella racchiusa dalla stessa unità in un periodo diverso, caratterizzato dall'accelerazione dei mutamenti, sociali, tecnologici, relazionali; diversa al punto da poter determinare il venir meno di quel criterio di proporzionalità astrattamente ricercato. Così nel contesto di questi anni e della rapidità evolutiva dei modelli sociali, produttivi,

¹⁰ Garante Nazionale, *Presentazione della Relazione al Parlamento 2022*.

dimensionali, tecnologici e comunicativi la distanza tra quel tempo che ho definito come interno e quello esterno tende ad accentuarsi e il ritorno positivo rischia di allontanarsi.

Occorre invece sottolineare che i dati ci dicono che la gran parte delle persone oggi ristrette in carcere, circa quattro su cinque, ha un residuo di pena o una pena da scontare inferiore ai cinque anni¹¹. Tra un numero molto ridotto di anni, quindi, la gran parte di esse – quasi 49 mila – dovrà essere reinserita nella società; la maggiore connessione possibile tra il tempo interno e il tempo esterno è un elemento decisivo per il loro positivo reintegro in termini di una maggiore sicurezza della collettività, oltre che del loro personale percorso personale.

La terza tappa del mutamento del concetto di tempo in chi è ristretto è, infatti, quella del *tempo immaginato*, che ha la connotazione bifronte del desiderio e del timore, soprattutto dopo l'esperienza di un tempo che è stato fatto semplicemente fluire dall'inizio al giorno ultimo della detenzione, privo di significato. Un'esperienza che proietterà nel futuro la persona in una situazione strutturalmente analoga a quella dell'inizio e però più difficile nella sua fine perché segnata dallo stigma della detenzione.

Per questo credo sia importante affermare, quale principio su cui misurare la vita all'interno delle strutture chiuse, di detenzione penale o amministrativa – e anche in quelle di ricovero – il *diritto al significato del proprio tempo*. Affermarlo per ogni persona, libera o ristretta, perché il tempo non può essere privo di significato. Troppo spesso, invece, in carcere il tempo è vuoto o diviene una sorta di contenitore da riempire con qualcosa che richiama l'intrattenimento e non la progettazione – e purtroppo questo termine, *intrattenimento*, è stato più volte utilizzato in circolari varie della stessa Amministrazione penitenziaria.

L'inutilità del tempo è clamorosamente evidente nel caso di pene detentive molto brevi da scontare in carcere. Alla data odierna ci sono 1514 persone in carcere per scontare una pena – non un residuo di pena maggiore – inferiore a un anno, circa altri 3 000 una pena tra uno e due anni. È evidente che in periodi così brevi non sia possibile costruire alcun percorso che dia significato a quanto la nostra Carta prescrive come finalità tendenziale per ogni pena, troppo complessa essendo l'organizzazione carceraria. Questi segmenti di vita interrotta sono destinati a riproporsi; sono frantumazioni del tempo della vita, tratti vuoti, sottrazioni del significato stesso del proprio tempo: negazioni di quel diritto troppo spesso violato non solo in carcere, ma anche negli altri luoghi di privazione della libertà personale.

4. *Ciò che lo spazio ci dice*. – Il tempo vuoto non ha bisogno di spazi dialoganti. I Centri per il rimpatrio dei migranti irregolari, dove il tempo sembra essere fermo, sono, per esempio, essenzialmente dei contenitori modulari, a forma

¹¹ Le persone attualmente (5 maggio 2024) detenute in carcere sono 61 318. Di queste, 41 297 hanno almeno una condanna definitiva e tra esse coloro che hanno un residuo di pena o una pena inferiore ai cinque anni sono 32 573, pari al 78,9 per cento del totale.

di parallelepipedo, senza alcuna articolazione degli spazi e differenziazione degli ambienti. Rappresentano concretamente l'idea istituzionale di questa detenzione amministrativa, non moderata da alcuna finalità progettuale, bensì centrata solo sull'attesa di espulsione: la forma, l'assenza di organizzazione spaziale e l'uniformità del tempo che vi si trascorre confermano questa idea.

Anche per la detenzione penale la riflessione sugli spazi, per lo meno nella progettazione degli ultimi quarant'anni, è rimasta circoscritta alla capienza. Cioè alla sola sistemazione – più o meno decorosa – delle persone e al contenimento all'interno in condizioni di ordine e sicurezza. Assente ogni considerazione del possibile contributo che le scelte architettoniche possono dare alla tensione verso un'esecuzione penale costituzionalmente orientata. Tutto ciò indipendentemente dai problemi di affollamento che, ovviamente, aggravano tale algida impostazione. Gli edifici penitenziari costruiti tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni del decennio successivo, concepiti implicitamente come luoghi di mero contenimento, di semplice collocazione di persone da tenere separate dal contesto sociale esterno, non hanno, infatti, generato dibattito per anni, se non la verifica o meno della loro effettiva garanzia di sicurezza. La discussione si è sviluppata al più sugli standard, sullo spazio vitale, sui requisiti per non determinare quella violazione degli obblighi iscritti inderogabilmente nell'articolo 3 della Convenzione europea per i diritti umani che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha progressivamente interpretato in stretta connessione al numero di metri quadrati disponibile per ciascuna persona ristretta. In sintesi, una sorta di *modulor* di Le Corbusier¹² applicato alla galera, in cui si valutano le necessità spaziali per i possibili movimenti e si stabiliscono conseguentemente le misure minime da rispettare¹³. Questa indifferenza agli spazi ha ovviamente retroagito anche sull'organizzazione del tempo interno, di cui essa stessa era il prodotto. Perché sempre spazio, tempo e relazioni sono tre “figure” dialoganti, essendo ciascuna prerequisito per le altre due.

Se è ovvio e ben noto che l'organizzazione spaziale di un luogo sempre riflette una visione delle attività che in esso si intende svolgere e di fatto definisce e determina lo schema delle relazioni che vi si tessono e dei relativi tempi, ancor più stringente è tale riflettersi in un luogo destinato ad assolvere una funzione socialmente predeterminata, sulla base di un mandato affidato dalla comunità esterna. In uno spazio così configurato le relazioni si stabiliscono e si articolano

¹² *Le modulor* è la scala di proporzioni definite da Le Corbusier per la progettazione modulare degli spazi. Fu da lui pubblicato nel 1948 e ripreso come *Modulor 2* nel 1955.

¹³ La Corte europea per i diritti umani ha posto un punto definitivo sulla relazione tra spazio vitale disponibile per la singola persona ristretta e violazione dell'inderogabile articolo 3 della Convenzione europea per i diritti umani con la sentenza della Grande Camera nel caso *Muršić v. Croatia* (7334/13) del 20 ottobre 2016. Per un complessivo commento della sentenza cfr. A. ALBANO, A. LORENZETTI, F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario*, Torino, 2021. Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o pene inumani o degradanti prevede per la prima persona ristretta almeno 6 mq e altri 4 mq per ogni altra persona nella stessa stanza, per un massimo possibile di quattro persone nella stanza stessa.

all'interno di una funzione collettiva definita, programmata e corrispondente alla finalità a esso attribuita. L'organizzazione spaziale, quindi, riflette e determina, rafforzandola la visione del compito assegnato e non è mai neutra. Al contrario, la diversità nella strutturazione dello spazio contribuisce a indurre una diversa organizzazione della vita interna e, quindi, incide sullo schema delle relazioni che in essa si realizzano: nel caso del carcere sulla stessa modalità attuativa dell'esecuzione penale.

Occorre, quindi, innestare una visione dell'istituto penitenziario come luogo di *relazioni*, abbandonando la logica della separatezza che lo ha sempre più configurato come luogo del *conflitto*. In quanto luogo di relazioni, la sua caratterizzazione deve centrarsi sulla molteplice diversificazione degli spazi in cui la vita deve svolgersi, proprio per essere coerente con la complessità del compito che la Costituzione assegna a ciò che in quel luogo deve svolgersi. Su questa modulazione occorre definire le scelte di disegno architettonico che la riconoscano e la potenzino, rendendolo uno spazio parlante, superando così quell'idea di contenitore anonimo che caratterizza oggi lo spazio della detenzione.

Nella introduzione dell'elaborato finale di una Commissione, istituita nel gennaio 2021, sulle caratteristiche architettoniche di otto nuovi "padiglioni", da ottanta posti ciascuno, da realizzare secondo un programma – piuttosto miope per tempi e numeri – messo in campo dall'Amministrazione come timida risposta al sovraffollamento, si legge:

«L'insieme degli spazi deve prevedere una diversità esplicita in base al loro utilizzo nel corso del tempo giornaliero: tra spazi per il riposo, spazi per le ore di attività, spazi per le ore di socialità, quelli per le relazioni con l'esterno. Devono essere diversamente dislocati all'interno del complessivo contesto privativo della libertà personale, in modo tale che ci sia sempre un altrove dove andare a seconda delle ore del giorno. Occorre cioè rompere con la tendenza attuale a concepire la 'sezione' e talvolta la cella, quantunque definita 'stanza per il pernottamento', come luogo unico o comunque centrale nello svolgersi della giornata. La predisposizione di un altrove dove andare rompe con l'invariabilità del tempo e dello spazio vitale e contribuisce altresì alla micro-organizzazione personale della propria giornata. Quindi, si esce dal luogo della notte e si va in un altro luogo, non soltanto in un'altra stanza dello stesso luogo»¹⁴.

Avevo personalmente redatto questa parte dell'introduzione perché credo che la necessità di andare in un altro luogo nel corso della giornata sia un elemento essenziale per dare significato al tempo della quotidianità e per far sì che la persona ristretta percepisca che il suo attuale stato di privazione della libertà non diminuisce il suo essere pienamente responsabile del tempo della vita. Prerequisito per qualsiasi ipotesi di reintegro positivo nella società esterna.

¹⁴ La Commissione è stata istituita con Decreto ministeriale il 12 gennaio 2021 e ha completato il proprio lavoro il 31 luglio 2021, consegnando al Gabinetto del Ministro della Giustizia l'elaborato finale.

Non è dato sapere quale esito abbiano avuto le discussioni all'interno di quella Commissione e come il suo documento finale sia fruibile e soprattutto se sia stato indicativo per le progettazioni esecutive dei "padiglioni". Nonché se stia incidendo, nella loro realizzazione, quanto stabilito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 10 depositata il 26 gennaio 2024, che ha affermato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 18 dell'ordinamento penitenziario laddove prevede l'assolutezza del controllo visivo nei colloqui. La Corte ha così aperto la via a possibilità di incontri con i propri affetti in condizioni più riservate e, quindi, alla necessaria previsione di spazi adeguati a garantire tale diritto in condizioni, comunque, di sicurezza.

La significatività dello spazio è, tuttavia, prioritariamente determinata dalla collocazione della struttura detentiva rispetto al contesto urbano circostante: qui la riflessione sullo spazio richiama quella sulla complessiva progettazione urbanistica dell'articolazione di un territorio e sulla totale appartenenza a esso anche dei luoghi delle difficoltà che devono essere parte dialogante del disegno complessivo. Sono molti gli esempi negativi di dislocazioni individuate in zone particolarmente depresse, scarsamente appetibili per il mercato immobiliare, fino ad alcuni casi in cui l'Istituto è stato costruito su un terreno precedentemente utilizzato come discarica o in prossimità di impianti di smaltimento dei rifiuti. Una collocazione simbolica, questa, che ricorda le annotazioni di Zygmunt Bauman sulla crescita delle «vite di scarto» e la parallela crescita dei rifiuti nelle società complesse¹⁵.

Difficile la scelta della collocazione perché si associa alla riflessione sul mantenere o meno gli antichi Istituti e questa pone in conflitto due esigenze, entrambe fondamentali: quella dell'assicurare condizioni materiali più accettabili e più dignitose, spesso impossibile nei manufatti antichi, collocati nei centri storici delle città e frequentemente sottoposti anche a vincoli conservativi, e quella dell'assicurare, anche fisicamente, l'appartenenza alla città, in luoghi quasi consueti, resa invece difficile dalle costruzioni edilizie penitenziarie più recenti che, sebbene sostanzialmente più decenti, sono collocate però in luoghi distanti, noti solo a chi con il carcere ha una relazione diretta per il lavoro, per la presenza dei propri congiunti o per interesse specifico. Solo l'inserimento nelle reti comunicative, di accesso, di iniziative, di spazi sociali aperti anche alla comunità esterna può sciogliere il conflitto tra due esigenze, entrambe ineludibili.

5. *Il rischio dell'anonimia*. – Riflettere sul fluire del tempo e sul suo significato e riflettere sulla capacità dialogante degli spazi, sono le connotazioni di un occhio vigile, attento ai dettagli, intrusivo, ma cooperativo, quale deve essere quello di un *Garante*, nazionale o locale. Perché sono la sintesi di altri temi e problemi e perché sono tenuti insieme da un rischio, grave, che finisce col diminuire la dimensione personale di chi per quel tempo e in quegli spazi è ristretto. È il rischio

¹⁵ Z. BAUMAN, *Wasted Lives. Modernity and its Outcasts*, Cambridge, 2004 (trad. it. *Vite di scarto*, Roma-Bari, 2005).

dell'*anonimia*, effettiva o simbolica, che si realizza frequentemente innanzitutto con l'indifferenza verso i nomi delle persone; indicativa della non considerazione della pienezza delle loro vite che resta tale solo per la cerchia di chi è a loro legato. Chi esercita una funzione di garanzia ha come primo compito il ridare il nome perché il proprio nome è il primo diritto di ogni persona.

Nei luoghi di privazione della libertà, qualunque siano la loro specificità e le motivazioni per cui le persone sono in essi ristrette, l'*anonimia* è quasi una costante. Si presenta in una varietà di forme soprattutto nei confronti delle persone straniere o comunque di persone non direttamente inquadrabili in un presunto concetto di "normalità" la cui semantica sfocia nel luogo comune denso di paura, di difesa individualistica, di convenzionalismo: il nome è spesso sostituito da un aggettivo sostantivato che dovrebbe permettere di distinguere il soggetto in base a una sua rilevante caratteristica. In carcere questo avviene frequentemente.

Il *diritto al nome* non è codificato, non appartiene alla lista dei diritti fondamentali riconosciuti esplicitamente dal diritto positivo. Ma questa assenza è indicativa di una necessità ancor più forte perché è connaturata al non riconoscimento dell'individuo come persona e, nel nostro orizzonte costituzionale, della sua realtà interagente e comunicante con le altre.

Come più volte mi è capitato di ricordare, anche recentemente¹⁶, la negazione del diritto al nome si configura anche in una varietà di forme; per esempio, nella realtà penitenziaria, nell'*anonimia* di trasferimenti scollegati da qualsiasi connessione territoriale. Soprattutto in questo periodo, si configura nella indicazione di ipotesi per affrontare il tema del sovraffollamento penitenziario senza alcuna preventiva considerazione della pienezza soggettiva delle persone destinatarie di taluni provvedimenti. Mi riferisco, in particolare, alla possibilità avanzata nel dibattito parlamentare di trasferire in una caserma, presuntamente disponibile in un comune del centro dell'Italia, un numero consistente di persone detenute per scontare condanne molto brevi o ridotti residui di condanne maggiori; il tutto indipendentemente da considerazioni relative alla loro individuale connessione con quel territorio. Al di là dell'effettività della proposta, la formulazione in sé di un possibile spostamento di persone in un contesto qualsiasi, scelto sulla base di disponibilità del demanio e di accordi con esso raggiunti e del tutto irrelato alle loro soggettività, è indicativa di una perseguita *anonimia* delle persone affidate.

Ecco perché la questione del nome e della sua "pienezza" è decisiva. Ridare il nome vuol dire permettere alla persona, qualunque sia la sua attuale condizione, di narrarsi: la propria narrazione è la forma elementare per costruire una ipotesi di futuro.

¹⁶ Questa parte finale ha costituito anche parte del mio intervento alla Quinta sezione del Convegno su *Responsabilità, giudizio, riparazione, pena. Intrecci, analogie, differenze* tenuto presso L'Università Cattolica di Milano l'11 e 12 aprile 2024.

IL DIFFICILE CAMMINO DEL DECENTRAMENTO TRA RIFORME, EMERGENZE E RESISTENZE. ALLA RICERCA DI UN “SISTEMA DELLE AUTONOMIE TERRITORIALI”

GIANLUCA GARDINI*

In Italia, le riforme territoriali sono state troppo spesso “reattive”, ossia introdotte in risposta a fenomeni congiunturali, e parziali, ossia immaginate per un singolo livello di governo, in assenza di una visione organica e sistemica delle autonomie. Lo sguardo riformatore dovrebbe invece allargarsi, ed estendersi all’insieme degli enti territoriali: dai piccoli comuni, spesso inadeguati a gestire il complesso di funzioni amministrative che il principio di sussidiarietà riversa su di essi; all’area vasta, composta da enti dalla natura incerta, oggetto di continui ripensamenti e indicazioni contrastanti da parte del nostro legislatore; per arrivare alle Regioni, che in Italia non sono state in grado di assumere il ruolo di indirizzo politico del sistema locale assegnato loro dalla Costituzione, e sin dai primi anni di vita si sono comportate come grandi enti di gestione, come macro-comuni che entrano in competizione con gli enti locali minori. Ciò, tenendo in considerazione il grande cambiamento che il regionalismo differenziato si appresta a introdurre nell’organizzazione del Paese.

In Italy, territorial reforms have too often been “reactive”, in the sense of introduced in response to economic events, and partial, in the sense of imagined for a single level of government, in the absence of an organic and systemic vision of autonomies. The reformist gaze should instead broaden and extend to all local authorities: from small municipalities, often inadequate to manage the complex of administrative functions that the principle of subsidiarity places on them; to the supra-municipal area, made up of entities of uncertain nature, subject to continuous rethinking and conflicting indications by our legislator; to get to the Regions, which in Italy have not been able to assume the role of political direction of the local system assigned to them by the Constitution, and since the first years of life have behaved like large management bodies, like macro-municipalities that enter in competition with smaller local authorities. This, taking into consideration the great change that asymmetric regionalism is preparing to introduce in the organization of the country.

* Professore di diritto amministrativo presso Università degli Studi di Ferrara.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2024 G. Gardini. 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://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

SOMMARIO: 1. Il puzzle delle autonomie territoriali. — 2. La traiettoria del decentramento. — 3. La crisi economica e, subito dopo, la crisi pandemica. — 4. L'era post-crisi. — 5. L'area vasta: un ritorno al passato con Province elette direttamente? — 6. La circolazione (tardiva) di modelli tra Italia e Spagna. — 7. Regionalismo differenziato e “resti fiscali” — 8. Brevi conclusioni.

1. *Il puzzle delle autonomie territoriali.* — Il decentramento territoriale è un processo di distribuzione e organizzazione delle competenze tra livelli di governo che accompagna la storia del nostro Paese sin dalla prima fase della sua unificazione.

L'unità si fondò sul paradigma del centralismo (alla francese) e su una logica di tipo gerarchico-piramidale, che opera dall'alto verso il basso e dal centro verso la periferia. Nel corso degli anni, il decentramento territoriale iniziò lentamente a modificare questo impianto centralizzato del potere, realizzando un graduale trasferimento di funzioni e risorse dal centro verso la periferia.

Il processo, tuttavia, segue un andamento molto altalenante, fatto di improvvise accelerazioni e brusche frenate, di esaltazioni collettive e pesanti sconforti. Soprattutto, il decentramento territoriale fin qui attuato sembra mancare di un disegno coerente, della necessaria visione sistemica che, invece, dovrebbe accompagnare le riforme dirette ad incidere sull'intelaiatura delle autonomie territoriali e, quindi, sulla stessa forma di Stato.

Il progetto autonomista, sin dalle origini, mirava al raggiungimento di alcuni obiettivi essenziali, già pienamente enucleati dal pensiero risorgimentale: per un verso, ovviare ai danni dell'accentramento che rende l'andamento della vita pubblica «intricatissimo e lento», in modo da renderlo «più semplice e spedito»; e, per altro verso, potenziare le unità secondarie, cioè le energie locali, facendone delle forze sufficienti «per tradurre in atto ogni progresso possibile nella loro sfera»¹, e favorire così l'autogoverno.

Conclusa la dolorosa parentesi dell'autoritarismo fascista, la dinamica di trasferimento di funzioni e risorse dal centro verso i territori riprese con maggior vigore. La Costituzione repubblicana intendeva dare vita a un sistema pluralistico, basato sull'esistenza di centri autonomi di potere dislocati sul territorio, e il legislatore nazionale, di conseguenza, si attivò per l'attuazione di questo disegno, nella prospettiva (più ideologica che reale) di incrementare la partecipazione democratica, l'efficienza amministrativa, la tutela dei diritti umani e la coesione sociale. Le Regioni divennero i soggetti istituzionali incaricati di porre le basi di un nuovo modo di amministrare, per semplificare e rendere più efficiente «il funzionamento delle amministrazioni e della vita pubblica in generale, al centro e alla periferia», ridurre il ruolo centrale dello Stato nella vita civile, stimolare la partecipazione delle comunità alla vita politica².

¹ G. MAZZINI, *Scritti politici editi ed inediti*, Imola, 1907, vol. II, pp. 302 e 305.

² G. AMBROSINI, *Relazione sulle autonomie regionali*, presentata alla II Sottocommissione della Commissione per la Costituzione nel novembre del 1946, in *Atti della Assemblea Costituente*, pp. 137 ss.

Tuttavia, la maggior parte delle neoistituite Regioni adottò un modello di amministrazione che mimava acriticamente quello ministeriale e riproduceva in ambito regionale le scelte compiute a livello statale, duplicando pregi e difetti delle strutture centrali. Per contro, venne del tutto trascurato il progetto di Regione come ente di legislazione e di programmazione, come centro di «propulsione e coordinamento delle autonomie locali»³, originariamente immaginato dal Costituente.

Il progetto autonomista è però stato ostacolato dall'inadeguatezza dei Comuni e degli enti minori in genere, che in gran parte si sono dimostrati inadatti, per dimensione e risorse, a gestire le funzioni amministrative a essi trasferite dallo Stato e dalle Regioni. L'incapacità degli enti locali di ricevere le funzioni delegate ha favorito, in una sorta di circolo vizioso, l'atrofia del ruolo programmatico delle Regioni, che hanno finito per trattenere su di sé gran parte delle competenze e delle attività riservate – nel modello costituzionale – al livello istituzionale più vicino ai cittadini.

Questo insieme di fattori, unito alla sostanziale inattuazione del principio di leale collaborazione tra i diversi livelli di governo, ha condotto all'impossibilità di costruire un vero “sistema delle autonomie locali”, composto da enti che dialogano, si integrano e si assistono vicendevolmente in vista della soddisfazione dei bisogni espressi dalle popolazioni residenti nei diversi territori. Del resto, appare difficile immaginare la costruzione di un “sistema” locale senza il contributo “politico” delle Regioni, non foss'altro perché questi enti, con la propria legislazione di settore, possono individuare con maggior efficacia gli ambiti o livelli ottimali per l'esercizio delle funzioni conferite ai Comuni, garantendo il coordinamento con le disposizioni statali relative alle modalità di esercizio delle funzioni fondamentali⁴.

Lo stratificarsi di riforme, interventi settoriali e misure d'urgenza che hanno interessato le autonomie territoriali, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso ai nostri giorni, ha prodotto una congerie disordinata di principi e disposizioni, ispirati a finalità spesso contrastanti, che ha finito per eclissare la progettualità stessa del decentramento territoriale. Il principale difetto del modello sin qui realizzato non va individuato tanto nella rapsodicità degli interventi che hanno guidato il processo di conferimento alle autonomie, quanto nell'assenza di un disegno organico a suo sostegno, da cui possano ricavarsi gli obiettivi da conseguire e le risorse necessarie alla sua realizzazione. Manca, in sostanza, la condizione minima perché si possa parlare di un “ordinamento territoriale” in senso proprio, inteso come organizzazione ordinata, sistematica di norme, adottate in vista di un progetto univoco da attuare.

Il giurista che oggi si confronta con l'assetto delle autonomie in Italia si trova a sperimentare la stessa sensazione del giocatore, evocato da Zygmunt

³ Nell'espressione utilizzata da Corte cost., 15 luglio 1991, n. 343.

⁴ G. GARDINI, C. TUBERTINI, *L'amministrazione regionale*, Torno, 2022, p. 422.

Bauman nel commentare la crisi globale, posto di fronte ad un puzzle del quale non conosce la figura finale da comporre⁵: dinanzi a sé ha molti elementi incoerenti, sparpagliati a cui deve dare un ordine e un significato, ma è privo di un punto riferimento, non dispone di un'immagine da realizzare per risolvere il rompicapo.

La metafora del puzzle senza una figura da comporre è particolarmente calzante con riferimento agli ultimi due decenni, durante i quali il susseguirsi degli interventi normativi in materia di autonomie locali appare ancor più caotico e disorganico. A partire dalla fine del primo decennio del XXI secolo, infatti, l'avvicinarsi ininterrotto di crisi finanziarie, sanitarie, belliche, ha favorito l'approvazione di una sequenza di misure ispirate alla logica emergenziale, dal carattere estemporaneo, che rendono impossibile cogliere un disegno (*tout court*, non necessariamente coerente e univoco) dietro le trasformazioni dell'assetto territoriale così introdotte.

2. *La traiettoria del decentramento.* – Come per molti altri paesi europei continentali, le radici del modello a cui si ispira l'ordinamento locale italiano affondano nella tradizione amministrativa francese, e risalgono alle concezioni rivoluzionarie del 1789, come perfezionate (ed esportate) dall'impero napoleonico: robusto accentramento, uguaglianza intesa come uniformità di regole, centralità dei prefetti, corrispondenza tra comunità e municipalità (da cui la parcellizzazione comunale)⁶.

In Italia, l'opzione a favore dell'uniformità si ebbe con le leggi di unificazione del 1865. All'uniformità della legislazione e degli istituti corrispose anche l'uniformità del regime municipale e provinciale, che accomunava al di sotto di uno schema giuridico pressoché identico realtà molto diverse, per dimensioni, popolazione, situazione geografica, storica ed economica. Nel nome dell'uguaglianza formale si operò una scelta a favore di un ordinamento indifferenziato per tutti i Comuni, che finirà per caratterizzare il sistema italiano per oltre un secolo⁷. Comuni e Province vennero inizialmente lasciati privi di potestà statutaria, riconosciuta invece ad altri enti pubblici, mentre l'intera

⁵ Z. BAUMAN, *Intervista sull'identità*, a cura di B. Vecchi, Bari, 2009, spec. pp. 55 ss. L'immagine è stata ripresa anche da L. VANDELLI nella relazione *Il Comune, tessera di base nel puzzle del governo locale*, presentata al Convegno svoltosi il 17 giugno 2017 presso Università degli Studi di Milano.

⁶ L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2018, VII ed., pp. 12 e ss.

⁷ «Il problema del rapporto fra eguaglianza e differenziazione, con una tendenza a confondere l'eguaglianza con l'uniformità, è assai risalente. Già nella Relazione accompagnatrice del disegno di legge del 1865 sull'unificazione amministrativa, si considerava infatti 'evidentissimo che l'art. 25 dello Statuto non sarà una verità per tutti i cittadini fino a che in tutto il regno gli stessi servizi pubblici non siano egualmente posti a carico o dello Stato o della Provincia o dei Comuni'. [...] Il culto per l'uniformità accompagna tutta la vicenda post-unitaria, anche quando il centralismo viene in parte superato con la creazione delle Regioni. Un assetto formalmente ispirato al rispetto delle autonomie, che sulla carta le rifornisca di cospicui poteri, ben può svilupparsi senza apprezzabili differenziazioni nel loro esercizio». Così C. PINELLI, *Cinquanta anni di regionalismo, fra "libertà dallo Stato" e culto per l'uniformità*, in *Diritto pubblico*, 2020, XXVI, 3, pp. 751-752.

materia relativa all'organizzazione locale venne considerata oggetto di riserva di legge⁸.

L'avvento della Costituzione repubblicana non modifica l'impianto uniforme degli enti locali, che trova preciso riscontro nel riferimento a leggi generali dello Stato per la fissazione di principi di Comuni e Province e per la definizione delle relative funzioni (art. 128 Cost.), oltre che nella costituzionalizzazione delle Province e nella loro configurazione quale circoscrizione di decentramento statale (art. 129).

L'innovazione più significativa, nella Costituzione del 1948, è senza dubbio il riconoscimento del principio autonomistico («La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali»), collocato tra i principi fondamentali e caratterizzanti della Repubblica italiana. Con questa norma si abbandona definitivamente la dottrina giuridica dell'autarchia, nata in epoca giolittiana per porre freno alle rivendicazioni d'autonomia politica che in quel periodo stavano emergendo, e si eleva il pluralismo autonomista a componente essenziale della democrazia italiana, in contrapposizione al centralismo autoritario che aveva caratterizzato il ventennio fascista.

È solo con la legge 142/1990, tuttavia, che l'uniformità viene messa realmente in discussione dal legislatore: attraverso il riconoscimento della potestà statutaria, il riparto delle funzioni tra livelli diversi, il regime delle aree metropolitane, viene ad incrinarsi l'equivalenza tra uguaglianza e uniformità. Inizia così ad affermarsi l'idea della differenziazione che si consoliderà solo in seguito, con il decentramento delle funzioni amministrative a Costituzione invariata, realizzato con le riforme Bassanini del 1997-98. La legge 142/1990 prova a innovare il sistema locale puntando sui livelli intercomunali, a partire dalle Unioni: le nuove istituzioni associative vengono previste come elemento fondamentale per l'attuazione dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione stabiliti dalla riforma costituzionale (art. 118), al fine di consentire ai Comuni, anche a quelli dotati di piccole dimensioni e svantaggiati sul piano demografico, territoriale, organizzativo, finanziario, l'esercizio della generalità delle funzioni amministrative. Gli indizi di questo diverso approccio al tema dell'autonomia si rinvengono anche nella legge di poco successiva (n. 81 del 1993), sull'elezione diretta del Sindaco e del presidente della Provincia, frutto di una sorta di "ingegneria istituzionale" di stampo "neo-presidenzialista", che cerca di elevare la legittimazione democratica diretta degli esecutivi come elemento costitutivo dell'autonomia locale. Un tratto che in parte, ma evidentemente, si ritroverà poi nella legge di revisione costituzionale avente ad oggetto i sistemi elettorali regionali (l. cost. n. 1 del 1999).

⁸ VANDELLI, *Il sistema*, cit., p. 18. L'idea che l'organizzazione locale debba essere oggetto di riserva di legge rimane a lungo immutata e comporta, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che eventuali delibere assunte dai Comuni per istituire nuovi organi, non previsti dalla legislazione vigente, siano considerate "nulle" dai giudici amministrativi, in quanto colpite da difetto assoluto di attribuzione o carenza di potere (cfr. Cons. Stato, sez. I, 31 ottobre 1975, n. 2242).

In seguito, l'approvazione del Testo Unico degli enti locali (d.lgs. 267/2000, c.d. TUEL) prova a dare un disegno organico e stabile al governo locale, ma la speranza viene prontamente delusa. Già l'anno successivo, infatti, la riforma del Titolo V della Cost. rimette in discussione molte delle regole fissate nel TUEL, tanto da far dubitare i commentatori della sua sopravvivenza.

La riforma costituzionale del 2001 rilancia la forma di Stato autonomista, potenziando le funzioni legislative regionali e attribuendo in blocco la funzione amministrativa ai Comuni. La riforma impone un ripensamento complessivo dell'assetto delle autonomie territoriali: lo Stato mantiene una competenza legislativa esclusiva solo rispetto a sistema elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali degli enti locali, mentre si aprono spazi significativi per il legislatore regionale (specie nelle Regioni a statuto speciale, cui è riconosciuta competenza esclusiva in materia di ordinamento degli enti locali), nell'ottica della differenziazione del tessuto locale.

Tuttavia, dopo un entusiasmo inizialmente condiviso da tutti gli schieramenti politici, la riforma del Titolo V viene abbandonata a sé stessa. I principi intorno a cui ruota l'intero processo riformatore — sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione, autonomia finanziaria, leale collaborazione dei livelli di governo — rimangono sospesi, privi di concretizzazione. A mancare, soprattutto, è il concetto in sé di “sistema locale”: una volta soppresso l'art. 128 Cost., che ingabbiava l'autonomia degli enti locali entro una griglia di principi (spesso debordanti) fissati da leggi generali della Repubblica, era quasi scontato riconoscere al legislatore regionale la competenza esclusiva sull'ordinamento di Comuni e Province, divenuti nel frattempo «enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione» (art. 114 Cost.). Ma questa, come noto, non è stata la scelta compiuta dalla riforma costituzionale, che ha preferito mantenere ferma la competenza del legislatore statale sull'ordinamento territoriale (art. 117, comma 2, lett. p). Una soluzione che dà luogo ad un'evidente contraddizione con lo spirito complessivo della riforma, ispirato all'autonomia dei territori e al decentramento delle funzioni, e riporta verso lo Stato il baricentro dell'ordinamento locale⁹.

All'avvio del nuovo Millennio, gradualmente, il processo delle riforme territoriali avviato negli anni Novanta comincia a perdere spinta, fino ad arrestarsi completamente. Alcuni istituti chiave della riforma, come le Città metropolitane e le funzioni fondamentali dei Comuni, rimarranno scritti solo sulla carta e richiederanno più di un decennio per essere portati a compimento.

3. *La crisi economica e, subito dopo, la crisi pandemica.* — L'avvento della crisi economica, che nel secondo decennio del XXI secolo travolge l'economia

⁹ Ciò aiuta a comprendere perché, dopo la riforma costituzionale del 2001, siano pochissime le Regioni ordinarie ad aver adottato leggi organiche per il riordino del sistema amministrativo regionale e locale, in ossequio al proprio ruolo di “centri di propulsione e di coordinamento del sistema delle autonomie locali” (v. nota 3).

globale, piomba come una calamità ad inasprire l'inattuazione della riforma costituzionale del 2001. Il decentramento viene associato allo spreco, o comunque ad un maggior costo sistemico, ed è messo in discussione come metodo di organizzazione del potere. Le Regioni, in particolare, escono drammaticamente indebolite dalla crisi finanziaria, sia sul versante economico che politico, al punto che molti sostenitori del regionalismo si convertono in severi critici dell'esperienza regionale.

Appena superata l'emergenza economica, un'altra crisi, questa volta di natura sanitaria, ancor più drammatica della precedente, sopraggiunge a minacciare il progetto autonomista. La pandemia da Covid-19 assesta il colpo di grazia al metodo del decentramento, rendendo l'assetto delle autonomie territoriali ulteriormente confuso, a tratti indecifrabile, e impedendo qualsiasi previsione sul futuro.

In questa fase storica, il centralismo conosce un rilancio sostanziale. Sferzati dal susseguirsi di emergenze epocali, sconosciute nell'era postbellica, gli Stati si vedono costretti a operare drastiche misure di razionalizzazione, sia economica che istituzionale, da cui deriva una massiccia fuga di investimenti e fiducia dalle autonomie in direzione del centro, in particolare verso gli esecutivi.

Il fenomeno non riguarda solo l'Italia, ma l'intera Eurozona: osservando le riforme messe in atto alla fine del primo decennio del XXI secolo in paesi come Grecia, Portogallo, Spagna, Francia, si percepisce in modo evidente il movimento in senso ascensionale del potere pubblico, che risale attraverso i diversi livelli di governo nella speranza di incontrare nello Stato un soggetto politico fornito di una visione unitaria, in grado di contenere la frammentazione delle sedi decisionali e di esercitare un controllo più efficace sui servizi e sulla spesa pubblica.

A partire dal 2010, il «neocentralismo della legislazione della crisi»¹⁰ incontra nel nostro Paese un terreno particolarmente fertile, tanto che il recupero da parte dello Stato di molte politiche, sia congiunturali che strutturali, già devolute alle autonomie territoriali, diviene la «ricetta nazionale» per la cura dei problemi economici della Repubblica. In quest'ottica, durante la crisi finanziaria causata dai mutui *subprime* americani, il legislatore statale – sfruttando la necessità di fronteggiare l'emergenza economica in corso – opera in modo sempre più esplicito per riappropriarsi di materie che la riforma del Titolo V del 2001 aveva formalmente devoluto alla competenza regionale. La giurisprudenza costituzionale, a sua volta, offre un supporto importante a tale prassi legislativa: la Corte costituzionale avalla una lettura estensiva di materie trasversali come l'«ordinamento civile», la «tutela della concorrenza», la «tutela dell'ambiente», i «livelli essenziali delle prestazioni»; contribuisce a consolidare l'interpretazione

¹⁰ G.C. DE MARTIN, *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2014, 1, p. 29.

“onnivora” della materia «coordinamento della finanza pubblica»¹¹; giustifica sistematicamente le continue invasioni del legislatore statale nella sfera di competenza delle autonomie territoriali in virtù della “prevalenza” della materia toccata dall’intervento legislativo.

Questo insieme di fattori finisce per riportare allo Stato competenze che la riforma costituzionale del 2001 aveva riservato ai Consigli regionali, quali legislatori di prossimità più attenti alle esigenze espresse dai territori. L’interesse nazionale, cancellato dal testo costituzionale dalla riforma del 2001, riemerge come per incanto nella prassi istituzionale e viene a coincidere con quello dello Stato, con buona pace dell’art. 114 Cost., che, nel disegnare un modello policentrico e paritario di livelli di governo autonomi, ipotizzava che la Nazione, o meglio la Repubblica, potesse essere vista, oltre che come una comunità di persone, anche come «una comunità di comunità»¹².

Soprattutto, in questo periodo il legislatore fa un intenso ricorso alla decretazione di urgenza per riformare l’ordinamento locale e territoriale, tanto che la Corte costituzionale si vide costretta ad intervenire, dichiarando illegittime molte misure di revisione istituzionale per il fatto stesso di essere adottate con decreto-legge, in assenza dei presupposti di necessità e urgenza previsti dalla Costituzione; secondo la Corte, le componenti essenziali dell’intelaiatura dell’ordinamento degli enti locali devono essere «per loro natura disciplinate da leggi destinate a durare nel tempo e rispondenti ad esigenze sociali ed istituzionali di lungo periodo», dal momento che attraverso questi interventi si avvia «una trasformazione radicale dell’intero sistema, su cui da tempo è aperto un ampio dibattito nelle sedi politiche e dottrinali»¹³.

Tra le riforme tentate con la decretazione d’urgenza (e prontamente bocciate dalla Corte) vi era quella riguardante l’ordinamento delle Province: le manovre economiche della crisi (2011-12) cercavano in vario modo di intervenire sulle dimensioni (puntando a robusti accorpamenti), funzioni, legittimazione delle Province, ma tutti questi tentativi vennero a cadere sotto la scure della Corte costituzionale per le ragioni sopra ricordate. A quel punto, stante la ferma volontà del Governo di condurre in porto la riforma del livello provinciale, venne imboccata la strada maestra della legge parlamentare, approvata “in attesa” di un’imminente riforma Costituzionale, seguendo il modello vincente della legge Bassanini, che anni prima aveva anticipato sul versante amministrativo la riforma del Titolo V Cost. Pertanto, la legge Delrio si auto-qualifica come transitoria («in attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e delle relative norme di attuazione») e, esplicitamente, punta a preparare il terreno di

¹¹ Nella definizione di ID., *Unitarietà della Repubblica e pluralismo delle istituzioni politiche: l’organizzazione delle Regioni*, in *Valori e principi del regime repubblicano. Sovranità e democrazia*, a cura di S. Labriola, Roma-Bari, 2006, vol. II, pp. 603 ss.

¹² G. FALCON, *A che servono le Regioni?*, in *Le Regioni*, 2012, XL, 4, p. 767.

¹³ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 220.

una successiva riforma costituzionale, il cui esito positivo si dava evidentemente per scontato.

In questa prospettiva, la legge 56/2014 avvia un processo di riallocazione delle funzioni a Costituzione invariata e, per la prima volta in modo organico, prova ad introdurre una differenziazione tra i livelli di governo di area vasta e di prossimità, al fine di garantire dimensioni e capacità adeguate agli enti destinatari delle funzioni.

I punti di intervento della riforma sono sostanzialmente tre:

- a) anche per rispondere alle sollecitazioni dell'Unione europea¹⁴, il legislatore italiano rivede il livello di governo intermedio, quello d'area vasta. A questo fine, la legge 56/2014 configura le “nuove” Province come enti di secondo grado (gli organi della provincia sono formati da consiglieri comunali e sindaci dei comuni ricompresi nella circoscrizione provinciale), dotati di funzioni sovracomunali sia proprie che delegate, e al contempo come enti di servizio e coordinamento orizzontale per i Comuni (c.d. case di comuni). A seguito di questa riforma, le Province vedono ridurre notevolmente il perimetro delle funzioni fondamentali, che restano essenzialmente riferite alla pianificazione territoriale provinciale di coordinamento, a determinati aspetti della tutela e valorizzazione dell'ambiente, ai trasporti, alle strade in ambito provinciale, alla rete scolastica. E, soprattutto, vedono ridimensionati il personale e le risorse a propria disposizione¹⁵;
- b) viene disposta (con legge dello Stato, superando il dilemma della fonte regionale o statale) la “costituzione” di dieci Città metropolitane (cui se ne

¹⁴ Com'è noto il Consiglio direttivo della Banca Centrale Europea, a partire dal 2010, ha rivolto una serie di raccomandazioni puntuali all'Italia sui temi dell'organizzazione istituzionale e del riordino territoriale, mentre il *monitoring* team della Banca Centrale Europea ha ripetutamente sostenuto che «accorpate le Province sarebbe l'unica vera misura di taglio dei costi della politica».

¹⁵ Il personale dipendente delle 107 Province in servizio alla data del 1° gennaio 2015 era pari a 41.205. La Legge di stabilità per il 2015 stabilisce la riduzione del 50% del personale delle 76 Province delle Regioni a Statuto Ordinario. Circa 16 mila dipendenti, attraverso un apposito portale realizzato dalla Funzione Pubblica, vengono trasferiti con la procedura di mobilità o vengono collocati in pensione. Nel dettaglio: 2.564 posti in pensione; 5.505 personale dei Centri per l'impiego; 720 ricollocati presso Ministeri o tribunali; 7.185 ricollocati direttamente dalle Regioni. La spesa corrente delle Province passa da 7 miliardi 617 milioni del 2013 a 4 miliardi 309 milioni del 2018 (-43%). La spesa per investimenti delle Province passa da 2 miliardi 732 milioni del 2013 a 779 milioni del 2018 (-71%). A causa di questi tagli 13 Province (La Spezia, Verbania, Novara, Asti, Alessandria, Imperia, Terni, Ascoli Piceno, Chieti, Potenza, Varese, Salerno, Biella) finiscono in pre-dissesto. La Corte dei Conti analizzando lo stato dei bilanci delle Province nella relazione alla Commissione per il federalismo fiscale nel 2016 li definisce “manifestamente irragionevoli” e lancia l'allarme: tagli di questa portata non possono che incidere sull'erogazione dei servizi ai cittadini ed in particolare sulla gestione, manutenzione e messa in sicurezza dei 130 mila chilometri di strade, delle oltre 7.000 scuole superiori e azzerare gli interventi per la difesa del suolo e il contrasto al dissesto. Nel 2018 inizia la ripresa degli investimenti, che salgono del 6% rispetto all'anno precedente, e nel 2019 il segnale si fa sempre più deciso, tanto che il risultato della variazione del primo semestre è di + 20,5%. Dossier UPI, 18 luglio 2019.

aggiungeranno altre 4 nelle Regioni a statuto speciale)¹⁶, che subentrano e succedono alle preesistenti Province. In queste aree, il territorio metropolitano coincide con quello della provincia, e gli organi della Città metropolitana (d'ora in avanti CM) sono espressi solo indirettamente dalla popolazione, essendo formati da sindaci e consiglieri comunali (come per le Province), salva la possibilità delle singole CM di optare, statutariamente, per l'elezione diretta del sindaco e del consiglio metropolitano. Le CM hanno una missione volta allo sviluppo strategico del territorio, alla *governance* di servizi, infrastrutture e reti, alle connessioni esterne, particolarmente, a livello europeo. Funzioni che si aggiungono a quelle riconosciute alle Province, e sono rivolte in via primaria alla pianificazione strategica, territoriale, e complessivamente, allo sviluppo economico e sociale del territorio;

c) rilancia le forme di associazione e cooperazione intercomunale al fine di garantire l'adeguatezza delle funzioni comunali. L'eccessiva frammentazione del tessuto comunale, fatto di enti troppo piccoli per svolgere adeguatamente persino le funzioni fondamentali, rappresenta da sempre un ostacolo alla realizzazione del principio di sussidiarietà verticale. Sin dagli anni Novanta si era cercato di valorizzare le forme associative, ora imponendole per legge, ora puntando sulla libera iniziativa comunale attraverso incentivi economici e fiscali, ma i risultati erano sempre stati deludenti, al punto che fino a qualche anno fa il numero dei Comuni continuava ad aumentare. Per questo la legge Delrio prova a rilanciare la cooperazione tra enti, nel tentativo di persuadere i Comuni a condividere funzioni e servizi di prossimità, senza rinunciare alla propria identità politica e istituzionale.

Alla riforma Delrio, come si è detto, sarebbe dovuta seguire una profonda revisione della Costituzione italiana, la più importante a partire dalla sua approvazione nel 1948 (47 articoli su 139). Tuttavia, la riforma costituzionale venne bocciata dagli elettori nel dicembre 2016, per ragioni forse più politiche che di merito. Con il referendum costituzionale viene definitivamente archiviato un (ambizioso) disegno di carattere sistematico, che puntava a realizzare «una Repubblica delle autonomie fondata su due soli livelli territoriali di diretta rappresentanza delle rispettive comunità: le Regioni e i Comuni»¹⁷. Insieme ad esso, purtroppo, è tramontata (almeno nel breve) anche la possibilità di rivedere l'insoddisfacente riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, e di

¹⁶ Nelle Regioni a Statuto Speciale si è proceduto con riforme disomogenee: in Friuli Venezia Giulia le 4 Province sono diventate 18 UTI, in sostanza scatole vuote, poiché' il 90% delle funzioni provinciali è accentrato nella Regione; al posto delle 8 Province della Sardegna sono state istituite 4 Province e 1 Città metropolitana, enti commissariati in attesa di nuove elezioni; le 9 Province della Sicilia sono diventate 3 Città metropolitane e 6 Liberi Consorzi, questi ultimi enti commissariati da oltre 4 anni.

¹⁷ Camera dei Deputati, XVII legislatura, d.d.l. *Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni*, n. 1542, presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri il 20 agosto 2013, https://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=17&c odice=17PDL000911, data ultima consultazione 10.7.2024.

costruire il Senato come sede di espressione delle istanze autonomistiche territoriali.

Naufragata la riforma costituzionale, a distanza di pochi anni sopraggiunge una nuova emergenza, di carattere sanitario, causata da una pandemia improvvisa, virulenta e incontrollabile, quale non si vedeva da generazioni.

La gestione della pandemia da Covid-19 porta allo scoperto l'inadeguata articolazione dei poteri tra centro e periferia, nonché l'eccessiva disomogeneità degli interventi regionali e locali (non solo nella sanità), considerata d'intralcio nel contrasto all'emergenza. Dinanzi alla crisi pandemica, alcuni commentatori propongono il riaccentramento dell'intera sanità, attraverso il passaggio di questa materia alla competenza esclusiva dello Stato. Altri propongono l'introduzione nell'ordinamento costituzionale di una clausola di supremazia in favore dello Stato (presente nella riforma costituzionale bocciata dal referendum del 2016), in modo da garantire una regia unitaria delle principali politiche pubbliche.

Il punto, tuttavia, non è la collocazione formale di una materia all'interno delle competenze esclusive dello Stato o, all'opposto, delle Regioni (eventualmente sfruttando la maggiore autonomia *ex art. 116, comma 3*). Per assicurare il funzionamento di una Repubblica delle autonomie è indispensabile armonizzare le diverse competenze: non serve riaccentrare (anche perché l'operazione andrebbe fatta per molte altre materie concorrenti, non solo per la sanità), ma semmai potenziare e migliorare il funzionamento delle "sedi della cooperazione"¹⁸. Le principali politiche pubbliche, negli ultimi vent'anni, sono state definite all'interno del "sistema delle Conferenze": ciò è avvenuto anche nel settore della salute, con risultati spesso positivi (ad esempio per la definizione dei LEA, nonostante la materia rientri nella competenza esclusiva dello Stato). I nodi del sistema da migliorare sono pertanto le sedi della cooperazione, nella prospettiva di far funzionare meglio l'insieme dei livelli di governo e rendere più efficiente la gestione dei diversi settori. Al contrario, la statalizzazione di alcune funzioni essenziali per la soddisfazione dei diritti individuali, come la tutela della salute, finirebbe per distanziare ancora di più il servizio dal territorio e dai bisogni reali dei cittadini.

Il susseguirsi delle crisi dà il via ad una narrazione distruttiva del decentramento, volta a consentire allo Stato centrale di recuperare, nel nome dell'emergenza, competenze faticosamente devolute alle Regioni e agli enti locali. In realtà, il riparto delle competenze tra Stato, Regioni ed Enti locali serve proprio a modulare meglio le politiche generali e la gestione materiale delle funzioni, rendendole più adatte alle specificità dei diversi territori e alle differenti esigenze delle popolazioni.

¹⁸ C. PINELLI, *Se il Governo si sostituisse alle Regioni sulla sanità sarebbe il caos*, in *Huffington Post*, 9 novembre 2020, https://www.huffingtonpost.it/politica/2020/11/09/news/cesare_pinelli_se_il_governo_si_sostituisse_alle_regioni_sulla_sanita_sarebbe_il_caos_-5347626/, data ultima consultazione 9.5.2024.

4. *L'era post-crisi.* — Con l'attenuarsi della stagione delle crisi (il plurale è d'obbligo), gli esecutivi iniziano a perdere gradualmente la centralità acquisita grazie alla gestione delle emergenze.

Il ritorno alla normalità favorisce il recupero di un contesto più favorevole al decentramento e all'autonomia territoriale. I segnali si colgono soprattutto nel nuovo corso della giurisprudenza costituzionale. Nel 2021, con l'avvio del Piano nazionale di ripresa e resilienza, la Corte costituzionale torna a occuparsi della legittimità del meccanismo che prevede la coincidenza automatica tra sindaco metropolitano e sindaco del Comune capoluogo. Nel pronunciarsi sulla questione, la Consulta valorizza il collegamento tra autonomia territoriale e responsabilità degli organi di governo, e auspica una differenziazione effettiva tra Provincia e Città metropolitana, da realizzarsi attraverso una necessaria riforma dell'area vasta: nella trama e nelle conclusioni della pronuncia si percepisce con nettezza il diverso clima che inizia a circondare i temi del decentramento, e porta a stemperare la pericolosa equazione tra riduzione della spesa pubblica e riduzione dell'autonomia territoriale¹⁹.

In questa circostanza la Corte, pur senza giungere a dichiarare l'incostituzionalità del meccanismo dell'elezione indiretta per gli enti di area vasta, ne sollecita esplicitamente la revisione in sede parlamentare: chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una legge regionale della Sicilia che replicava la forma di governo e il sistema di elezione delle Città metropolitane prevista nella legge Delrio²⁰, il Giudice delle leggi da un lato respinge formalmente le censure riguardanti l'elezione "indiretta" degli organi metropolitani, ma dall'altro evidenzia la sostanziale incoerenza di questo meccanismo rispetto al principio di responsabilità politica e al necessario potere di controllo degli elettori

¹⁹ In argomento, sia consentito un rinvio a G. GARDINI, *Le autonomie ai tempi della crisi*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2011, 3, pp. 457 ss.

²⁰ La Sicilia si accinge ad approvare il ritorno all'elezione diretta di Province e Città Metropolitane, anticipando la riforma da mesi in discussione in Parlamento. Da notare che in passato, con la legge regionale 7/2013, la Sicilia aveva abolito le Province, sostituite con i liberi Consorzi comunali; in seguito, con la legge regionale 15/2015, aveva virato verso l'elezione indiretta dei loro organi di governo e di quelli delle Città metropolitane, seguendo il meccanismo della legge Delrio. La nuova riforma, in un primo tempo, sembrava dovesse seguire quella nazionale della legge Delrio, per evitare la possibilità di essere impugnata per illegittimità costituzionale da parte del Governo a causa della violazione dei principi di "grande riforma economico-sociale" contenuti nella Legge Delrio (art. 1, comma 5), principi che rappresentano un limite invalicabile anche per le Regioni a statuto speciale (Corte cost., 20 luglio 2018, n. 168). Di recente, invece, la Regione ha fatto sapere di voler perseguire autonomamente il ritorno all'elezione diretta di Province (che in Sicilia, attualmente, hanno la forma di Consorzi tra comuni per l'esercizio congiunto di funzioni o servizi riconducibili all'area vasta) e Città metropolitane, a prescindere dalle scelte nazionali. La scelta rischia di porsi nuovamente in contrasto con i principi di "grande riforma economico-sociale" contenuti nella Legge Delrio, almeno fintanto che non verrà modificata, ma il ministro Calderoli ha già fatto sapere di non avere intenzione di impugnare la legge siciliana, sia perché ritiene la legge Delrio «da più grossa vaccata nella storia del Paese» sia perché non intende entrare nell'attività legislativa di una Regione autonoma. Così M. GRECO, *Il ritorno delle Province: il Governo strizza l'occhio alla Regione siciliana*, in *lavoce.info*, <https://lavoce.info/archives/103769/ritorno-delle-province-il-governo-strizza-locchio-alla-regione-siciliana/>, data ultima consultazione 13.4.2024.

locali, stigmatizzando il fatto che la carica *ope legis* di Sindaco metropolitano venga affidata dalla legge al Sindaco del Comune capoluogo in assenza di qualunque coinvolgimento, anche indiretto, della restante comunità locale²¹.

In pratica, a distanza di sette anni dalla riforma Delrio, la giurisprudenza costituzionale apre, seppur timidamente, alla reintroduzione dell'elezione diretta per Città metropolitane e Province, lasciando comunque la scelta della forma di governo nelle mani del legislatore. Al tempo stesso, si invita il Parlamento a diversificare ruolo e funzioni di Province e Città metropolitane, auspicando la ripermetrazione territoriale di queste ultime. Sembrano lontane secoli le affermazioni sbrigative (e politicamente orientate) con le quali la Corte aveva giustificato un'improvvida riforma dell'ordinamento locale, orientata al risparmio della spesa pubblica e incentrata sul modello – omogeneo e indifferenziato – dell'area vasta di “secondo grado”.

5. *L'area vasta: un ritorno al passato con Province elette direttamente?* – I moniti della Corte costituzionale trovano un ascolto attento da parte del Governo Meloni, che affida al Parlamento l'elaborazione – e non solo l'approvazione finale – del testo di riforma della legge 56/2014. Una scelta sorprendente, considerando che le proposte di revisione dell'ordinamento locale, nelle passate legislature, sono state quasi tutte d'iniziativa governativa, e di queste nessuna è mai giunta a conclusione²².

Le forze politiche dell'attuale legislatura (XIX, in carica dal 13 ottobre 2022) sembrano convergere sul ritorno all'elezione diretta delle Province e sull'irrobustimento delle funzioni provinciali, come rimedio al depauperamento di compiti e risorse subito da questi enti dopo la riforma del 2014. L'obiettivo delle proposte, in larga maggioranza, è un ripristino dello *status quo ante*, senza alcuna differenziazione tra Province e Città metropolitane: la maggior parte dei disegni di legge in discussione al Parlamento mostra di voler puntare sull'assimilazione di Province e Città metropolitane dal punto di vista delle funzioni fondamentali, organi e sistema elettorale, al fine di razionalizzare il governo d'area vasta²³. Sul versante delle associazioni rappresentative delle autonomie, l'UPI (Unione Province d'Italia) appoggia l'ipotesi del ritorno all'elezione diretta degli organi di

²¹ Si tratta della notissima sentenza Corte cost., 13 dicembre 2021, n. 241, oggetto di numerosi commenti in dottrina. Tra i principali, si segnalano, gli interventi di G. Boggero, M. De Donno, M. Di Folco, M. Cecchetti, A. Poggi, tutti pubblicati in *federalismi.it*, 2021, 29, <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46505>, data ultima consultazione 5.5.2024. Nonché S. MANGIAMELI, *La Corte costituzionale apre uno spiraglio sulla revisione della legge Delrio*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2021, 6, pp. 2667 ss.; C. NAPOLI, *L'organo di vertice dell'ente di area vasta e la differenziazione funzionale tra città metropolitane e province. Riflessioni a margine della sentenza n.240/2021 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2022, 7, pp. 222 ss.

²² Occorre menzionare come eccezione la legge n. 35/2022, di iniziativa parlamentare, che tuttavia interviene solo su due articoli del Testo Unico, e abroga un solo comma della l. 56/2014. Sulle diverse proposte di riforma del TUEL si veda l'attenta analisi di M. GORLANI, *Il “cantiere” degli enti locali*, in *Rivista di economia e di diritto dei comuni*, 2023, 2, pp. 114 ss.

²³ Per un'attenta analisi delle proposte in discussione al Parlamento, v. M. DE DONNO, *La nuova Provincia*, in *Astrid Rassegna*, 2023, 5.

governo delle Province, specificando però che tale riforma deve essere accompagnata dal riconoscimento di adeguate funzioni fondamentali che permettano alle Province di svolgere pienamente il ruolo di coordinamento dello sviluppo del territorio previsto nel TUEL; nonché da provvedimenti che rafforzino le Province dal punto di vista delle risorse finanziarie e del personale²⁴.

Viceversa, l'ANCI (Associazione Nazionale dei Comuni Italiani) si è espressa in senso nettamente contrario all'elezione diretta delle Città metropolitane, ritenendo che per il loro attuale funzionamento sia consigliabile mantenere il governo di secondo grado: la struttura di tipo "federativo" della Città metropolitana, dove tutti gli organi sono composti e formati da amministratori dei Comuni, è per ANCI più coerente con il ruolo di coordinamento, raccordo e supporto, anche in attuazione del PNRR, che le Città metropolitane svolgono. La Città metropolitana, rileva ANCI, è ente di area vasta che non ha funzioni di rappresentanza diretta delle rispettive comunità, ma che esercita rilevanti compiti di coordinamento delle funzioni dei comuni dell'ambito metropolitano e di pianificazione strategica dei relativi territori²⁵. D'altra parte, le Città metropolitane solo con grande fatica continuano a gestire le funzioni ereditate dalle Province a cui sono subentrate "per successione" (le Città metropolitane sono state fatte coincidere con le Province esistenti, succedendo ad esse nei rapporti e nelle funzioni) e per questo i Sindaci metropolitani non mostrano alcun interesse a conservarle.

Tra tutti i disegni di legge presentati, uno solo (il d.d.l. n. 417) contiene una delega al Governo per la determinazione delle caratteristiche orografiche, territoriali e demografiche delle Province, a testimonianza della scarsa attenzione sollevata dalla questione del ritaglio territoriale.

Questa serie di progetti di iniziativa parlamentare è accompagnata da un progetto di iniziativa governativa, approvato nel Consiglio dei ministri lo scorso 7 agosto 2023, volto alla presentazione di uno «schema di disegno di legge recante delega al Governo per la revisione delle leggi sull'ordinamento degli enti locali». Si tratta di un progetto di revisione complessiva del TUEL, che investe l'intero sistema locale e non si limita a ripensare la forma di governo dell'area vasta²⁶.

Sull'intero dibattito parlamentare concernente la riforma di Province e Città metropolitane incombe, come una presenza invisibile e inquietante, il processo per l'autonomia differenziata delle Regioni ordinarie.

Il 23 gennaio 2024 il Senato ha approvato con una larga maggioranza il disegno di legge "Calderoli", riguardante i principi e la procedura necessaria per la

²⁴ Unione Province d'Italia (UPI), Audizione alla Commissione affari costituzionale del Senato, 25 gennaio 2023, https://www.senato.it/3572?current_page_29825=6, data ultima consultazione 5.5.2024.

²⁵ Associazione Nazionale dei Comuni Italiani (ANCI), Audizione alla Commissione affari costituzionale del Senato, 25 gennaio 2023, https://www.senato.it/3572?current_page_29825=6, data ultima consultazione 5.5.2024.

²⁶ Su cui GORLANI, *Il "cantiere"*, cit., pp. 117 ss.; G. BOTTINO, *L'ordinamento degli enti locali: la riforma, o il coordinamento, che non possono essere più elusi*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, 1, pp. 187 ss.; DE DONNO, *La nuova Provincia*, cit.

concessione dell'autonomia differenziata alle Regioni che ne facciano richiesta ("Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione"), apertamente ispirato al modello del regionalismo asimmetrico spagnolo²⁷. Nel corso delle audizioni parlamentari, ANCI e UPI hanno formulato osservazioni molto critiche proprio in merito alla possibile attribuzione di ulteriori funzioni amministrative alle Regioni, in presenza di una connotazione "amministrativa" già molto forte di questi enti. In particolare, ANCI ha sottolineato il fatto che il conferimento di «forme ulteriori e condizioni particolari di autonomia» (art. 116, comma 3 Cost.) deve esercitarsi prevalentemente o esclusivamente nella sfera della legislazione, senza «intaccare le funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane», come definite dalla Costituzione, che fissa la titolarità generale della funzione amministrativa in capo ai Comuni²⁸.

In sostanza, gli enti locali pretenderebbero che il regionalismo differenziato non comportasse il conferimento alle Regioni di nuove funzioni amministrative, ma di sole funzioni legislative: condizione oggettivamente impossibile da imporre, in termini pratici, e oltretutto non coerente con la formulazione dell'articolo 116.3 Cost. Allo stesso modo, è impensabile che il conferimento di ulteriori funzioni alle Regioni non incida sul complesso delle risorse a disposizione del sistema locale, che purtroppo continua a evidenziare gravi problemi di bilancio, registrando situazioni molto diffuse di deficit e dissesto.

Non è possibile continuare a sottovalutare l'interdipendenza che lega le riforme riguardanti i territori nel loro insieme, né possono trascurarsi gli effetti sistemici di un cambiamento che solo in apparenza riguarda esclusivamente le Regioni ordinarie.

6. *La circolazione (tardiva) di modelli tra Italia e Spagna.* – Nella costruzione dei sistemi territoriali, l'uso della comparazione e la circolazione di modelli tra paesi rappresenta un metodo molto diffuso.

L'Italia, nel modificare l'impianto generale delle autonomie locali, è intervenuta sulla Provincia per provocarne il depotenziamento, sia politico che funzionale, utilizzando come modello di riferimento la Provincia spagnola, configurata come ente di secondo grado, indirettamente eletto dai consiglieri comunali e dotato di compiti essenzialmente strumentali a quelli comunali.

Nel nostro paese la soluzione dell'elezione indiretta viene inizialmente avanzata con il decreto "Salva Italia" (d.l. 201/2011), che di fatto sospende le elezioni provinciali, commissariando i relativi organi di governo man mano che terminavano il mandato, in attesa dell'avvio del nuovo sistema di governo²⁹. La

²⁷ Sia qui consentito rinviare a G. GARDINI, *Prove di regionalismo differenziato: la lezione spagnola*, in *Diritto pubblico*, 2023, 2, p. 461.

²⁸ Conferenza Unificata, nota Anci sul disegno di legge "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata nelle Regioni a Statuto ordinario", 2 marzo 2023.

²⁹ Il d.l. 201/2011 non disponeva la soppressione dell'ente Provincia, ma si limitava ad incidere sulla struttura dei suoi organi politici (veniva soppressa la Giunta provinciale), mentre il Consiglio

misura è accompagnata, a pochi mesi di distanza, da un altro decreto governativo (d.l. 95/2012), volto a conseguire la riduzione del numero complessivo delle Province italiane attraverso l'adeguamento delle loro dimensioni a parametri demografici e territoriali minimi ed uniformi su tutto il territorio nazionale³⁰.

Tuttavia, la definitiva trasformazione della Provincia in ente di secondo livello, posto a servizio degli interessi comunali, si verifica solo nel 2014, con l'approvazione di una legge in senso formale (l. 56/2014), voluta dal Parlamento italiano per superare le obiezioni della Corte costituzionale circa l'impiego di strumenti d'urgenza (decreti-legge) per realizzare riforme strutturali dell'ordinamento locale (v. par. 4)³¹. L'anno precedente – e questo è l'aspetto più sorprendente – la Spagna aveva deciso di riformare la *Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, con l'esplicito intento di rafforzare la posizione istituzionale delle “*Diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares o entidades equivalentes*” all'interno del sistema di governo locale (LRSAL 2013). Ossia, mentre l'Italia depotenziava gli enti intermedi, emulando il modello iberico, la Spagna li irrobustiva, al fine di garantire l'effettività delle funzioni e dei servizi affidati agli enti locali più piccoli. La riforma del 2013 dichiara infatti di voler rafforzare le funzioni e i servizi delle Province spagnole, che vengono così a svolgere anche attività indirizzate a favore dei cittadini, e non solo a servizio dei Comuni e degli altri enti del territorio: si realizza così una trasformazione “ontologica” delle *Diputaciones*, che restano prive di una legittimazione popolare diretta, ma, con la riforma del 2013, svolgono sicuramente funzioni rivolte alla popolazione residente.

Questa peculiare forma organizzativa, in cui i responsabili di funzioni e servizi pubblici non rispondono direttamente ai destinatari dell'attività svolta, apre inevitabilmente il fianco a critiche e proposte revisioniste, tuttora molto diffuse nell'ordinamento spagnolo.

L'andamento di questi processi di imitazione è paradigmatico, poiché tende a ripetersi ciclicamente. La crisi finanziaria globale, in particolare, ha favorito uno scambio di modelli tra due Paesi che, per molti aspetti, si rassomigliano dal punto di vista dell'organizzazione del potere, decentrato nei diversi territori.

Curiosamente, però, all'atto di adottare una riforma concernente lo “Stato delle autonomie”, uno dei due Paesi sceglie di imitare il vicino quando

provinciale doveva essere composto da non più di dieci consiglieri eletti dagli organi elettivi dei Comuni ricadenti nel territorio della Provincia. Sulla mini-riforma territoriale del Governo Monti si veda, ad es., F. FABRIZZI, *Sul riordino delle Province contenuto nel decreto “Salva Italia”*, in *federalismi.it*, 2011, 24.

³⁰ Il d.l. 95/2012 disponeva l'accorpamento delle Province che non fossero adeguate a garantire il reale esercizio di funzioni di area vasta ovvero esercitassero tali funzioni in spregio dei criteri di economia ed efficienza, ovvero, ancora, laddove si rendesse necessario ricalibrare la geografia delle circoscrizioni provinciali a seguito della riforma della geografia giudiziaria e prefettizia.

³¹ I decreti di riforma, come ricordato, erano stati annullati l'anno precedente dalla Corte costituzionale, nella cui opinione «de componenti essenziali dell'intelaiatura dell'ordinamento degli enti locali, devono essere per loro natura disciplinate da leggi destinate a durare nel tempo e rispondenti ad esigenze sociali e istituzionali di lungo periodo» (Corte cost., 19 luglio 2013, n. 220).

quest'ultimo ha già modificato l'istituto preso a riferimento, che diviene così un modello solo teorico e ormai superato.

Era già avvenuto con la Costituzione repubblicana del 1948, quando l'Italia, al momento di adottare la forma di Stato regionale, prese a modello la Costituzione spagnola del 1931 (c.d. seconda Repubblica), una Carta che, per quanto rilevante sotto il profilo teorico, ebbe però una vita breve (1931-39) e consentì l'istituzione di appena tre Regioni autonome, dotate di un regime speciale all'interno dell'ordinamento generale spagnolo, senza che fosse prevista la regionalizzazione dell'intero territorio nazionale.

La dinamica si è ripetuta, a parti invertite, con la Costituzione postfranchista del 1978, che risulta sicuramente influenzata (anche) dalle scelte compiute dal Costituente italiano – trent'anni prima – in relazione all'organizzazione dei livelli di governo e ai rapporti centro-autonomie. Al momento dell'approvazione della Costituzione spagnola, tuttavia, la “amministrativizzazione” delle Regioni italiane era ormai conclamata, e l'appiattimento dei nuovi enti sul modello statale era sotto gli occhi di tutti. Una situazione che alimentava la delusione di quanti avevano visto nei Consigli regionali ideali «laboratori per la sperimentazione di indirizzi politici innovativi»³², producendo critiche e ripensamenti del modello regionalista. In sostanza, nel 1978 – quando la Spagna si accingeva ad approvare la nuova Costituzione autonoma, guardando con interesse al modello italiano – la generale insoddisfazione per il regionalismo delle origini, in Italia, aveva iniziato a gettare le basi della profonda riforma dello “Stato autonomista”, che avrebbe preso corpo solo vent'anni più tardi (1999-2001).

Lo schema dell'emulazione tardiva tra i due Paesi torna a ripetersi oggi, nei primi mesi del 2024, allorché il Parlamento italiano si accinge ad approvare una proposta di legge sul regionalismo asimmetrico che ricorda da vicino il modello dello Stato integrale spagnolo, grazie al quale le *comunidades autonomas historicas* raggiunsero l'autonomia per la via “rapida”, ottenendo competenze molto più estese rispetto alle *comunidades* di secondo livello. Anche in questo caso, il modello di riferimento appare idealizzato (la asimmetria tra le Regioni è durata, in Spagna, dal 1979 al 1994) e molto lontano da quello reale, dal momento che la *igualación competencial* aveva da tempo azzerato la differenziazione “giuridica” di partenza tra i territori spagnoli³³. Ciò che resiste a lungo nel tempo, come

³² Per utilizzare il lessico di R. LEONARDI, R.Y. NANETTI, R.D. PUTNAM, *L'istituzionalizzazione delle Regioni in Italia*, in *Le regioni*, 1982, pp. 1104 ss. Tale aspettativa, si fa notare, «peccava certamente di illuminismo, si reggeva cioè sulla convinzione che, modificati i termini dell'assetto istituzionale, quasi necessariamente ne sarebbero risultate travolte le prassi settorialistiche e corporativizzanti della nostra amministrazione pubblica». Sul tema, v. S. BARTOLE, *Le Regioni e gli studi di diritto costituzionale*, in *Le regioni*, 1982, p. 1059.

³³ Sia consentito rinviare, su questo aspetto, a GARDINI, *Prove di regionalismo differenziato*, cit.; e ID., *La carrera infinita entre las comunidades autónomas en España e Italia. La paradoja de Aquiles y la tortuga como efecto (no deseado) del regionalismo asimétrico*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 2023, pp. 1-46. Diverso discorso va fatto per i c.d. *hechos diferenciales*, termine con cui si indicano specialità concernenti la lingua (Paesi Baschi, Catalogna, Galizia, Baleari, Comunità Valenciana), la geografia (insularità) o altri aspetti socio-culturali (ordinamento civile, livelli di

vedremo, è semmai la tensione verso l'autonomia finanziaria e impositiva, ottenuta solo dai Paesi Baschi e Navarra, che innesca un incessante inseguimento tra le Regioni spagnole per una revisione dei flussi redistributivi (v. par. 7).

Di fronte a simili fenomeni si potrebbe parlare di imitazione cieca o, più bonariamente, di circolazione tardiva delle esperienze: fatto è che, per una strana asincronia temporale, tra Italia e Spagna continua a verificarsi, con una certa frequenza, uno scambio di modelli istituzionali pensati per governare l'autonomia quando gli istituti presi a riferimento risultano da tempo superati nel Paese di provenienza.

7. *Regionalismo differenziato e “resti fiscali”*. — Il 23 marzo 2023 il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, Roberto Calderoli, ha presentato al Senato (A.S. n. 615) un disegno di legge riguardante i principi e la procedura necessaria per la concessione dell'autonomia differenziata alle Regioni che ne facciano richiesta (“Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione”). Il 23 gennaio 2024 il testo, emendato in più punti, è stato approvato con una ampia maggioranza (110 voti a favore, 64 contrari, 3 astenuti) dal Senato della Repubblica e trasmesso all'altro ramo del Parlamento (A.C. n. 1665).

Così facendo, il Governo ha imboccato la strada della “legge generale di attuazione” della Costituzione, che punta all'approvazione di una disciplina procedurale generale volta a garantire un processo attuativo più ordinato dell'art. 116.3 Cost. Una scelta che, di per sé, non era vincolata, tanto che una parte della dottrina la considera foriera di inutili elementi di complicazione nel sistema³⁴.

Un precedente intervento normativo, racchiuso nella legge annuale di bilancio per il 2023 (legge n. 197/2022, art. 1, commi 791-798), aveva anticipato il meccanismo di definizione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP) da garantire su tutto il territorio nazionale — e quindi anche nelle Regioni non differenziate —, indicandoli come presupposto ineludibile per la attuazione del regionalismo differenziato. Nell'impianto del d.d.l. Calderoli, i LEP divengono un elemento centrale per ridurre il rischio, da più parti paventato, che l'autonomia

governo intermedi, sistema fiscale concertato) che costituiscono elementi caratterizzanti determinati territori regionali. Sulla base degli *hechos diferenciales* possono essere riconosciute alle *comunidades autonomas* (CCAA) competenze e autonomia differenziate, come del resto avviene in Italia per le Regioni a statuto speciale. Tuttavia, la possibilità di vedersi applicare un regime giuridico specifico in base a *hechos diferenciales* non venne adeguatamente valorizzata dai partiti nazionalisti delle CCAA storiche, che videro nella *igualación competencial* il tradimento di un modello, quello autonomico (o regionalista), concepito sin dall'origine come differenziato e destinato a rimanere tale. Così facendo, le Regioni storiche spagnole (a differenza di quelle speciali italiane) non colsero fino in fondo la possibilità di valorizzare i propri *hechos diferenciales* al fine di mantenere regimi giuridici diversificati tra le CCAA, pur all'interno di un tetto competenziale unico.

³⁴ O. CHESSA, *Sui profili procedurali del DDL Calderoli come “legge generale di attuazione”*, in *Astrid Rassegna*, 2023, 5, secondo il quale non è chiaro «quale possa e debba essere il rapporto tra la fonte legislativa rinforzata che è espressamente prevista dall'art. 116, terzo comma, e la fonte legislativa ordinaria di cui consisterebbe la “legge generale di attuazione”».

differenziata possa aumentare le disuguaglianze territoriali e sociali già molto forti all'interno del Paese³⁵.

Nel corso dell'esame in prima lettura al Senato, le finalità del d.d.l. Calderoli sono state specificate e integrate con il riferimento al rispetto dell'unità nazionale ed alla finalità di rimuovere discriminazioni e disparità di accesso ai servizi essenziali sul territorio, nonché con il riferimento al rispetto dei principi di coesione economica, sociale e territoriale, anche con riferimento all'insularità. Si è inoltre previsto che la nuova distribuzione delle competenze debba essere idonea ad assicurare il pieno rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza (esplicitandosi in relazione a questi il rinvio all'articolo 118 della Costituzione) ed è stato, agli stessi fini, introdotto in via aggiuntiva il richiamo al principio solidaristico di cui agli articoli 2 e 5 della Costituzione (art. 1, comma 1, d.d.l. 1665).

Nel corso dell'esame in Senato, inoltre, è stato precisato il riferimento ai "diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", inserendo la parola "equamente" dopo la parola "garantiti", e introducendo, sempre ai fini della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, il riferimento all'articolo 119 della Costituzione. Si è poi esplicitato, il legame fra il contenuto dei LEP e l'effettività dei predetti diritti su tutto il territorio nazionale (art. 1, comma 2, d.d.l. 1665).

Al netto dei miglioramenti indubitabili che il d.d.l. Calderoli ha evidenziato nel corso del suo iter parlamentare (di cui non c'è modo, in questa sede, di dare conto in modo puntuale), preme qui sottolineare alcuni elementi di preoccupazione che derivano dall'introduzione di un regionalismo competitivo come quello delineato dal disegno di legge governativo.

Ancora una volta, il riferimento obbligato è al modello spagnolo, cui lo stesso ministro Calderoli sembra voler ispirarsi. Commentando il *paper* dell'Associazione Astrid sull'attuazione dell'autonomia differenziata³⁶, il ministro ha fatto un riferimento esplicito al sistema regionale spagnolo, come riferimento principale per la riforma che porta il suo nome. «C'è sempre una "metafora" alimentare quando si parla di autonomia regionale», fa notare Calderoli. «Nell'ordinamento spagnolo, che conosce un significativo livello di

³⁵ La determinazione dei LEP non è tanto utile alle Regioni beneficiarie della differenziazione, quanto ad «assicurare l'adeguato svolgimento delle funzioni affidate alle *altre* Regioni, al fine di determinare le risorse di cui queste ultime necessitano per poter svolgere i propri compiti». Per quanto, si fa notare, «la scelta di subordinare l'attuazione del regionalismo differenziato alla previa definizione dei livelli essenziali e degli obiettivi di servizio, in relazione alle materie oggetto della legge di autonomia negoziata, finirebbe per sottoporre a una condizione costituzionalmente non prevista l'attuazione dell'art. 116, co. 3 Cost., innescando, presumibilmente, un cospicuo contenzioso costituzionale in ordine alla sussistenza dei requisiti richiesti ai fini dell'avvio della trattativa tra Stato e Regione». G. RIVOCCHI, *Il regionalismo differenziato, un istituto della Repubblica delle autonomie: perché e come realizzarlo entro i limiti di sistema*, in *Diritti regionali*, 2021, 3, p. 816.

³⁶ Astrid Paper, *L'autonomia regionale "differenziata" e la sua attuazione: questioni di procedura e di metodo*, in *astrid-online.it*, n. 93, aprile 2023, <https://www.astrid-online.it/static/upload/fina/finale---autonomia-differenziata-pos-paper-17-aprilefinal.pdf>, data ultima consultazione 2.5.2024.

differenziazione, si utilizza l'espressione "*tabla de quesos*" (vassoio di formaggi), per indicare la possibilità delle Comunità autonome di contrattare col potere centrale le competenze da esercitare. L'opposto è individuato nel "*café para todos*" (caffè per tutti), ossia il principio di uniformità per tutte le autonomie territoriali.

Nel nostro Paese si parla spesso di "fetta di torta", più o meno grande, quando si parla di ripartizione di risorse³⁷.

Ed ecco esplicitata, con la massima trasparenza, la vera ragione che muove le richieste di maggior autonomia avanzate da alcune Regioni, le più ricche e produttive (Lombardia, Veneto e Emilia-Romagna), il cui esempio – è facile immaginare – verrà prontamente imitato da molte altre³⁸. La distribuzione delle risorse è il punto centrale di ogni istanza di differenziazione, la pretesa ricorrente che accomuna – seppure con modulazioni diverse – tutti i sistemi decentrati, unitari o federali che siano.

L'idea di poter incidere sulla distribuzione delle risorse tra le Regioni ordinarie, imitando il modello delle Regioni a statuto speciale (e del regionalismo asimmetrico "alla spagnola") è alla base anche del regionalismo differenziato tratteggiato dal d.d.l. Calderoli: al di là della difficoltà di fornire una definizione giuridica dei LEP, e della responsabilità dei diversi Governi che si sono succeduti, dal 2001 ad oggi, per non avervi mai proceduto³⁹; mettendo da parte i problemi

³⁷ *Autonomia, ministro Calderoli a convegno Fondazione Astrid: "Confronto nel merito è sempre positivo"*, in *Dipartimento per gli Affari Regionali e le Autonomie*, <https://www.affariregionali.it/il-ministro/comunicati/2023/giugno/autonomia-ministro-calderoli-a-convegno-fondazione-astrid-confronto-nel-merito-%C3%A8-sempre-positivo/>, data ultima consultazione 10.7.2024.

³⁸ «Le iniziative delle regioni Veneto e Lombardia sono state esplicitamente finalizzate a ottenere, sotto forma di quote di gettito dei tributi che vengono trattenute, risorse pubbliche maggiori rispetto a quelle oggi spese dallo Stato nei loro territori. Quello delle risorse è stato il tema dominante della campagna referendaria del 2017 in entrambe le regioni: era comune l'invito a sostenere l'iniziativa per conquistare la maggior quota possibile del cosiddetto residuo fiscale. In Veneto, questa quota è stata ufficialmente ed esplicitamente quantificata nel novembre 2017 nei 9/10 del gettito fiscale. Richiesta mai ritirata o modificata. In Lombardia, il Consiglio regionale ha approvato il 13 giugno 2017 una mozione con cui si chiede di 'negoziare, all'indomani dell'esito positivo del referendum, contestualmente alle nuove competenze e alle risorse relative, anche l'autonomia fiscale così come riconosciuta alle Regioni a Statuto speciale, nel cui ambito sarebbe inserita la Lombardia all'indomani della conclusione positiva della trattativa con il Governo, applicando il sacrosanto principio, ormai non più trascurabile, che le risorse rimangano sui territori che le hanno generate'. Sul tema del cosiddetto "residuo fiscale" si è espressa con chiarezza la Corte costituzionale. Nella sentenza 118 del 2015, che riguarda i quesiti referendari veneti in cui si proponeva di trattenere almeno l'80% dei tributi nella regione, la Corte ha sostenuto che 'i quesiti in esame profilano alterazioni stabili e profonde degli equilibri della finanza pubblica, incidendo così sui legami di solidarietà tra la popolazione regionale e il resto della Repubblica. [...] investono in pieno [...] alcuni elementi strutturali del sistema nazionale di programmazione finanziaria, indispensabili a garantire la coesione e la solidarietà all'interno della Repubblica, nonché l'unità giuridica ed economica di quest'ultima'. Nella sentenza 69 del 2016, ha affermato che 'il parametro del residuo fiscale non può essere considerato un criterio specificativo dei precetti contenuti nell'articolo 119 della Costituzione'. Così G. VIESTI, *Memoria predisposta per l'audizione presso la commissione affari costituzionali della Camera dei deputati sull'A.C. 1665 'Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata'*, 15 marzo 2024, <https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.33001.15-03-2024-09-41-44.280.pdf>, data ultima consultazione 3.5.2024.

³⁹ La Corte costituzionale, nella sentenza n. 220 del 2021, ha richiamato il legislatore a superare il perdurante ritardo nella definizione dei LEP, che rappresentano un elemento imprescindibile dei rapporti finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali.

economici nel garantire il finanziamento dei LEP, anche nelle sole materie differenziabili, quale condizione da cui dipende l'avvio del processo stesso di differenziazione⁴⁰; andando oltre la questione, pur relevantissima, della delimitazione delle materie “trasferibili” e delle ragioni che devono sempre accompagnare le diverse richieste di trasferimento⁴¹; prima e al di sopra di tutti questi aspetti, il punto chiave di questa proposta legislativa è la sua capacità di incidere sulla distribuzione delle risorse tra le diverse Regioni.

All'origine delle richieste di maggiore autonomia da parte di alcune Regioni ordinarie, infatti, vi è la volontà di ottenere risorse aggiuntive per garantire l'esercizio delle funzioni e l'erogazione dei servizi pubblici ad esse conferite. In modo speculare, alla base dell'opposizione al progetto di riforma vi è il timore che questo finanziamento aggiuntivo, legato alla maggiore autonomia di alcune Regioni ordinarie, produca una diminuzione delle risorse complessivamente disponibili per tutte le altre, con conseguente impossibilità di garantire la prestazione di servizi e funzioni essenziali al soddisfacimento dei diritti individuali nei territori non differenziati⁴².

Il meccanismo di finanziamento delle autonomie è al centro di un “interminabile dibattito”⁴³ tra gli studiosi del decentramento territoriale, posto che il riparto dei mezzi economici produce effetti sistemici all'interno di un insieme chiuso, dotato di risorse finite. Nella maggior parte dei sistemi decentrati l'autonomia finanziaria dei livelli di governo è sempre accompagnata dalla presenza di meccanismi equitativi, che puntano a redistribuire in modo più armonico le risorse presenti in quantità disomogenea nei diversi territori: l'equilibrio tra autonomia e solidarietà è la chiave di volta per la costruzione di un'organizzazione che vuole essere, al contempo, decentrata e coesa.

È questa la vera sfida del decentramento: conciliare differenze e equità. In un sistema decentrato non è ipotizzabile regolare il finanziamento delle unità territoriali che lo compongono senza tenere conto della loro diversa capacità economica. I territori, com'è ovvio ed intuitivo, si differenziano per moltissimi profili: produttività, densità e età della popolazione, reddito *pro capite*, disoccupazione, presenza di infrastrutture, numero di imprese multinazionali che vi hanno sede, immigrazione/emigrazione, morfologia del territorio, etc. A causa

⁴⁰ L'art. 4 del d.d.l. 1665 stabilisce che «Qualora dalla determinazione dei LEP derivino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, è previsto che possa procedersi al trasferimento delle funzioni solo dopo l'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi di stanziamento delle risorse finanziarie».

⁴¹ A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella “forma” del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere, in federalismi.it*, 2024, 3, pp. IV-XIV.

⁴² «Le Regioni Lombardia, Veneto e Emilia-Romagna rappresentano il 40% del Pil italiano; la spesa pubblica statale nelle tre regioni ammonta a 68 miliardi sui 273 “regionalizzabili” (Senato della repubblica e Camera dei deputati 2023). Garantire loro prelievi partecipazioni al gettito di ampia dimensione può ridurre significativamente le risorse disponibili per il ministero dell'Economia per far fronte al debito pubblico, che rimarrebbe a carico di tutti i contribuenti italiani». Così VIESTI, *Memoria*, cit.

⁴³ S. LEÓN, *La Financiación autonómica. Claves para comprender un (interminable) debate*, Madrid, 2015.

di queste differenze “di fatto”, tutti i sistemi decentrati, a partire da quelli federali, avvertono l’esigenza di introdurre forme di perequazione, o livellamento, tra le diverse unità territoriali che compongono lo Stato, in modo da garantire un equilibrio di fondo nella distribuzione delle risorse, assicurare l’effettiva prestazione di servizi ai cittadini a prescindere dal luogo in cui risiedono, evitare l’insorgere di tensioni sociali, prevenire conflitti tra le comunità che compongono il “sistema” nazionale. È del tutto normale che i diversi territori (e i loro abitanti) contribuiscano in modo variabile al finanziamento delle funzioni delegate dallo Stato centrale, e che vi siano obblighi di solidarietà da parte dei territori più ricchi a favore di quelli dotati di minore capacità fiscale⁴⁴.

Il d.d.l. Calderoli muove dall’esigenza di dare risposta alle richieste delle Regioni (ordinarie) più produttive, e quindi dotate di maggiore capacità fiscale, le quali puntano a trattenere sul proprio territorio una quota più rilevante del gettito fiscale prodotto dai propri cittadini (una “fetta di torta” più grande, come l’ha definita lo stesso Ministro). Si tratta dei famigerati resti o residui fiscali, oggetto di acceso scontro tra chi ne amplifica le conseguenze e chi, al contrario, ne svisciva il significato, fino a negarne l’esistenza stessa. All’origine del disegno di legge 1665 (C.) vi è, appunto, l’idea di intervenire su questi flussi redistributivi, giustificando l’operazione attraverso le maggiori funzioni e competenze attribuite alle Regioni ordinarie a seguito dell’intesa stipulata con il Governo sulle competenze trasferibili⁴⁵.

A questo fine, l’articolo 5 del d.d.l. Calderoli, come modificato al Senato, disciplina la istituzione di una Commissione paritetica Stato-Regione-Autonomie locali, cui spetta il compito di formulare proposte per l’individuazione dei beni e delle risorse umane, strumentali e finanziarie necessarie per l’esercizio da parte della Regione delle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia oggetto di conferimento. I criteri di determinazione di tali beni e risorse⁴⁶, così come le

⁴⁴ Alcuni Stati decentrati puntano ad un obiettivo di massima riduzione delle differenze, o di maggiore equilibrio tra i livelli decentrati (come ad es. l’Australia o il Canada), mentre altri scelgono di non intervenire affatto su queste disuguaglianze, ritenendole fisiologiche all’interno di un sistema “competitivo” in cui i diritti di libertà degli individui prevalgono sui doveri di solidarietà che lo Stato è tenuto a garantire (è il caso, in realtà unico, degli Stati Uniti). Per un approfondimento di questi temi, sia consentito rinviare a GARDINI, *Prove di regionalismo differenziato*, cit.

⁴⁵ «Di fronte alla posizione, che è stata prevalente almeno negli ultimi due decenni, che i residui fiscali non esistono, la soluzione del federalismo differenziato del Ddl “Calderoli” è risposta di pari livello di radicalità e sordità. Dichiarare che un flusso redistributivo non esiste, quando se ne è beneficiari, induce chi lo mette a disposizione a volerlo trattenere. Sono due estremi che si giustificano a vicenda. Entrambi dannosi. Il primo i danni li ha lentamente fatti durante i passati decenni; il secondo, se il Ddl diventa legge, i danni li produrrà in futuro e probabilmente in tempi più rapidi. [...] Avere negato per anni la patologia di residui fiscali ampi e permanenti non ha impedito, ma anzi plausibilmente ha favorito, che la contrapposizione tra Regioni più e meno ricche sfociasse in un disegno di legge che, pur non trattando dei residui, da li muove». Così Redazione Reforming, *Dai residui fiscali inesistenti all’autonomia differenziata monstre. Considerazioni su quanto sta per accadere a partire dal paragone tra residui e saldi di Target-2*, in *reforming.it*, <https://www.reforming.it/doc/2181/rn-18-marzo-2024-def.pdf>, data ultima consultazione 30.3.2024.

⁴⁶ La proposta di determinazione dei beni e delle risorse necessari è definita nell’ambito di una Commissione paritetica Stato-Regione-Autonomie locali sulla base dei criteri stabiliti dall’intesa. La concreta determinazione dei suddetti beni e risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative è

modalità di finanziamento delle suddette funzioni, dovranno essere definiti nell'ambito dell'intesa tra Stato e singola Regione⁴⁷.

In ogni caso, il finanziamento sarà basato sulla compartecipazione regionale ad uno o più tributi erariali maturati nel territorio della Regione. Com'è noto, le quote di compartecipazione ai tributi erariali maturati nel territorio regionale costituiscono la principale entrata tributaria delle Regioni a statuto speciale (d'ora in avanti RSS), modello a cui evidentemente tende il disegno di legge Calderoli. Per ciascuna RSS, lo statuto elenca le imposte erariali delle quali una quota percentuale è attribuita alla Regione, le aliquote eventualmente differenziate per ciascun tipo di imposta, la base di computo, le modalità di attribuzione. Questo meccanismo fa sì che le compartecipazioni al gettito dei principali tributi nazionali incassato sui territori delle RSS siano molto differenziate: si va dal 100% di tutti i tributi erariali della Valle d'Aosta al 90% del Trentino-Alto Adige (con una piccola quota trattenuta dalla Regione e il resto attribuito direttamente alle due Province) ad aliquote di compartecipazione via via inferiori e a loro volta differenziate per le altre RSS⁴⁸. Analoga varietà — è facilmente ipotizzabile — si avrà anche per le Regioni ordinarie che otterranno la differenziazione ex art. 116.3 Cost., solo che a stabilire le quote di compartecipazione non saranno gli statuti d'autonomia, come per le RSS, ma una specifica Commissione paritetica, che sulla base dei dati del gettito effettivo dei tributi a consuntivo proporrà, di anno in anno, le conseguenti regolazioni finanziarie.

Di seguito, in sintesi, il meccanismo previsto dal disegno di legge Calderoli per la determinazione della quota di compartecipazione, dopo le modifiche al Senato: l'art. 8, comma 2 del d.d.l. 1665 prevede che una Commissione paritetica Stato-Regione-Autonomie locali, disciplinata dall'intesa, valuti annualmente gli oneri per la Regione derivanti dall'esercizio delle funzioni trasferite; gli esiti della valutazione sono riferiti alla Conferenza unificata e alle Camere; la Commissione

operata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e i Ministri interessati per materia.

⁴⁷ Per l'individuazione dei tributi e per la disciplina specifica si rinvia all'intesa di cui all'articolo 2 del disegno di legge in esame, alla base del conferimento di funzioni.

⁴⁸ La diversa attribuzione «riflette l'originaria allocazione delle competenze immaginata per le diverse RSS e la situazione delle loro economie al tempo della stipula dei loro statuti. Il fatto che dal dopoguerra a oggi la situazione economica di queste Regioni si sia però fortemente differenziata spiega in sostanza anche la diversa attivazione delle funzioni». Si tratta di un sistema disfunzionale, basato su un modello di finanziamento rovesciato, che «potrebbe essere sintetizzato con la formula "prima le risorse e poi le competenze", mentre quelle delle RSO è attualmente basato su un meccanismo "prima i fabbisogni di spesa e poi le risorse". Specificamente, nel caso delle RSS sono state prima stabilite delle quote di compartecipazioni ai tributi erariali e poi a seconda di come le risorse derivanti da queste quote si sono evolute si è deciso, attraverso una contrattazione con lo Stato, quali funzioni queste risorse dovevano coprire». Cfr. M. BORDIGNON, F. NERI, L. RIZZO, R. SECOMANDI, *Le attuali Regioni a statuto speciale: un modello per l'autonomia differenziata?*, in *osservatoriocpi.unicatt.it*,

<https://osservatoriocpi.unicatt.it/ocpi-pubblicazioni-le-attuali-regioni-a-statuto-speciale-un-modello-per-l-autonomia-differenziata>, pp. 4 e 12, data ultima consultazione 3.5.2024.

paritetica effettua una ricognizione annuale dell'allineamento tra fabbisogni di spesa e andamento del gettito dei tributi oggetto di compartecipazione; in caso di disallineamento, il Ministro dell'economia, di concerto con il Ministro per gli affari regionali e d'intesa con la Conferenza unificata, su proposta della Commissione paritetica, dovrà adottare le necessarie variazioni.

Al di là degli aspetti tecnici, due elementi meritano di essere sottolineati in questo “nuovo” metodo di finanziamento regionale: 1) le quote di compartecipazione ad uno o più tributi erariali maturati nel territorio della Regione sono oggetto delle singole intese con il Governo: ciò apre la strada a negoziati e accordi individuali tra Regione e Governo, che risentiranno inevitabilmente delle maggioranze politiche *pro tempore*; 2) l'assetto della finanza regionale continua ad essere in larghissima misura di carattere derivato, mentre non trova attuazione l'autonomia tributaria prevista dall'art. 119 Cost., che implica l'istituzione di tributi propri degli enti sub-statali.

Per completare, l'intero sistema di redistribuzione di competenze e risorse disposto dal d.d.l. Calderoli è accompagnato dalla clausola generale di invarianza, ricorrente in ogni proposta di legge approvata dalla crisi finanziaria in avanti, in base alla quale dall'applicazione della presente legge (compreso il finanziamento dei LEP) e di ciascuna intesa non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (art. 9, comma 1, d.d.l. 1665).

Lasciando da parte la sostenibilità economica dell'intero progetto, su cui è facile farsi un'opinione di massima, e tornando rapidamente all'esempio spagnolo, a cui il d.d.l. Calderoli in oggetto sembra ispirarsi, non pare superfluo ricordare la traiettoria avuta dal regionalismo asimmetrico iberico negli ultimi quarant'anni. Proprio i due elementi sopra evidenziati – volontarietà e negozialità del processo per l'ottenimento di maggiore autonomia, da un lato; carattere essenzialmente derivato della finanza regionale, dall'altro – hanno spinto le *Comunidades autonomas* spagnole (d'ora in avanti CCAA) a lanciarsi in un inseguimento senza fine, per cui le Regioni meno ricche, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, hanno iniziato a pretendere la maggiore autonomia di quelle più ricche; le quali, a loro volta, hanno reagito allontanandosi ulteriormente dalle prime, avanzando richieste di sempre maggior autonomia e risorse. In altra sede⁴⁹ ho descritto questo fenomeno come “il paradosso di Achille e la tartaruga” applicato ai rapporti tra territori, che ha generato continue richieste da parte delle Regioni rimaste indietro, in termini di attribuzione di competenze e risorse, seguite da speculari fughe in avanti dalle Regioni storiche (o almeno una parte di esse) che, reagendo all'ingiustizia che ritengono di aver subito a causa di una regolazione indifferenziata (la c.d. *igualación competencial*), hanno progressivamente alzato la posta, avanzando richieste di indipendenza sulla base di un equivocato principio

⁴⁹ GARDINI, *Prove di regionalismo differenziato*, cit., pp. 511 ss.

di “autodeterminazione dei popoli” (nella terminologia politica indicato come “diritto a decidere” o “mandato democratico”⁵⁰).

All’origine di questo lunghissimo inseguimento vi è – come anche per il disegno di legge Calderoli – il problema dei resti o residui fiscali⁵¹. A ben vedere, l’istanza di trattenere i c.d. resti fiscali è alla base delle richieste di maggior autonomia avanzate dalle Regioni spagnole. Nel sistema spagnolo, l’*hecho diferencial* probabilmente più rilevante sotto il profilo giuridico, economico e politico – lasciando da parte la lingua, che è fortemente embricata con la questione identitaria posta dalle diverse *nacionalidades* spagnole – è rappresentato dal sistema fiscale: in base ad esso possono crearsi differenziazioni tra i territori che vanno ben oltre la portata delle competenze materiali, e danno vita a sistemi impositivi autonomi e separati.

In Spagna, infatti, esistono due distinti regimi fiscali: uno generale, applicabile alla maggior parte delle CCAA, basato sulle regole fissate dalla *Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas* (LOFCA), approvata nel 1980, e uno speciale, valevole *solo* per i Paesi Baschi e Navarra (e in parte per le isole Canarie), che si giustifica in base alla tradizione – riconosciuta dalla Costituzione spagnola (*Disposición adicional primera*) e recepita dai rispettivi Statuti di autonomia – del *Concierto económico* (Paesi Baschi) e del *Convenio económico* (Navarra). Questa peculiarità colloca queste due CCAA all’estremità del modello regionalista differenziato, poiché consente loro di avere di un regime fiscale “separato” rispetto alle altre Regioni, e di disciplinare, gestire e riscuotere le principali imposte (IRPEF, IVA, persone giuridiche), trasferendone successivamente una parte allo Stato (c.d. *cupo*, corrispondente circa al 6-7% dell’intero volume riscosso)⁵².

Il metodo di finanziamento delle CCAA, derivato e con forti specialità al suo interno, ha generato e continua a generare una continua rincorsa tra le CCAA ad autonomia “lenta” (la maggioranza) e quella ad autonomia “rapida” (Paesi Baschi, Navarra, Catalogna, e dal 1980 Andalusia), causando al contempo la frustrazione

⁵⁰ Per una attenta analisi di questa scelta, v. A. GALAN GALAN, *Del derecho a decidir a la independencia: la peculiaridad del proceso secesionista en Cataluña*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2014, 4, pp. 885 ss. Va precisato che, nel sistema spagnolo, il c.d. “diritto alla autodeterminazione” non ha nessun fondamento giuridico, sia dal punto di vista del diritto costituzionale che da quello del diritto internazionale. Né, tantomeno, ne ha il c.d. “diritto a decidere”, che è stato spesso utilizzato come eufemismo per indicare le richieste di secessione da parte delle CCAA spagnole.

⁵¹ Per un approfondimento del modello spagnolo di finanziamento regionale, sia consentito fare nuovamente rinvio a GARDINI, *Prove di regionalismo differenziato*, cit.

⁵² Il *Partido Nacional Vasco* (P.N.V.) utilizzò il processo costituente come l’occasione per negoziare il c.d. *Pacto foral*, grazie al quale le venne riconosciuta una forma di autonomia particolarmente avanzata che da un lato consentiva di rivendicare una sovranità (fiscale) sul territorio regionale, dall’altro di mantenere aperta la questione indipendentista, seppure in maniera velata. La formulazione finale della Prima Disposizione Aggiuntiva della Costituzione del 1978, concernente il *Pacto foral*, stabilisce quanto segue: «La Costituzione protegge e rispetta i diritti storici dei territori forali. L’attuazione generale del regime forale avverrà nel pieno rispetto della Costituzione e dello Statuto delle Autonomie». Tuttavia, questa formulazione non venne considerata adeguata dai dirigenti del P.N.V., che promossero l’astensione nel *referendum* costituzionale all’interno dei Paesi Baschi.

delle CCAA più ricche e produttive (in particolare la Catalogna) che non hanno ottenuto la piena “autarchia” fiscale raggiunta dai Paesi Baschi e Navarra. In Spagna, la tensione provocata dal sistema di finanziamento autonomico ha ampiamente oltrepassato la soglia della fisiologia: la protesta indipendentista è animata soprattutto dalla reazione contro l’ “*expolio*”, il “*robo*” operato dallo Stato spagnolo ai danni della Catalogna, mediante il meccanismo della c.d. *sobre-nivelación fiscal* (o, detto in altro modo, del mancato riconoscimento dei resti fiscali).

Il rischio di guardare troppo da vicino al modello spagnolo nell’attuazione dell’art. 116.3 Cost. è che, anche in Italia, il regionalismo asimmetrico finisca per concentrarsi prevalentemente sulle differenze nel finanziamento regionale, e che anche da noi si produca un’*escalation* rovinosa nelle istanze autonomistiche, innescata dalla fuga in avanti dalle Regioni più ricche e produttive, all’insegna della revisione dei flussi redistributivi o resti fiscali. Il caso della Catalogna, che più di ogni altro esemplifica la dinamica di radicalizzazione delle istanze autonomiste in Spagna⁵³, rappresenta un paradigma negativo da evitare a tutti i costi, non certo da emulare.

8. *Brevi conclusioni.* – Il decentramento territoriale italiano si caratterizza per la estemporaneità e la farraginosità degli interventi messi in atto dal legislatore e per l’assenza di un disegno organico, in grado di indicare con chiarezza gli obiettivi e le risorse necessarie alla sua realizzazione. Lo stratificarsi di riforme, interventi settoriali e misure d’urgenza che hanno interessato le autonomie territoriali, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso in avanti, rendono impossibile individuare un progetto unitario e coerente a sostegno del decentramento territoriale.

Il punto è che, in Italia, le riforme territoriali sono state troppo spesso “reattive”, ossia introdotte in risposta a fenomeni congiunturali, e parziali, ossia immaginate per un singolo livello di governo, in assenza di una visione organica e sistemica delle autonomie.

Lo sguardo deve invece allargarsi, estendendosi all’insieme degli enti territoriali: dai piccoli comuni, spesso inadeguati a gestire il complesso di funzioni amministrative che il principio di sussidiarietà riversa su di essi; all’area vasta, composta da enti dalla natura incerta, oggetto di continui ripensamenti e indicazioni contrastanti da parte del nostro legislatore; per arrivare alle Regioni, che in Italia non sono state in grado di assumere il ruolo di indirizzo politico del sistema locale assegnato loro dalla Costituzione, e sin dai primi anni di vita si sono comportate come grandi enti di gestione, come macro-comuni che entrano in competizione con gli enti locali minori.

Dare vita ad un “ordinamento delle autonomie territoriali”, in senso proprio, richiede una visione sistemica, indispensabile per realizzare riforme strutturali,

⁵³ Sul “*desplazamiento social hacia la independencia*” verificatosi in Catalogna, v. J. TUDELA ARANDA, *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*, Madrid, 2016, pp. 225 ss.

che non devono essere guidate dall'emergenza o da ragioni contingenti. Occorre provvedere alla riforma dell'ordinamento territoriale con uno sguardo lungo e una prospettiva stabile, muovendo dal presupposto dell'insufficienza dimensionale di molti comuni a svolgere le funzioni che l'ordinamento attribuisce loro. Occorre dare una fisionomia stabile e coerente all'area vasta, partendo dalle funzioni e dalle risorse da assegnare al livello di governo sovracomunale. Occorre prendere atto della "torsione amministrativa" delle Regioni, le quali hanno ormai abdicato alla loro funzione di guida e impulso delle amministrazioni territoriali. Ciò, tenendo in considerazione il grande cambiamento che il regionalismo differenziato si appresta a introdurre nell'organizzazione del Paese.

Le Regioni devono diventare il centro di indirizzo, coordinamento e sviluppo del sistema locale: solo le Regioni, quali legislatori di prossimità che conoscono da vicino il territorio, sono in grado di apprezzare la particolarità delle situazioni locali e di rispondere in modo differenziato a problemi specifici, rompendo il dogma dell'uniformità e dell'accentramento. Viceversa, un sistema che pretenda di governare dal centro l'amministrazione locale, sia sul versante dell'organizzazione che delle funzioni, è semplicemente un sistema cieco, poiché non è in grado di vedere la realtà su cui deve intervenire⁵⁴.

Il governo locale va ricondotto "a sistema", come insegnano i grandi Maestri⁵⁵: per questo le riforme territoriali non possono essere affrontate atomisticamente, intervenendo sul singolo livello in modo isolato, ma vanno condotte avendo a mente l'insieme finale, il *tutto* che si vuole realizzare.

⁵⁴ Nelle parole di R. BIN, *Chi ha paura delle autonomie?*, in AAVV., *Scritti in ricordo di P. Cavaleri*, Napoli, 2016, pp. 45 ss.

⁵⁵ VANDELLI, *Il sistema*, cit.

LA TUTELA DELLO SPAZIO PUBBLICO ATTRAVERSO LA SICUREZZA URBANA: SPUNTI PER UNA RICOSTRUZIONE NUOVA¹

FABIO GIGLIONI*

Il saggio affronta il tema del governo dello spazio urbano prendendo in considerazione le regole che riguardano la sicurezza. In particolare, l'attenzione si concentra su quella particolare e controversa tipologia di sicurezza, che è stata ribattezzata dall'inizio di questo secolo come sicurezza urbana. Dopo aver succintamente dato conto di quello che s'intende per sicurezza urbana secondo la disciplina normativa e secondo la giurisprudenza costituzionale, l'Autore sottolinea l'insoddisfazione per l'attuale stato dell'arte e propone una rilettura della nozione che sia più coerente rispetto a ciò che ha motivato la sua origine. L'articolo si conclude soffermandosi su quegli strumenti di governo della sicurezza urbana che sono condivisi con la comunità dei cittadini.

The essay deals with the governance of urban space by considering the rules concerning security. In particular, the focus is on that particular and controversial type of security, which has been renamed since the beginning of this century as urban security. After briefly giving an account of what is meant by urban security according to normative discipline and constitutional jurisprudence, the author emphasises dissatisfaction with the current state of the art and proposes a reinterpretation of the notion that is more consistent with what motivated its origin. The article concludes by dwelling on those instruments of urban security governance that are shared with the community.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La definizione di sicurezza urbana. – 3. Le argomentazioni per una differente ricostruzione. – 4. Cenni finali sulla sicurezza comunitaria.

¹ Il presente contributo è destinato alla raccolta degli scritti in onore del prof. Roberto Nania.

* Professore di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

1. *Premessa.* – Lo spazio pubblico coincide solitamente con il contesto urbano nel quale si sviluppano libere relazioni intersoggettive ad alta valenza giuridica². Visto dalla prospettiva del diritto pubblico, lo spazio pubblico rileva principalmente per l'uso. Tendenzialmente uno spazio è pubblico quando il suo accesso è garantito a tutti e, infatti, esso tende a essere rappresentato con il vuoto urbano nel quale: a) si realizzano gli attraversamenti e i collegamenti tra edifici; b) si concentrano momenti di condivisione pubblica di vita sociale e democratica; c) si realizza la tutela in sé di importanti interessi pubblici, come capita con le piazze, i giardini, i parchi o i beni culturali. Un'accessibilità generalizzata che, peraltro, non è riservata solo ai residenti, ma agli abitanti, ai lavoratori, ai turisti e, più in generale, ai *city users*³.

Sono equiparabili agli spazi pubblici anche i luoghi a uso pubblico e quelli a esposizione pubblica. A differenza degli spazi rappresentati sopra, quasi sempre di proprietà pubblica, i luoghi a uso pubblico o a esposizione pubblica non sono necessariamente riconducibili al dominio reale pubblico e, ciononostante, l'uso è tendenzialmente garantito a tutti.

La circostanza che uno spazio pubblico, fatte poche eccezioni, sia accessibile da tutti implica che l'uso è condizionato da poche e limitate regole. In questo stato le relazioni giuridiche sono rimesse alle dinamiche dei soggetti che godono dello stato di libertà. Per una legge del contrappasso, però, è proprio questa situazione a richiamare l'applicazione di maggiori regole, perché non è affatto detto che le dinamiche sociali riprodotte dalle libertà generino equilibri soddisfacenti e prevengano prevaricazioni. In questo modo si avverte forte l'esigenza di non relegare al solo diritto penale il compito di garantire le libertà ed è per questo che gli spazi pubblici si arricchiscono progressivamente di regole, tra le quali, per quel che concerne questo contributo, rilevano quelle che riguardano la sicurezza. È così che il diritto, in particolare il diritto amministrativo, finisce per conformare lo spazio pubblico⁴. Secondo diversi osservatori, proprio l'esigenza della sicurezza spiega l'espansione degli spazi privati nelle città, determinando un'inversione di un fenomeno ben noto nella storia dell'umanità: le città, con i loro bastioni e fortificazioni delle origini, sorgono per soddisfare esigenze di sicurezza

² Di recente G. FONTANELLA, *La dimensione spaziale del diritto e la comparazione giuridica come ponte. Il caso del diritto ambientale*, in *Federalismi.it*, 2024, 1, pp. 24-26, sottolinea come la spazialità stia assumendo un rilievo sostitutivo della territorialità per esprimere in modo più corretto la dimensione relazionale del diritto che prescinde dai confini rigidi territoriali.

³ Questa annotazione potrebbe essere, però, soggetta in futuro a mutazioni. Ne è una prova la recente entrata in vigore della delibera del comune di Venezia, che impone il «contributo di accesso» a partire dal 2024 per visitatori di giornata con riferimento ad alcuni giorni dell'anno. La misura è naturalmente volta a regolare e selezionare l'accesso al fine di allentare la «pressione turistica» sulla città. Una misura simile era comunque già stata assunta dal comune di Bagnoregio per l'accesso alla Civita, la «Città che muore», punto di significativa attrazione turistica negli ultimi anni.

⁴ In generale sul tema della regolazione degli spazi pubblici urbani si consiglia di vedere l'approfondito studio di F. DI LASCIO, *La regolazione amministrativa degli spazi urbani*, in *Mumus*, 2016, 2, pp. 315 ss.

di una comunità, mentre ora rappresentano i contesti più fragili per la protezione dei cittadini⁵.

È intorno a questi presupposti che, a partire sostanzialmente dalla fine del precedente secolo e dall'inizio del nuovo, è emerso un nuovo interesse di rilevanza giuridica, quello di sicurezza urbana, su cui intendo sviluppare le riflessioni che seguono. L'analisi si suddividerà in successivi tre paragrafi, il primo dei quali si soffermerà sulla definizione di sicurezza urbana, il secondo su un'ipotesi di ricostruzione alternativa della nozione e l'ultimo dedicato alla sicurezza comunitaria.

2. *La definizione di sicurezza urbana.* – L'emersione di un nuovo concetto di sicurezza⁶, che si è radicato nel secolo in corso, è collegata a due esigenze che si sono tra loro intersecate: da un lato, alla necessità di attribuire un significato preciso alle modifiche costituzionali intervenute nel 2001 e, dall'altro, alla crescita, reale e/o percepita, dell'insicurezza nelle città divenuta perciò interesse a protezione necessaria.

Sotto il primo profilo, la dottrina si è molto soffermata sul nuovo spazio di regolazione che la Costituzione riserva alle regioni (e anche agli enti locali) dopo il 2001 in materia di sicurezza. La combinazione tra art. 117, c. 2, lett. d) e h) e 118, c. 3, delinea la possibilità di un intervento integrativo da parte del legislatore regionale sulla materia di sicurezza, dal quale non sono stati esclusi neppure gli enti locali⁷. Questa certezza della novità costituzionale diviene più problematica quando si misura con i contenuti possibili di questo spazio regolatorio e, in particolare, quando occorre stabilire la necessaria distinzione che gli oggetti di questa regolazione devono avere con la materia di «ordine e sicurezza pubblica», che l'art. 117, c. 2, lett. h) riserva in via esclusiva allo Stato. La Corte costituzionale ha in molte occasioni ribadito che la materia attribuita in via esclusiva allo Stato include tutti gli strumenti e tutte le misure che riguardano la prevenzione e la repressione dei reati. In prima approssimazione, dunque, si può ritenere che la sicurezza attribuita al legislatore regionale riguarda il complesso di azioni e regole

⁵ Cfr. V. OLGIATI, *Spazio e diritto. La dimensione spaziale del diritto e la costruzione giuridica dello spazio*, in *Studi Urbinati B, Scienze umane e sociali*, 2005, LXXV, pp. 341-344, che mette in evidenza come lo spazio, a differenza del tempo, abbia costituito l'oggetto principale di concentrazione del diritto moderno, il quale concepisce lo spazio come risorsa scarsa da regolare nella contesa. Del tema si occupa anche R. URSI, *La sicurezza nelle città: dallo spazio difendibile a Tecno polis*, in *Munus*, 2024, in corso di pubblicazione.

⁶ Per la ricostruzione della nozione di sicurezza urbana si veda G.G. NOBILI, *Linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata e la sicurezza urbana nel coordinamento tra Stato e Regioni*, in *La sicurezza delle città. La sicurezza urbana e integrata*, a cura di N. Gallo, T.F. Giupponi, G.G. Nobili e al., Milano, 2019, pp. 61 ss.

⁷ Sul punto cfr. R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, pp. 187-200; F. FRACCHIA, *Polizia amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto, Funzioni amministrative*, diretto da B.G. Mattarella, M. Ramajoli, 2022, III, p. 902; L. DURST, *Introduzione al ruolo della "sicurezza" nel sistema dei diritti costituzionali*, Roma, 2019; V. ANTONELLI, *La sicurezza delle città tra diritti e amministrazione*, Milano, 2018, pp. 76-86; M. BELLETTI, *La "sicurezza urbana" tra fonti statali e fonti regionali*, in *Politiche della sicurezza e autonomie locali*, a cura di T.F. Giupponi, Bologna, 2010, p. 76.

che fuoriescono dalle competenze degli apparati della sicurezza pubblica nazionale e si riferisce a un concetto più ampio di sicurezza.

Sotto il secondo profilo, invece, quello che emerge è sempre più la distinzione di un nuovo interesse, curato in prevalenza dai comuni, per dare risposta a un bisogno collettivo che è quello di vivere gli spazi urbani in sicurezza. L'insicurezza non è associata necessariamente a violazioni certe delle libertà personali, ma alla presenza di comportamenti e usi sociali illegali o non riconosciuti come canonici o a condizioni di degrado che riguardano i beni e gli ambienti circostanti, tali da poter suscitare condizionamenti nelle scelte individuali riguardanti l'uso dello spazio pubblico. In altre parole, il compito di sicurezza urbana intende soddisfare la domanda di chi vuole vivere lo spazio urbano con piena libertà, che risulterebbe invece limitata quando in esso si verificano situazioni che incidono negativamente sulle scelte degli individui. Molto spesso tutto questo è sintetizzato in modo inappropriato con il termine di "assenza di decoro".

Il nuovo quadro costituzionale e l'emersione di un nuovo compito sono associati, dunque, all'obiettivo di popolare lo spazio urbano di regole e di controlli, affinché sia assicurato l'accesso a tutti. Secondo l'art. 4 del d.l. n. 14 del 2017 si deve intendere per sicurezza urbana

«il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, l'eliminazione di fattori di marginalità e di esclusione sociale, prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura del rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile, cui concorrono prioritariamente, anche con interventi integrati, lo stato, le regioni e province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, nel rispetto delle rispettive competenze e funzioni».

Come si vede, essa rappresenta una definizione che alimenta dubbi per almeno tre motivi.

In primo luogo, l'ampiezza dei riferimenti e degli oggetti di intervento è talmente significativa che difficilmente sembra potersi associare a misure omogenee. Dentro questa definizione si trovano interventi urbanistici, attività ricollegabili ai servizi sociali e ai servizi culturali, nonché misure di natura che possono essere ascritte a finalità che garantiscono la vivibilità. Tale annotazione è problematica perché allude a poteri e responsabilità che sono normalmente differenti dentro un'amministrazione. Il secondo aspetto di difficoltà concerne la circostanza che la definizione mette insieme oggetti di intervento amministrativo con obiettivi di natura politica, cosicché non risulta facile comprendere se il complesso delle misure citate sia davvero identificativo della sicurezza urbana o se le finalità ascritte alla sicurezza urbana possano comprendere misure ulteriori, perfino ancora più eterogenee. In terzo luogo, la definizione di sicurezza urbana,

comprendendo la prevenzione della criminalità con particolare riferimento a quella di ordine predatorio, appare inidonea a porre una distinzione chiara con la sicurezza pubblica per quanto ricordato dianzi a proposito della giurisprudenza costituzionale e, d'altra parte, non è inutile ricordare che prima del 2017 la sicurezza urbana era certamente considerata come espressione della sicurezza pubblica. La stessa circostanza che nella definizione si richiami il contributo dello Stato e che buona parte delle misure ricomprese nella sicurezza urbana è fondata sul ricorso ai patti della sicurezza, anche in funzione di supporto per le autorità di pubblica sicurezza, dimostra che la linea di demarcazione tra sicurezza urbana e sicurezza pubblica non è sempre così netta. Un'ambiguità complessiva che si ritrova anche nelle Linee guida per l'attuazione della sicurezza urbana, dove il coacervo di misure eterogenee si ripete⁸.

Da queste considerazioni sembrerebbe possibile trarre due conclusioni che, pur opposte, autorizzano a mettere in dubbio l'utilità di questa nuova nozione. Da un lato, infatti, la sicurezza urbana sembrerebbe confondersi con politiche che nulla hanno a che vedere con la sicurezza in senso proprio; dall'altro, al contrario, sembrerebbe essere una manifestazione specifica della sicurezza pubblica, senza che da questa si distingua. In tutti e due i casi, però, è lecito dubitare dell'utilità di aver fatto ricorso a un concetto siffatto⁹.

Dal canto suo, la Corte costituzionale non ha fornito elementi sufficienti per diradare la nebbia e, anzi, è spesso apparsa preoccupata di evitare di sottrarre spazi di intervento al legislatore statale¹⁰. In alcune sentenze il giudice delle leggi ha sviluppato un ragionamento teso a stabilire che sarebbe possibile elaborare due concetti di sicurezza: la "sicurezza primaria", sostanzialmente coincidente con la materia di ordine e sicurezza pubblica, e "sicurezza secondaria", di fatto coincidente con la sicurezza urbana. Nella prima, dunque, starebbero tutti i provvedimenti e le azioni che si sostanziano nella prevenzione e nella repressione di reati; nella seconda, invece, le misure «volte a migliorare le condizioni di vivibilità dei rispettivi territori, nell'ambito di competenze assegnate [...], come, ad esempio, le politiche (e i servizi) sociali, la polizia locale, l'assistenza sanitaria, il governo del territorio»¹¹. In termini generali, il ragionamento proposto dalla Corte costituzionale appare persuasivo. Se, come ha anche detto la Corte sin dalle primissime pronunce¹², la sicurezza costituisce una funzione strumentale

⁸ Si fa riferimento alle Linee guida del 2018, dove ancora una volta strumenti di prevenzione e repressione di reati e misure restrittive sono accompagnate da azioni di promozione di accordi di partenariato pubblico-privato e da misure di inclusione sociale.

⁹ Cfr. V. ANTONELLI, A. PAJNO, *La sicurezza urbana tra editti e ronde*, in *La sicurezza urbana*, a cura di A. Pajno, Santarcangelo di Romagna, 2010, p. 171.

¹⁰ Per un'attenta ricostruzione della vicenda si veda ANTONELLI, *La sicurezza delle città tra diritti e amministrazione*, cit., pp. 152-156.

¹¹ Così nella sentenza Corte cost., 27 dicembre 2019, n. 285.

¹² Sono evidenti qui i riferimenti alle celebri sentenze della Corte cost., 23 giugno 1956, n. 2; 24 marzo 1962, n. 19; 9 luglio 1966, n. 87 e 6 maggio 1970, n. 65. In generale sul tema rapporto fra libertà individuali e ordine pubblico e sicurezza si veda R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, pp. 33-45.

all'esercizio delle libertà garantite dalla Costituzione, non c'è dubbio che la salvaguardia e la cura dello spazio pubblico rientrino a pieno titolo tra le attività di sicurezza, perché prevengono o rimuovono gli ostacoli al pieno esercizio delle libertà individuali¹³. In questo senso, più che un approccio securitario, da questa definizione emergerebbe un completamento delle funzioni tradizionali che ben possono essere ascritte a una dimensione dell'attività di sicurezza che è più assimilabile a quella di servizio¹⁴.

Il punto in cui il ragionamento offerto dal giudice delle leggi si mostra più debole è quando, pur partendo da questa distinzione concettualmente chiara, la Corte è chiamata costantemente a verificare nel concreto se e in che misura i provvedimenti associati alla sicurezza urbana sostanzino un contenuto davvero diverso dalla sicurezza pubblica¹⁵. È emblematica in questo senso la recente sentenza n. 47 del 2024, nella quale il giudice è stato chiamato a valutare la legittimità costituzionale del c.d. Daspo urbano. Inserito questo istituto nel d.l. n. 14 del 2017, il giudice rimettente ne aveva contestato la legittimità per il contrasto che la previsione aveva rispetto all'art. 16 Cost. che, diversamente dal testo normativo citato, farebbe riferimento a un concetto restrittivo di sicurezza. In altre parole, il caso sollevava la legittimità costituzionale del Daspo perché sarebbe riferito alla nozione più ampia di sicurezza urbana. Ebbene, la Corte ha ritenuto infondato il dubbio di costituzionalità, ascrivendo la misura specifica nell'ambito della nozione ristretta di sicurezza e quindi come espressione della sicurezza pubblica. Se nella sostanza si può condividere la conclusione, nell'articolare la propria motivazione, però, il giudice delle leggi è costretto a poggiare i suoi argomenti su basi discutibili, come quando, per motivare la differente connotazione della misura del Daspo rispetto alle altre previste dal d.l. n. 14 del 2017, il giudice osserva che il Daspo è inserito nel Capo II del provvedimento legislativo, riferito alla sicurezza delle città, mentre le altre, più propriamente ascrivibili alla sicurezza urbana, sono inserite nel Capo I, riferito – appunto – alla sicurezza urbana. Resta davvero difficile cogliere una distinzione così importante tra sicurezza urbana e sicurezza delle città. Ugualmente poco convincente appare il passaggio argomentativo nel quale la Corte, pur ritenendo che la sicurezza

¹³ Peraltro, in merito ha una certa rilevanza anche misurare l'impatto del condizionamento sulle libertà personali nelle differenze di genere, dal momento che anche i dati statistici dimostrano che vi è una significativa differenza tra donne e uomini. Sul tema più in generale si veda C. MARI, *Sicurezza urbana e inclusione di genere: gli strumenti e il ruolo delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi.it*, 2024, 14, pp. 154 ss.

¹⁴ Diversa è la posizione invece di chi ravvisa che la ricerca di sicurezza totalizzante sia illusoria e, pertanto, costituisca una domanda destinata a produrre limitazioni dell'uso dello spazio pubblico con effetti complessivamente privativi di libertà e, perfino, discriminatori; cfr. URSI, *La sicurezza nelle città: dallo spazio difendibile a Tecnopolis*, cit., *passim*.

¹⁵ Ne sono prova le sentenze Corte cost., 8 luglio 2009, n. 196, e 30 giugno 2010, n. 226, dove non solamente la Corte costituzionale ha sovrapposto pienamente il concetto di sicurezza urbana con quella di sicurezza pubblica, ma con riferimento alla seconda ha proprio specificato che il contrasto al disagio sociale rappresenta un obiettivo estraneo alla sicurezza urbana.

urbana sia associata al decoro urbano, non considera decisiva la circostanza che il testo normativo ascrive il Daspo alle misure di garanzia per il decoro urbano.

Ne deriva dunque che, a fronte di una convincente ricostruzione della Corte circa il riconoscimento di uno spazio per un significato di sicurezza diverso da quello tradizionale, il giudice delle leggi, complice anche il quadro normativo incerto che non è stato fin qui sufficientemente attento a coltivare misure alternative di sicurezza, fa più fatica a mantenere nel concreto un approccio coerente che ribadisca tale distinzione, riproducendo di fatto le ambiguità già sottolineate intorno a questa nozione.

3. *Le argomentazioni per una differente ricostruzione.* – Appare così indispensabile affrontare tale questione e provare a elaborare un'interpretazione di carattere sistematico che possa dare risposta a questo dilemma.

La sicurezza urbana si avvale di strumenti molto vari, che possono essere distinti in due categorie¹⁶. Nella prima si comprendono interventi, che – come detto – riguardano la sicurezza solo se quest'ultima viene considerata come un risultato indiretto di altre politiche. La riqualificazione urbana, la cura del territorio, la promozione della legalità, la tutela e la valorizzazione dei beni culturali non sono strettamente misure di sicurezza, ma realizzano condizioni in cui le libertà individuali possono dispiegarsi con maggiore pienezza. Nella seconda categoria rientrano più propriamente le misure specifiche di sicurezza urbana, che completano quelle di sicurezza pubblica. A sua volta si può dire che questa tipologia specifica di strumenti di sicurezza urbana si suddivide ancora in due tipi di misure: il rafforzamento dei controlli sul territorio e le ordinanze sindacali. Dal novero delle misure riconducibili alla sicurezza urbana si escludono, invece, tutte quelle che fanno riferimento al Capo II del d.l. n. 14 del 2007 per un motivo diverso da quello ricostruito nella citata sentenza n. 47 del 2024: infatti, il punto davvero discriminante è che la loro emanazione prevede il coinvolgimento diretto e decisivo delle autorità di pubblica sicurezza e, per questo, sono riconducibili più propriamente alla materia di ordine pubblico e sicurezza. Se una censura va mossa al d.l. n. 14 del 2017, pare essere proprio questa: il decreto, emanato per offrire un contenuto più chiaro di sicurezza urbana, presenta un contenuto molto eterogeneo, peraltro aggravato con le modifiche successive¹⁷, tale da sollevare dubbi in merito alla sua legittimità proprio perché presenta oggetti disomogenei, contraddicendo uno dei requisiti essenziali che i decreti legge dovrebbero osservare.

¹⁶ Sull'analisi degli strumenti si vedano V. ANTONELLI, *Il sindaco "ufficiale di Governo" e "autorità locale": sicurezza, protezione civile e sanità*, in *Diritto delle autonomie locali*, a cura di E. Carloni, F. Cortese, Milano, 2020, pp. 389-396; T. F. GIUPPONI, *Sicurezza integrata e sicurezza urbana nel decreto legge n. 14/2017*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, 1, pp. 5 ss.; V. ANTONELLI, *La sicurezza in città ovvero l'iperbole della sicurezza urbana*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, 1, pp. 31 ss.

¹⁷ Si veda GIUPPONI, *Il "pacchetto sicurezza" e i rinnovati poteri del sindaco in materia di sicurezza urbana*, in *La sicurezza delle città. La sicurezza urbana e integrata*, cit., pp. 13 ss. e G.G. NOBILI, N. GALLO, *Le novità del d.l. n. 113/2018 convertito in l.n. 132/2018 in materia di sicurezza urbana*, ivi, pp. 138 ss.

Stando alle misure più propriamente riconducibili alla sicurezza urbana, per quanto riguarda il rafforzamento dei controlli le misure, molte delle quali individuate anche attraverso i patti per la sicurezza siglati dal prefetto e dal sindaco sulla base di linee guida emanate dal Ministero degli interni, riguardano il potenziamento del presidio territoriale delle forze di polizia, il potenziamento della polizia locale, l'integrazione delle funzioni di vigilanza svolte anche dalle polizie locali in supporto delle autorità di sicurezza pubblica, il rafforzamento dei sistemi di videosorveglianza, attraverso accordi di partenariato con specifici soggetti privati anche di natura associativa¹⁸. In questo caso l'attività è assolta con un complesso di soluzioni che controllano lo spazio pubblico al fine di prevenire le illegalità che incidono sull'uso attraverso il coinvolgimento diretto di sindaci e altri segmenti dell'amministrazione comunale. La vigilanza non è necessariamente una funzione di coercizione, anche se dipende molto da come viene praticata. Un conto è, ad esempio, il presidio e la diffusione della polizia locale che vigila sullo stato e sulla manutenzione degli spazi pubblici¹⁹, un conto è l'uso massivo di strumenti come il riconoscimento facciale²⁰.

Più significativo è invece l'altro potere riferito alla sicurezza urbana, quello rappresentato dal potere di ordinanza del sindaco. Attraverso le ordinanze contingibili e urgenti il sindaco dispone della sicurezza urbana incidendo sulla vita sociale degli individui o sulle attività civili ed economiche, apponendo quindi regole restrittive per la salvaguardia dell'uso generalizzato dello spazio pubblico. Le ordinanze stabilite, però, sono di diversa natura e sono imputate a due norme distinte del testo unico degli enti locali.

L'art. 54, nella combinazione dei commi 4 e 4-bis, chiarisce che è attribuito al sindaco il potere di ordinanza per prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano la sicurezza urbana, precisando in modo particolare che ciò debba contrastare l'insorgenza «di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento di prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti». Ancorché la norma riportata distingue in tal modo le ordinanze emanate per la sicurezza urbana dalle ordinanze per l'incolumità pubblica, vi sono molti elementi per poter dire che in questo caso la

¹⁸ Cfr. G. PAVANI, S. PROFETI, C. TUBERTINI, *Le città collaborative ed eco-sostenibili*, Bologna, 2023, p. 93, che, a questo proposito, incardinano tali relazioni nell'ambito delle forme collaborative di gestione degli interessi generali, similmente a quanto avviene con l'amministrazione condivisa.

¹⁹ Naturalmente questo discorso deve essere depurato da iniziative nelle quali il legislatore regionale abbia dotato la polizia locale di strumenti e poteri preordinati all'esercizio dell'ordine pubblico, come avviene quando la stessa è armata per esercitare funzioni ultronee a quelle previste dalle leggi statali (si veda in questo senso l'orientamento contrario della Corte costituzionale, 12 maggio 2010, n. 167).

²⁰ Sul piano locale, senza alcuna autorizzazione legislativa, sono state già intraprese iniziative che vanno in questa direzione. Uno dei casi più noti e discussi è l'uso del programma Sari, che mette in relazione foto segnaletiche con identificazioni e registrazioni che avvengono in luoghi pubblici e che presentano potenzialità estreme di controllo. Più in generale sul tema si veda S. DEL GATTO, *Il riconoscimento facciale. A che punto siamo?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 5, pp. 692 ss.

sicurezza urbana tende a essere sovrapposta alla sicurezza pubblica. La prevenzione e il contrasto di alcuni comportamenti che integrano i suddetti reati riproducono ancora i contenuti tipici della funzione di ordine pubblico. Non pare significativo avanzare una tesi differente sottolineando che il comma citato fa riferimento alla prevenzione della mera «insorgenza» dei reati perché, a meno di voler criminalizzare aprioristicamente alcune aree territoriali, è chiaro che l'espressione è riferita a rilevamenti di episodi e vicende che hanno già evidenziato fenomeni criminogeni. D'altronde, che si tratti di misure ascrivibili ancora alla sicurezza pubblica è confermato dall'obbligo del sindaco di notificare la misura di ordinanza al prefetto. Ma, soprattutto, appare decisiva per questa ricostruzione la previsione dell'art. 54, c. 1, T.U.E.L., secondo cui il potere di ordinanza in parola è emanato dal sindaco quale ufficiale del governo. In questo ruolo il sindaco sembra davvero agire quale autorità di pubblica sicurezza, tanto da permettere di configurare la notifica al prefetto come obbligo strumentale all'attivazione di un potere di controllo dell'autorità gerarchicamente superiore.

Tutt'altra natura ha il potere di ordinanza riconducibile all'art. 50, c. 5, T.U.E.L. Anch'esso è qualificato come potere contingibile e urgente, ma presenta caratteristiche diverse. Innanzitutto, diversamente da quello menzionato sopra, tale potere di ordinanza può essere conformato da un regolamento comunale, che dunque può assolvere la funzione di canone di legittimazione, circoscrivendo l'ambito del potere sindacale²¹. In secondo luogo, la disposizione chiarisce le finalità di questo potere, segnando una chiara separazione dalle misure tipiche di ordine pubblico e sicurezza urbana. Ai sensi del comma 5, infatti, tali ordinanze sono volte a superare «situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente o del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche». La norma mette in evidenza alcune finalità, come la “tranquillità dei residenti” e il “riposo”, ed esemplifica alcuni oggetti di intervento, che possono essere definiti di natura prevalentemente reattiva²². Si tratta, però, di specificazioni che non esauriscono ulteriori ambiti di regolazione; appare assai più significativo che questa norma sembra attribuire un potere effettivamente distinto da quelli riconducibili alla sicurezza pubblica. Peraltro, questo potere, sia pure sotto forma di ordinanza questa volta non contingibile e urgente, è disciplinato dallo stesso articolo anche nel comma 7-bis quando risultano esserci particolari eventi, regolando sugli oggetti già ricordati con riferimento a specifiche aree delle città.

²¹ L'art. 50, c. 7-ter, infatti, recita che nelle materie che qui interessano «i comuni possono adottare regolamenti ai sensi del presente testo unico», stabilendo, dunque, che il consiglio comunale può conformare i poteri di ordinanza del sindaco.

²² Sulla distinzione tra misure protettive e misure reattive si concentra URISI, *La sicurezza nelle città: dallo spazio difendibile a Tecno polis*, cit., *passim*, per criticare in particolare le seconde, che tenderebbero inesorabilmente a determinare l'equivalenza tra sicurezza urbana e sicurezza pubblica.

Inoltre, viene in rilievo in questa circostanza che i poteri esercitati dal sindaco non concorrono con quelli delle autorità di pubblica sicurezza e, soprattutto, l'art. 50, c. 5, precisa che in questi casi il sindaco agisce come rappresentante della comunità locale.

Questa biunivocità del potere di ordinanza³³, collegato uno all'esercizio della funzione del sindaco quale rappresentante del governo e uno quale rappresentante della comunità, appare estremamente interessante perché fa rivivere in termini di diritto positivo l'ambivalenza dell'ordinamento comunale, che già Santi Romano aveva ricordato più di un secolo fa. Come ebbe a dire Romano, i comuni sono, in parte, ordinamenti derivati e, in parte, ordinamenti originali di natura associativa³⁴. Riprendendo questo spunto si può facilmente comprendere che quando il sindaco dispone ordinanze per prevenire e contrastare reati e illegalità, sta agendo come esponente di un ordinamento derivato dipendente dalle autorità nazionali di pubblica sicurezza, quando invece agisce per prevenire e contrastare il degrado agisce come rappresentante della comunità, intesa come associazione di persone che vivono il contesto urbano rappresentato. Intorno a questa bidimensionalità delle città, in parte legittimate dall'ordinamento statale e in parte dalla comunità rappresentata, risiede la distinzione più pertinente della sicurezza urbana: essa ha senso solo quando afferisce a quelle iniziative del sindaco, tese al rafforzamento dei controlli o all'esercizio del potere di ordinanza, la cui legittimazione proviene dalla rappresentanza della comunità, in esercizio di una pluralità di poteri che non coincidono con quelli di pubblica sicurezza. D'altra parte, è stato correttamente sottolineato che la stessa sicurezza urbana sorge come processo di acquisizione graduale di giuridicità di alcune misure assunte su scala locale³⁵.

Naturalmente porre la distinzione della sicurezza urbana lungo questo solco che separa il tratto derivativo degli ordinamenti comunali da quelli associativi significa, tuttavia, esprimere l'insoddisfazione per l'attuale assetto disciplinare. Non solamente, come già visto, il Capo II del d.l. n. 14 del 2017 appare un fuor d'opera rispetto ai contenuti distinti della sicurezza urbana, ma anche il potere di ordinanza *ex art. 54*, nella misura in cui si richiama alla sicurezza urbana, perpetra l'equivoco che andrebbe invece eliminato. Inoltre, resta vero che, pur potendo collegare la sicurezza urbana a una varietà di strumenti di governo, il legislatore ha soprattutto accentuato i profili di limitazione dello spazio pubblico invece di

³³ Sul tema anche E.C. RAFFIOTTA, *Il problematico ruolo del Sindaco "garante" della sicurezza urbana: tra istanze locali e competenze statali*, in *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, a cura di N. Gallo, T.F. Giupponi, Milano, 2014, pp. 62 ss.

³⁴ Così in S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, II ed., 1945, pp. 115-116.

³⁵ Su questo punto, in particolare, G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, 2010. Cfr. anche A. PAJNO, *La "sicurezza urbana" tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in *La sicurezza urbana*, a cura di A. Pajno, cit., p. 19.

valorizzare anche un uso più razionale e adeguato alla condivisione generalizzata²⁶.

A tal fine, oltre naturalmente a un intervento più consapevole del legislatore, servirebbe un *revirement* della giurisprudenza, affinché conduca coerentemente fino in fondo il ragionamento della distinzione tra sicurezza primaria e sicurezza secondaria, in modo che non solo in astratto la differenza appaia chiara, ma lo sia anche in relazione agli strumenti utilizzati.

4. *Cenni finali sulla sicurezza comunitaria.* – La conclusione appena raggiunta appare utile anche per un'ulteriore considerazione finale. Se la sicurezza urbana si associa alla dimensione comunitaria delle città, è ragionevole credere che le misure a garanzia dell'uso libero dello spazio pubblico non siano riservate alle sole autorità amministrative. Esiste, pertanto, un potere di natura comunitaria che è espresso in termini verticali riferiti all'autorità sindacale, ma che non può esaurire tutta la gamma degli interventi della sicurezza urbana. In parte, si è già detto, esistono anche poteri ordinari che attengono alla riqualificazione urbanistica, all'inclusione sociale e alla lotta alle emarginazioni sociali, ma se s'inquadra la sicurezza urbana nell'ambito della valorizzazione comunitaria, ancora altro può essere individuato come appropriato. La connotazione comunitaria della sicurezza urbana, ad esempio, permette di argomentare che siano gli stessi membri della comunità a poter autorganizzarsi per esercitare attività finalizzate a migliorare l'uso collettivo dello spazio pubblico. Il tema si lega alle varie forme di attivismo civico con cui i cittadini producono esternalità positive in termini di sicurezza²⁷.

Analogamente al percorso logico presentato sopra si possono distinguere tre fattispecie di autorganizzazione comunitaria per la sicurezza a cui attribuire un significato diverso.

La prima è quella riconducibile alle cosiddette "ronde". In realtà, pur trattandosi di manifestazioni di libere organizzazioni civiche, esse sono inquadrate in una disciplina rigida, che ne limita di molto l'effettiva autonomia. Senza dover ricordare le prescrizioni rigorose che tali cittadini autorganizzati devono osservare, è sufficiente precisare che tali associazioni devono essere iscritte in un apposito elenco detenuto dal prefetto, che ne verifica i requisiti di iscrizione. Inoltre, la partecipazione a questi soggetti non è consentita a tutti e le organizzazioni iscritte negli elenchi prefettizi sono graduate secondo privilegi riconosciuti direttamente dalla legge (art. 3, c. 42, l.n. 94 del 2009). La

²⁶ In termini analoghi si esprime G. PIGHI, *La nuova disciplina della sicurezza urbana integrata: tra prevenzione dei reati e coesione sociale*, in *La sicurezza delle città. La sicurezza urbana e integrata*, cit., pp. 89-91.

²⁷ D'altra parte, questo ha conosciuto anche la legittimazione della Corte costituzionale, che nella sentenza 5 agosto 2020, n. 177, ha espressamente escluso che gli accordi di collaborazione di natura territoriale con organizzazioni di volontariato e altre associazioni operanti nel contrasto alla criminalità organizzata possano configurarsi come illegittimi. Cfr. anche i capitoli VII e VIII di ANTONELLI, *La sicurezza delle città tra diritti e amministrazione*, cit.; URSI, *La sicurezza pubblica*, cit., pp. 204-214.

regolamentazione restrittiva si spiega in ragione del fatto che le “ronde” realizzano una sorveglianza mobile e attiva, che – se non regolamentata – potrebbe essere configurata come reato di usurpazione di funzioni pubbliche. Nonostante la regolamentazione restrittiva, resta una forma di corresponsabilità alla sicurezza che difficilmente può essere ricondotta propriamente alla sicurezza urbana e pare somigliare molto di più a partecipazione di funzione autoritativa di sicurezza²⁸.

Ancora più aderente a una logica di autoresponsabilità comunitaria sono le autorganizzazioni civiche che si traducono nelle esperienze di controllo di vicinato e sicurezza residenziale. In questo caso la comunità partecipa al fianco delle istituzioni locali, predisponendo un’organizzazione semplice tesa a rafforzare la vigilanza sociale, sia pure da una condizione passiva. A differenza delle “ronde”, tale esercizio di sicurezza comunitaria è regolato con convenzioni e accordi e il carico di regolamentazione risulta assai più ridotto. Pur essendo totalmente libero il diritto di associazione in questo caso, tali forme di autorganizzazione presuppongono relazioni stabili di prossimità per essere realizzate e, quindi, riguardano in prevalenza limitati gruppi. Anche in questo caso l’autoresponsabilità comunitaria appare coerente con i contenuti propri della sicurezza urbana, dal momento che si organizza per rafforzare il controllo del territorio.

Infine, costituiscono esperienze interessanti anche per la sicurezza quelle autorganizzazioni sociali che si prendono cura del territorio e dei beni comuni, che hanno avuto larga diffusione negli ultimi anni in Italia grazie anche alla stipula dei patti di collaborazione²⁹. Benché la sicurezza non costituisca l’obiettivo precipuo di queste organizzazioni, esse, agendo per contrastare il degrado e l’abbandono di beni e spazi, quasi sempre di natura pubblica, ne riattivano la funzione sociale, determinando quelle condizioni che permettono un uso pieno da parte della cittadinanza. Tali forme di autorganizzazione comunitaria contribuiscono alla sicurezza agendo prevalentemente sui fattori di degrado, prevenendoli o contrastandoli, e quindi si distinguono dai due precedenti che invece agiscono sul lato del rafforzamento dei controlli. Anche per questo tali forme di autorganizzazione appaiono perfettamente coerenti con la sicurezza urbana.

Peraltro, appare utile segnalare un’altra differenza: mentre il rafforzamento comunitario dei controlli incide sullo spazio urbano, sollecitando il lato generalmente repressivo della sicurezza e vedendo la libertà come una minaccia per lo spazio pubblico, l’autorganizzazione per la cura del territorio intraprende un’azione di sicurezza che va nella direzione opposta di liberazione dello spazio pubblico attraverso il presidio attivo e la cura. In quest’ultima autorganizzazione

²⁸ Cfr. anche T.F. GIUPPONI, *La sicurezza urbana e i suoi incerti confini, tra ordinanze sindacali e “ronde”*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, 4, pp. 707 ss.

²⁹ Sull’uso dei patti di collaborazione gli studi sono molti. Si rinvia ancora in forma sintetica a PAVANI, PROFETI, TUBERTINI, *Le città collaborative ed eco-sostenibili*, cit., pp. 81-86 e a *L’amministrazione condivisa*, a cura di G. Arena, M. Bombardelli, Napoli, 2022, *passim*.

comunitaria la sicurezza è garantita attraverso la valorizzazione della libertà³⁰ e, proprio per questo, rappresenta forse la forma più avanzata di garanzia della sicurezza urbana.

³⁰ Si veda il contributo che offre in questo senso A. PIOGGIA, *La cura nelle Costituzione. Prospettive per un'amministrazione della cura*, in *L'amministrazione condivisa*, cit., pp. 43 ss., che stabilisce un legame tra amministrazione condivisa e la libertà di cura, intesa proprio come esercizio di una libertà spesa per gli altri, che l'amministrazione condivisa farebbe uscire dall'ambito privatistico per collegarla in uno spazio pubblico.

IL “REATO UNIVERSALE”? UNA RIFLESSIONE CRITICA SUL RICORSO ALLA EXTRATERRITORIALITÀ NEL SISTEMA PENALE ITALIANO

STEFANO MANACORDA* E MARCO COLACURCI**¹

Muovendo dall'emersione, soprattutto nel linguaggio mediatico, del concetto di “reato universale”, il contributo analizza le recenti iniziative adottate dal legislatore interno per proiettare “oltre frontiera” alcuni precetti penali, prevedendo l'applicazione della legge penale a fatti extraterritoriali. In particolare, il riferimento è al decreto-legge n. 20/2023 (c.d. decreto Cutro) e ai progetti di legge in materia di contrasto alla surrogazione di maternità. Tali iniziative denotano la volontà del legislatore italiano di segnalare l'estrema rilevanza attribuita ai beni giuridici sottesi alle norme oggetto di disciplina, rivelando un utilizzo in chiave essenzialmente simbolica ed eticizzante dello strumento penale. Pur rimandando, all'apparenza, ad una dimensione universalistica dei valori in gioco, tali iniziative tralasciano paradossalmente di considerare la categoria dei crimini internazionali, espressione di un'istanza punitiva che dovrebbe rilevare per l'intera comunità degli Stati. Per questa categoria di crimini, il progetto inteso a dar vita ad un codice ad hoc che li includesse nella legislazione interna, in attuazione delle istanze di tutela espresse dallo Statuto della Corte penale internazionale, è stato accantonato. L'analisi del “reato universale” costituisce, dunque, l'occasione per riflettere criticamente su alcune recenti linee politico-criminali e, al contempo, per segnalare il perdurante ritardo nell'adeguarsi ai più elevati standard in materia di giustizia internazionale.

Starting from the emergence, especially in the language of the media, of the concept of “universal crime”, the paper analyses the recent attempts made by the Italian lawmaker in order to make certain criminal offences applicable 'beyond the border' to extra-territorial offences. Examples of this trend are the recent Law Decree No. 20/2023 (the so-called Cutro Decree) and the draft laws on combating surrogacy. These initiatives show the intention to underline the importance given to the values protected

¹ Il lavoro è frutto della riflessione comune degli Autori. Nondimeno, i paragrafi 1, 2 e 5 sono da attribuirsi a Stefano Manacorda, e i paragrafi 3 e 4 a Marco Colacurci.

* Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

** Ricercatore di Diritto penale presso l'Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

by the norms, revealing a symbolic and ethical use of criminal law. Although referring to a universalist dimension of the values at stake, the concept of "universal crime" paradoxically neglects the category of international crimes, which notoriously express a punitive instance arising from the entire community of States. The project to adopt an ad hoc code introducing the core crimes in the Italian legislation, according to the Statute of the International Criminal Court, has been abandoned by the lawmaker. Therefore, the analysis of the 'universal crime' is an opportunity to deal with certain criminal policy's trends arising in the Italian legal order and, at the same time, to point out the persistent delay in adapting it to the highest standards of international justice.

SOMMARIO: 1. Il “reato universale”: dimensione simbolica e profili tecnico-giuridici di un concetto polisemico. - 2. La reviviscenza della giurisdizione universale: dal Codice Rocco alla estensione dell’art. 7 c.p. - 3. Il nuovo reato “anti-scafisti”. - 4. La surrogazione di maternità all’estero. - 5. I crimini internazionali e l’occasione mancata del Codice di diritto internazionale penale.

1. *Il “reato universale”: dimensione simbolica e profili tecnico-giuridici di un concetto polisemico.* - È di recente emerso, soprattutto nel linguaggio mediatico, il concetto di “reato universale”, espressione di una vocazione extraterritoriale, e più ampiamente internazionalistica, che il legislatore penale ha coltivato nel corso degli ultimi anni per proiettare “oltre frontiera” alcuni precetti penali e per segnalare, al contempo, l’estrema rilevanza attribuita ai valori ad essi sottesi. In realtà, questa etichetta atecnica e priva di un addentellato normativo, oltre che di una chiara configurazione teorica, lascia trapelare istanze politico-criminali eterogenee e talvolta divergenti.

In una prima accezione, il concetto evoca la categoria dei crimini internazionali, in specie i *core crimes* alla cui punizione dovrebbe essere chiamata l’intera comunità degli Stati, in ragione dell’estrema gravità delle condotte e della frequente inerzia che ne ha accompagnato la repressione. Quello dei crimini internazionali è un tema – come si avrà modo di precisare nel prosieguo – particolarmente problematico dal punto di vista dell’ordinamento italiano, in virtù del cronico ritardo accumulato dal legislatore nell’adeguarsi ai più elevati standard di protezione assicurati dal diritto penale internazionale. Si fa riferimento, in particolare, alla mancata introduzione di un codice dei crimini internazionali, così come disciplinati dallo Statuto di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale². Nondimeno, per quanto caratterizzato anche da elementi di sicura criticità, il concetto di crimine internazionale rimanda a una lunga tradizione

² In argomento, A. VALLINI, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2023, pp. 93 ss.; E. FRONZA, C. MELONI, *The Draft Italian Code of International Crimes*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 20, 4, 2022, pp. 1027 ss.; F. JESSBERGER, C. MELONI, M. CRIPPA (eds.), *Domesticating International Criminal Law. Reflections on the Italian and German Experiences*, Londra, 2023. Adde S. MANACORDA, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2022, pp. 779 ss.

giuridica e a precisi riferimenti normativi, arricchiti da applicazioni giurisprudenziali da parte sia dei giudici nazionali sia delle corti internazionali³.

In diversa prospettiva, la nozione di reato universale rinvia ad un distinto campo semantico, che può essere colto rovesciando l'angolo di osservazione e adottando un punto di vista "locale", così da orientare l'attenzione verso condotte considerate dal legislatore di una gravità tale da giustificare la loro perseguibilità secondo la legge penale italiana anche qualora realizzate integralmente all'estero. In tale accezione, il concetto di "reato universale" consente di riferirsi alle iniziative volte ad estendere l'area di applicazione extraterritoriale della legge penale italiana oltre le ipotesi, invero già piuttosto ampie, previste dagli artt. 7 e ss. c.p., includendo fattispecie che il legislatore ritiene meritevole di essere punite anche se commesse all'estero.

In tale seconda accezione, il riferimento, anzitutto, è alla recente introduzione, ad opera del decreto-legge n. 20/2023 (c.d. decreto Cutro), dell'art. 12 *bis* del decreto legislativo n. 286/1998 (Testo unico sull'immigrazione), relativo alla fattispecie di «*morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina*», ove si prevede la punibilità del fatto secondo la legge italiana, «*ferma restando la disciplina dell'art. 6 c.p.*», anche qualora l'evento di morte o lesioni si verifichi al di fuori del territorio italiano, sempre che la condotta sia diretta a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato⁴. Una norma, quest'ultima, che si radica su un'ipotesi già di per sé problematica di reato aggravato dall'evento e che si fonda sulla declamata ambizione di punire il traffico di persone ovunque esso si realizzi, come dichiarato da alti esponenti politici all'indomani del grave naufragio consumatosi nella notte del 26 febbraio 2023 davanti alle coste di Cutro e costato la vita a 94 persone migranti.

Si tratta di una soluzione che, pure intervenendo su un fenomeno estremamente grave, sembra, tuttavia, animata in via principale da finalità simboliche, intese a dichiarare la volontà di mettere in atto una reazione "muscolare" rispetto a un problema complesso, e che risulta tuttavia scarsamente idonea a intercettare le condotte ascrivibili a coloro che si collocano al vertice delle organizzazioni criminali responsabili del traffico di migranti.

Sempre con riferimento alla medesima accezione, di "reato universale" si discute, altresì, in relazione alla gestazione per altri, o – con una formula adoperata dal legislatore e che denota già un dato di disvalore – maternità

³ In una bibliografia vastissima, v. A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Parigi, 2002; ID. (a cura di), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Parigi, 2022. Nella manualistica interna, E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 4^a ed., Torino, 2020.

⁴ L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *Questione giustizia web*, 3 aprile 2024, reperibile al link <https://www.questionegiustizia.it/articolo/immigrazione-masera>, data ultima consultazione 26 giugno 2024.

surrogata⁵. Alcune recenti proposte di legge, che riprendono per la verità iniziative già presentate nel corso di precedenti legislature, si propongono di rendere punibili tali pratiche anche laddove realizzate interamente all'estero e oltre i limiti dettati dall'art. 9 c.p. e, in particolare, in assenza della richiesta del Ministro della Giustizia, che si renderebbe invece necessaria in ragione della cornice edittale prevista dall'art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004. Si tratta, a ben vedere, di una fattispecie che non risulta intrinsecamente connotata da una portata offensiva tale da giustificare una punizione anche extraterritoriale, né d'altronde sorretta da un consenso unanime su scala comparata. La prima constatazione già emerge dalla valutazione di lieve/media gravità operata dal legislatore nazionale, mentre la seconda risulta dalla circostanza che le condotte punite ai sensi del diritto italiano sono ritenute lecite in diversi ordinamenti stranieri⁶. Emerge così un *refrain* di remota ascendenza e dai connotati autoritari per il quale l'ordinamento italiano si proietta oltre frontiera, anche contro la prospettiva adottata da altri ordinamenti, per rivendicare il proprio carattere imperativistico *urbis et orbis* e contrastare, nel caso di specie, il “turismo procreativo”. Indirizzandosi principalmente verso cittadini italiani, le nuove fattispecie in questione opererebbero quindi, ancor di più che nell'esempio precedente, su di un piano puramente simbolico e fortemente eticizzante, consacrando la volontà della maggioranza parlamentare di difendere un particolare assetto di valori incentrato su di una concezione tradizionale di famiglia.

In tal modo, si delineano inedite figure di “reato universale” di marca prettamente locale, espressione di un diritto penale ipertrofico ad elevato tasso di simbolismo, caratterizzate dall'ambizione – essenzialmente dichiarata – di operare in chiave extraterritoriale. L'intento è di rendere manifesto l'impegno a contrastare “senza confini” condotte ritenute particolarmente significative sul piano assiologico e della identità nazionale, nella implicita consapevolezza che lo

⁵ In dottrina, v. tra gli altri M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in *Sistema penale*, 29 giugno 2021, reperibile al link <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/pelissero-surrogazione-maternita-diritto-punitivo-universale>, ultima consultazione 26 giugno 2024; A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 20 febbraio 2024, al link https://www.geniusreview.eu/wp-content/uploads/2024/02/Vallini_Rana.pdf, ultima consultazione 8 agosto 2024; G.L. GATTA, *Surrogazione di maternità come “reato universale”? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema penale*, 2023, V, 5, pp. 153-156.

⁶ Per un'analisi comparatistica, V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019, pp. 5 ss., nonché, più recentemente, Id., *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 1 febbraio 2024, al link <https://www.geniusreview.eu/2024/la-surrogazione-di-maternita-in-prospettiva-comparata-scelte-di-politica-criminale-e-modelli-regolamentativi-di-alcuni-dei-principali-ordinamenti-europei-e-nordamericani/>, ultima consultazione 8 agosto 2024, pp. 1 ss.; compiono altresì una rassegna delle soluzioni adottate in materia di maternità surrogata a livello comparatistico, S. PENASA, G. ROMEO, *Dilemmi morali e garanzie legali: la maternità surrogata come questione globale*, in *DPCE online*, 3, 2023, pp. 1 ss., al link <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/2022>, ultima consultazione 8 agosto 2024.

strumento penalistico avrà scarse o nulle possibilità di incidere in maniera effettiva sui fenomeni che si intende contrastare, ma con l'auspicio che il messaggio risulti invece percepito "forte e chiaro" nell'opinione pubblica, eventualmente grazie a qualche condanna esemplare⁷.

La dimensione anzitutto simbolica del concetto polisemico di "reato universale" non deve indurre, tuttavia, a trascurare di esaminarne le componenti più tecniche. Le soluzioni adoperate in punto di tipizzazione sono utili a chiarire non soltanto quali condotte ricadano nell'area di rilevanza penale, ma anche quale sia la tecnica legislativa per addivenire ad estendere, in chiave extra-territoriale, l'applicazione della legge penale italiana. A tal fine, è dunque necessario confrontarsi in via preliminare con la tematica classica dell'applicazione della legge penale nello spazio, alla luce della disciplina dettata dal Codice Rocco, focalizzando in particolare l'attenzione sulla clausola aperta prevista dall'ultima parte dell'art. 7 c.p., ove notoriamente si opera un rinvio ad ipotesi di punibilità incondizionata per fatti extra-territoriali piuttosto eterogenee e difficilmente riconducibili a sintesi.

Una volta tracciati i profili del fenomeno della reviviscenza della giurisdizione universale nel contesto ordinamentale italiano, ci si concentrerà sulle due ipotesi, per ora individuate a grandi linee, del reato "anti-scafisti" e del progetto di un delitto di surrogazione di maternità. A seguire, si darà conto – seppur in maniera cursoria – del fallimento delle più recenti iniziative volte a introdurre in Italia un codice dei crimini internazionali, evidenziando il ritardo ormai cronico del legislatore interno e il serio rischio che l'Italia si ponga ai margini del sistema di giustizia penale internazionale.

2. *La reviviscenza della giurisdizione universale: dal Codice Rocco alla estensione dell'art. 7 c.p.* - La disciplina inerente all'ambito di validità spaziale della

⁷ Sulla dimensione populistica di questi e altri recenti interventi in campo penale, M. DONINI, *Il penale come religione di massa e l'ennesima riforma della giustizia*, in *Sistema penale*, 18 luglio 2023, p. 1 ss., [link](https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/donini-il-penale-come-religione-di-massa-e-lennesima-riforma-della-giustizia) <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/donini-il-penale-come-religione-di-massa-e-lennesima-riforma-della-giustizia>, ultima consultazione 8 agosto 2024. Più ampiamente, nel dibattito interno, cfr. tra gli altri D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, pp. 123 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche penali*, ivi, 2014, pp. 197 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, ivi, 2013, pp. 95 ss.; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Modena, 2019; E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020. V. anche il numero monografico *Populismo e diritto*, in *Questione giustizia*, 1, 2019, accessibile al link <https://www.questionegiustizia.it/rivista/2019-1.php>, ultima consultazione 8 agosto 2024, e in particolare i contributi di V. MANES, *Diritto penale no-limitis. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, pp. 86 ss., e di L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, pp. 79 ss., nonché AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, dibattito promosso nell'ambito della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, i cui atti sono pubblicati in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2016, consultabile al link <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/5087-la-societa-punitiva-populismo-diritto-penale-simbolico-e-ruolo-del-penalista>, 8 agosto 2024.

legge penale italiana è dettata, come risaputo, dagli artt. 6 e ss. c.p.⁸. Tali norme costruiscono un impianto retto in prima istanza sul principio di territorialità, storicamente riconnesso all'incondizionata sovranità dello Stato sul suo territorio, espressamente sancito all'art. 6 c.p. e a sua volta caratterizzato da una serie di vistose deroghe o meglio integrazioni, che rendono punibili secondo la legge italiana fatti di reato integralmente realizzati all'estero dal cittadino o dallo straniero laddove risultino offensivi di beni giuridici di particolare importanza o superino determinate soglie di gravità, spesso al ricorrere di talune condizioni di procedibilità⁹.

D'altronde, la pretesa dello Stato di estendere le maglie applicative della legge penale italiana risulta già dalla lettura dell'art. 6, co. 2, c.p., ove si stabilisce che il reato si considera commesso nel territorio dello Stato anche nel caso in cui qui si sia realizzata solo una parte dell'azione o dell'omissione, elemento quest'ultimo inteso da costante giurisprudenza nel senso che sia sufficiente il semplice frammento di condotta, anche privo dei requisiti di idoneità e inequivocità richiesti per il tentativo¹⁰.

Nondimeno, è nella serie di deroghe o integrazioni al principio di territorialità che si manifesta in maniera palese la vocazione espansiva della legislazione penale italiana. Tali ipotesi sono modulate secondo un ordine decrescente di gravità: alla punibilità incondizionata di cui all'art. 7 per talune categorie di delitti particolarmente rilevanti nell'ottica extraterritoriale (che di fatto rende la disposizione una sorta di estensione del già citato art. 6), in ragione della intrinseca gravità dei fatti ad essi riconducibili, segue un ventaglio di altre ipotesi racchiuse negli artt. 8, 9 e 10 c.p. Queste risultano assoggettate a crescenti condizioni di punibilità e di procedibilità – quali la richiesta del Ministro della Giustizia e la presenza dell'autore del reato, cittadino o straniero, sul territorio italiano – secondo una logica per così dire compensatoria rispetto alla progressiva attenuazione del vincolo con l'ordinamento italiano (per il tramite dei criteri di personalità attiva e passiva, oltre che della ambigua categoria del delitto politico)¹¹.

Le *rationes* alla base di una simile estensione dell'ambito di validità spaziale della legge penale italiana non sono univoche, sebbene siano in primo luogo

⁸ Sul tema, oltre alle trattazioni manualistiche, cfr. A. PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIII, Milano, 1973, pp. 1054 ss.; A. SINISCALCO, *Locus commissi delicti*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIV, Milano, 1974, pp. 1051 ss.; F. DEAN, *Norma penale e territorio*, Milano, 1963; T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penali*, Vol. II, Torino, 1993, pp. 338 ss. Più di recente, A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di “diritto penale transnazionale”*, Torino, 2006; D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2009, pp. 565 ss.

⁹ PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., pp. 344 ss.

¹⁰ Anche di recente, la Corte di cassazione ha ribadito che, ai fini dell'affermazione della giurisdizione italiana, «è sufficiente che nel territorio dello Stato si sia verificato anche solo un frammento della condotta, intesa in senso naturalistico, che, seppur privo dei requisiti di idoneità e inequivocità richiesti per il tentativo, sia apprezzabile in modo tale da collegare la parte della condotta realizzata in Italia e quella realizzata in territorio estero, così aderendo alla più lata delle posizioni teoriche previamente rappresentate»: così, Cass. pen., Sez. IV, 7 ottobre 2021, n. 39993.

¹¹ Da ultimo, sia consentito il rinvio a S. MANACORDA, sub *Artt. 6-10*, in *Breviaria iuris. Commentario breve al codice penale*, VII^a ed., a cura di G. Forti, S. Seminara e S. Riondato, Padova, 2024, pp. 40 ss.

riconducibili ad esigenze di difesa dello Stato, cui si accompagnano i criteri tradizionali della personalità attiva e passiva, e nel complesso costituiscono espressione della vocazione autoritaria del Codice Rocco. Così, le ipotesi di procedibilità incondizionata previste dall'art. 7, co. 1, nn. 1-4 ineriscono a delitti contro la personalità dello Stato, nonché all'identità dello Stato e a sue funzioni tipiche come battere moneta – previsione chiaramente oggetto di ampliamento in seguito all'entrata in vigore della moneta unica europea – nonché ai delitti contro la pubblica amministrazione commessi da pubblici ufficiali con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle loro funzioni.

La disciplina successiva, riguardante il delitto politico commesso all'estero (art. 8 c.p.), evidenzia con chiarezza l'inclinazione autoritaria del Codice Rocco, caratterizzandosi per la capacità pervasiva e il particolare rigore nell'istituire in capo all'esecutivo uno speciale potere di dar luogo all'applicazione della legge penale italiana per fatti integralmente commessi oltre frontiera. A differenza delle ipotesi contemplate all'art. 7, si esige, quale condizione di procedibilità, la richiesta del Ministro della Giustizia, nonché la querela da parte della persona offesa qualora il reato non sia perseguibile d'ufficio, mentre non si richiede la presenza dell'autore del reato sul territorio italiano, diversamente da quanto previsto dai successivi artt. 9 e 10¹². La valenza repressiva in senso extraterritoriale di cui è portatore tale impianto normativo risulta particolarmente evidente se si tiene conto che trova applicazione anche in relazione ai delitti soggettivamente politici, ossia a quei reati comuni che risultano motivati in tutto o in parte da ragioni politiche.

Proprio la disciplina del delitto politico ha rappresentato, nel corso degli anni, un punto di osservazione privilegiato delle opposte visioni abbracciate, da un canto, dal Codice Rocco, e, dall'altro, dalla Costituzione repubblicana. Il disvalore assegnato alla dimensione “politica” dei reati – in senso sia oggettivo sia soggettivo – giustifica nell'impianto codicistico un'impostazione di segno repressivo, connotata da severo rigore e finalizzata a perseguire interessi di difesa dello Stato da aggressioni realizzate anche interamente all'estero.

Nella lettura democratico-liberale di matrice costituzionale, viceversa, la *ratio* del reato politico è quella di evitare che l'autore dello stesso possa essere sottoposto, nello Stato estero, a una giustizia vendicativa, o comunque non conforme al sistema di garanzie previste dal nostro ordinamento costituzionale, fungendo così da limite all'estradizione e da fondamento del diritto di asilo. Nel corso degli anni, speciali clausole di “depoliticizzazione” hanno evitato che alcuni reati considerati particolarmente gravi, tra i quali il genocidio e le fattispecie di

¹² Sul delitto politico, sempre attuali i lavori monografici di M.V. DEL TUFO, *Estradizione e delitto politico*, Napoli, 1985, e M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Milano, 2000. Altri necessari i riferimenti, tra gli altri, a D. PULITANÒ, *Delitto politico*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. III, Torino, 1989, pp. 358 ss.; G. DE FRANCESCO, *Reato politico*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, pp. 897 ss.; AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri, Quaderno 3 di Critica del diritto*, Roma, 1984.

terrorismo, ricadessero nella categoria del delitto politico, salvaguardandone così la perseguibilità, anche nell’ottica della cooperazione internazionale¹³.

Gli artt. 9 e 10 c.p. riguardano, invece, il delitto “comune” – in quanto, appunto, non politico – realizzato, rispettivamente, dal cittadino o dallo straniero all’estero, la cui punibilità secondo la legge penale italiana è subordinata in primo luogo alla presenza dell’autore del reato in Italia, nonché a condizioni ulteriori relative alla gravità del reato e alla richiesta del Ministro della Giustizia e alla querela della persona offesa.

Se la rapida rassegna del contenuto delle disposizioni codicistiche relative all’applicazione della legge penale nello spazio compiuta sinora ha messo in evidenza ipotesi di espansione extraterritoriale della legge penale italiana per la tutela di interessi dello Stato (o dell’Unione europea, più di recente) o giustificate dai criteri della personalità attiva o passiva, occorre domandarsi dove trovino allocazione nel Codice Rocco le istanze di tutela extraterritoriale fondate sulla solidarietà tra Stati per la repressione universale di reati di estrema gravità o, più semplicemente, su criteri di opportunità correlati a forme di cooperazione internazionale per il contrasto di fenomeni criminosi di caratura transnazionale. Come è noto, la disposizione che rileva al riguardo è quella dell’art. 7, co. 1, n. 5 c.p., la quale opera un rinvio alle convenzioni internazionali e alle norme di parte speciale che prevedono la punibilità incondizionata per fatti commessi integralmente oltre frontiera. Tra queste troviamo, ad esempio, l’art. 604 c.p., che sancisce la punibilità incondizionata dei delitti di violenza sessuale e di quelli contro la personalità individuale, che includono le fattispecie di schiavitù, tratta, pedopornografia, anche laddove realizzati all’estero, un argine che si è inteso frapporre – soprattutto simbolicamente – a forme abiette di “turismo sessuale”.

Nel caso dell’art. 7, co. 1, n. 5 c.p. si ritrova un rinvio – oltre che a particolari disposizioni di legge – anche alle convenzioni che sanciscono la punibilità di reati all’estero, consentendosi l’applicazione extraterritoriale della legge penale italiana per la repressione di crimini offensivi di beni giuridici riconosciuti dall’intero consesso delle nazioni civili. Tra i numerosi *crimina iuris gentium* oggetto di rinvio si collocano, per diffusa opinione, il genocidio, la riduzione in schiavitù, la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, la pirateria marittima¹⁴.

È dunque per il tramite di tale previsione normativa che l’ordinamento italiano può “aprirsi” all’esercizio di una giurisdizione penale in senso universalistico¹⁵. Una formula normativa, quella dell’ultima parte dell’art. 7 c.p., che se, da un lato, contribuisce a far sì che il nostro ordinamento si uniformi a

¹³ PULITANÒ, *Delitto politico*, cit., pp. 364 ss. Più recentemente, V. MASARONE, *Argomenti in favore di un’interpretazione costituzionalmente orientata del delitto politico: il divieto di estradizione per reati politici e la depoliticizzazione del terrorismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 ottobre 2013, pp. 1 ss., al link <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1382613226MASARONE%202013a.pdf>, ultima consultazione 8 agosto 2024.

¹⁴ Sul tema v. anche M.C. BASSIUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999.

¹⁵ In dottrina, tra i tanti, v. M. PISANI, *La “penetrazione” del diritto internazionale nel diritto penale*, in *Indice penale*, 1979, pp. 5 ss.; DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., *passim*.

standard avanzati di tutela e partecipi attivamente alla cooperazione internazionale in materia penale, dall'altro lato risulta priva di una effettiva capacità di indirizzo politico-criminale. La norma in questione, infatti, si risolve in un rinvio mobile con cui ci si limita a rimandare a specifiche disposizioni di legge che prevedano in modo espresso una deroga al principio generale di sovranità territoriale, senza tuttavia che essa debba rispondere ad un qualsivoglia criterio se non la volontà (e talvolta il capriccio) del legislatore.

Ne risulta un catalogo piuttosto eterogeneo di fattispecie criminose, suscettibile di costante aggiornamento, e rispetto al quale è decisiva l'analisi del contenuto di ogni singola norma istitutiva della giurisdizione per il fatto commesso integralmente all'estero: un aspetto ancor più significativo se si considera che l'art. 7 c.p. individua ipotesi di applicazione extraterritoriale della legge penale italiana in via incondizionata.

3. *Il nuovo reato "anti-scafisti"*. - Una volta delineata la disciplina dettata dalla parte generale del codice penale, è possibile soffermarsi sul primo esempio di "reato universale" quale proiezione in senso extraterritoriale di alcune particolari tipologie delittuose riconosciute dall'ordinamento interno. *De lege lata*, come già accennato, l'attenzione cade sull'art. 12 *bis*, d.lgs. n. 286/1998, relativo all'ipotesi di morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina.

La fattispecie è stata introdotta dal d.l. n. 20/2023 – a sua volta convertito con l. n. 50/2023 – adottato all'indomani del naufragio avvenuto nel febbraio del 2023 a pochi chilometri dalle coste di Cutro, e si colloca quindi all'interno di un insieme di norme approvate quale pronta risposta a una tragedia certamente eccezionale per le sue dimensioni (sebbene, tristemente, neppure tra le più gravi tra quelle verificatesi in Italia), ma non certo, purtroppo, per la sua unicità, iscrivendosi piuttosto nella lunga scia di incidenti mortali che caratterizzano i movimenti migratori lungo la rotta che attraverso il Mar Mediterraneo va dal Nordafrica alle sponde italiane.

L'inquadramento del contesto normativo e politico entro cui si inserisce la norma è dunque centrale per comprendere appieno il portato della nuova fattispecie e delle sue ambizioni universalistiche. Come noto, infatti, le politiche attuate nel corso degli ultimi anni dallo Stato italiano nella gestione dell'immigrazione hanno fatto ampio ricorso allo strumentario penalistico nella prospettiva dichiarata di contrastare le forme di immigrazione clandestina e quelle, ad esse correlate, di tratta e traffico di migranti. Il dibattito sulla gestione del fenomeno migratorio si è così incentrato, essenzialmente, sull'individuazione delle modalità più efficaci per impedire l'ingresso illegale delle persone migranti in Italia, nell'ottica della protezione di interessi di ordine pubblico e sicurezza dello

Stato¹⁶, cui risultano più o meno correlate finalità di tutela dei migranti medesimi, vittime delle organizzazioni internazionali dedite a simili traffici¹⁷.

I risultati si sono manifestati, sul piano penale, con un ampliamento delle fattispecie di reato relative all’immigrazione clandestina e con un progressivo irrigidimento delle pene, cui fanno da *pendant* una serie di interventi sul piano amministrativo, che hanno contribuito a rendere sempre più difficoltoso per le persone migranti il riconoscimento dei propri diritti e la possibilità di accedere a forme di protezione e accoglienza, intervenendo – di converso – per l’accelerazione delle procedure di rimpatrio ed espulsione¹⁸.

La gestione dei movimenti migratori è stata ridotta, in buona sostanza, a questione di politica criminale e letta nella prospettiva della sola finalità di riduzione dell’immigrazione clandestina, ma si potrebbe dire dell’immigrazione *tout court*. In quest’ottica, il contenimento degli sbarchi e, ancor più a monte, il freno alle partenze dai porti di origine, sono stati perseguiti per il tramite di azioni di contrasto ai salvataggi in mare, sia da parte delle imbarcazioni di organizzazioni non governative sia dalle unità militari nazionali e internazionali¹⁹. A tal riguardo, preme segnalare la recente notizia del non luogo a procedere, disposto dal giudice delle indagini preliminari, nel processo penale per favoreggiamento dell’immigrazione clandestina relativo alle operazioni di salvataggio in mare realizzate con la nave di soccorso *Iuventa*, le cui indagini erano iniziate circa sette anni prima. Nell’estate del 2017, il sequestro dell’imbarcazione e la successiva formulazione di accuse al personale di tre organizzazioni umanitarie – Medici senza frontiere, *Save the children* e *Jugend Rettet* – avevano sostanzialmente aperto la stagione della “criminalizzazione dei

¹⁶ Per una prospettiva europea della gestione del fenomeno migratorio da un’angolazione penalistica, di recente, G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on ‘Crimmigration’*, London, 2021. V. anche V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015; R. SICURELLA (a cura di), *Il controllo penale dell’immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Torino, 2012; G.L. GATTA, *La pena nell’era della ‘crimmigration’: tra Europa e Stati Uniti*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta, Vol. II, Milano, 2018, pp. 987 ss.; A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale*, 2022, 4, pp. 43 ss., al link <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/cavaliere-vite-migranti-diritto-punitivo>, ultima consultazione 8 agosto 2024; da ultimo, S. ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell’immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2023.

¹⁷ Su tale aspetto cfr. M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in *Il traffico di migranti*, cit., pp. 108 ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, pp. 119 ss.

¹⁸ Per un inquadramento più ampio del fenomeno e dal taglio multidisciplinare, F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Torino, 2020.

¹⁹ Sul tema, che si era già posto nel recente passato, cfr. per tutti F. PALAZZO, *Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. “respingimenti” in alto mare)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 3, 458 ss. Più recentemente, cfr. L. MASERA, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in *La legislazione penale*, 22 aprile 2022, pp. 1 ss.

salvataggi in mare²⁰, cui erano seguiti interventi legislativi che hanno mutato il volto delle politiche nella gestione delle frontiere marine²¹, contribuendo a rendere la rotta del Mar Mediterraneo tra le più pericolose al mondo per le persone migranti²².

È dunque in tale contesto che è intervenuto il decreto-legge che qui rileva, simbolicamente firmato a Cutro, e che reca tra i suoi obiettivi dichiarati «*il contrasto all'immigrazione irregolare, il rafforzamento degli strumenti per favorire quella legale, la semplificazione degli aspetti processuali, il potenziamento dei flussi regolari, l'intensificazione dei corridoi umanitari e il contrasto alle reti criminali degli scafisti*».

Se sul versante amministrativistico numerosi sono i punti oggetto di critica, in quanto di dubbia compatibilità con la Costituzione nonché con la legislazione europea e la giurisprudenza convenzionale²³, su quello penalistico si registra un ulteriore irrigidimento del quadro normativo relativo ai reati in materia di immigrazione clandestina, in virtù della decisione del Governo, confermata in sede di conversione legislativa, di introdurre «*in via d'urgenza un consistente aggravamento sanzionatorio per le condotte finalizzate alla realizzazione di reati in materia di immigrazione clandestina*»²⁴.

In particolare, il decreto-legge ha determinato l'aumento delle cornici edittali, minime e massime, del delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, sia nell'ipotesi base – inerente a quelle attività illecite, esercitate in forma individuale o collettiva, strumentali al trasporto e all'ingresso illegale delle persone immigrate in Italia ovvero nel territorio di altro Stato – sia in quella aggravata –

²⁰ P. BARRETTA, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *Questione giustizia web*, 4 luglio 2017, pp. 1 ss., al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/da-eroi-a-trafficanti_le-accuse-ai-protagonisti-delle-operazioni-di-ricerca-e-soccorso-in-mare_04-07-2017.php, ultima consultazione 8 agosto 2024; E. CUSUMANO, M. VILLA, *From "Angels" to "Vice Smugglers": the Criminalization of Sea Rescue NGOs in Italy*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2021, 27, pp. 34 ss.

²¹ Su cui v., ad es., L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *Questione giustizia web*, 15 giugno 2021, p. 1 ss., <https://www.questionegiustizia.it/articolo/nm60c4b77c1d7670-26683604>, ultima consultazione 8 agosto 2024.

²² Guardando ai dati raccolti e pubblicati sul sito del *Missing Migrants Project*, iniziativa promossa dal 2014 dall'*International Organization for Migration* (IOM) al fine di documentare le morti e la sparizione delle persone nel corso delle migrazioni verso destinazioni internazionali, il tragitto che attraversa il Mar Mediterraneo è di gran lunga il più mortale al mondo, con 3.105 persone morte o scomparse nel solo 2023: <https://missingmigrants.iom.int/data>, ultima consultazione 8 agosto 2024.

²³ V., ad es., P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La protezione umanitaria in Italia, a seguito della 'mutilazione' della protezione speciale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, 2, pp. 545 ss.; si segnala altresì come la Corte di Giustizia dell'Unione Europea sia stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto eurounitario dell'istituto della garanzia finanziaria, di cui all'art. 6 bis d.lgs. 142/2015 e ivi introdotto con il c.d. decreto Cutro, in base alla quale gli stranieri che vogliono evitare il trattenimento disposto nell'ambito delle procedure accelerate di frontiera devono corrispondere personalmente, entro il termine di conclusione delle operazioni di prima identificazione, una somma di denaro quantificata in euro 4.938,00, mediante fideiussione bancaria o polizza fideiussoria assicurativa (artt. 2 e 3 decreto 14 settembre 2023).

²⁴ Relazione illustrativa al disegno di legge A.S. n. 591 "Conversione in legge del decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20", in XIX Legislatura, Senato della Repubblica, n. 591, p. 8.

ossia se il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale di cinque o più persone, se la persona trasportata è esposta a pericolo per la vita o per l'incolumità o esposta a un trattamento inumano o degradante, se il fatto è stato commesso da tre o più persone in concorso tra loro, se gli autori hanno disponibilità di armi o esplosivi²⁵.

In dottrina si è prontamente posto in luce il carattere anzitutto simbolico di tale intervento, in quanto già la disciplina precedente alla riforma consentiva di applicare, al ricorrere di tutte le circostanze ad effetto speciale di cui all'art. 12 t.u. imm., la pena massima di 30 anni di reclusione. Secondo il regime vigente, la pena applicabile sarebbe superiore, ma il limite massimo per le pene detentive temporanee, pari a 30 anni, di fatto neutralizza, sotto questo punto di vista, gli effetti della riforma²⁶.

L'altra innovazione di natura penale risiede nell'introduzione della fattispecie di morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina, prevista all'art. 12 bis t.u. imm. Come si evince dalla rubrica legislativa, si tratta di un'ipotesi speciale del reato di cui all'art. 586 c.p., in cui l'elemento specializzante è rappresentato dal riferimento non più a qualunque reato da cui deriva l'evento di morte o lesioni, bensì ad alcune ipotesi particolari di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, per come disciplinate dal precedente art. 12, co. 3, lett. b) o c). L'intento è quello di “sganciare” le ipotesi di favoreggiamento dal concorso con il delitto di morte o lesione come conseguenza di altro reato *ex art. 586 c.p.* per creare una fattispecie autonoma di reato “anti-scafisti”.

Al riguardo, si è posto in dubbio che la novella legislativa sia riuscita nella sua finalità dichiarata, giacché taluni indici inclinerebbero a considerare la fattispecie in questione come ipotesi circostanziata e non già come una fattispecie autonoma²⁷. Ne deriverebbe la possibilità, per il giudice penale, di operare un bilanciamento delle circostanze tale da rendere il quadro sanzionatorio addirittura più favorevole rispetto alla disciplina previgente.

Dove, invece, la legge sicuramente consegue le proprie finalità è nell'aumentare in maniera significativa i minimi edittali nell'ipotesi di morte come conseguenza del reato di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione clandestina. Un aumento «*enorme*»²⁸, soprattutto se considerato in relazione a condotte colpose pericolose, e che ha l'effetto di appiattire verso l'alto la pena

²⁵ Per una ricostruzione dell'articolato, v. la *Relazione n. 84/2023 a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della suprema Corte di cassazione*, avente ad oggetto il decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20 (cd. “decreto Cutro”) recante «Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare» (convertito, con modificazioni, in legge 5 maggio 2023, n. 50), gli artt. 20 e 21 del d.l. 19 settembre 2023, n. 124 (convertito, con modificazioni, in legge 13 novembre 2023, n. 162) e l'art. 18 del d.l. 13 giugno 2023, n. 69 (convertito, con modificazioni, in legge 10 agosto 2023, n. 103), spec. pp. 112 ss.

²⁶ In tal senso, MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023*, cit.

²⁷ Sul punto, v. la *Relazione n. 84/2023 a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della suprema Corte di cassazione*, cit., p. 116 ss., ove sembra tuttavia propendersi per la soluzione autonomista.

²⁸ DONINI, *Il penale come religione di massa*, cit.

base. Ad essere pregiudicata sarebbe la possibilità di calibrare in concreto la pena: così, restando alla casistica relativa alle migrazioni attraverso il Mar Mediterraneo, non si potrebbe distinguere, nell'eventualità di un naufragio con conseguente morte di più persone, i casi in cui il trasporto è stato effettivamente organizzato e condotto da membri di organizzazioni criminali dedite al traffico e alla tratta di migranti da quelli in cui il capitano dell'imbarcazione è semplicemente la persona più esperta tra quelle presenti che si assume il compito di (provare a) giungere a destinazione, e che certamente non rispecchia il tipo criminologico dello "scafista" contro cui pure vorrebbe indirizzarsi la previsione di legge²⁹.

Come anticipato, il volto muscolare della norma si completa con la clausola di "universalità" contenuta al co. 6 dell'art. 12 bis t.u. imm., ove si stabilisce che è applicabile la legge penale italiana anche se l'evento di morte o lesioni si è verificato al di fuori del territorio italiano, purché le condotte fossero finalizzate a favorire l'ingresso irregolare dei migranti in Italia.

Ebbene, questa disciplina pare suscettibile di due diverse chiavi di lettura: in primo luogo, essa si pone come previsione dalla forte connotazione simbolica, in quanto si salda all'ambizione di "cercare gli scafisti lungo tutto il globo terracqueo". In tale ottica, la disposizione svolge una funzione rassicuratrice: il verificarsi dell'evento in acque extraterritoriali non costituirà un impedimento all'esercizio della giurisdizione italiana e all'applicazione delle pene severe previste dalla legge penale interna.

Al contempo, simile clausola gioca un ruolo chiarificatore e di conferma di un *trend* giurisprudenziale già in atto e validato dalla Corte di cassazione, in base al quale, in taluni casi, risultano rilevanti per l'ordinamento italiano condotte realizzate in acque internazionali, ma destinate a favorire l'immigrazione irregolare in Italia, anche quando qui non è stato (ancora) realizzato neppure un frammento di condotta³⁰.

Diverse pronunce confermano tale orientamento: così, si è ritenuto che anche se il trasporto di migranti sia stato accertato in acque extraterritoriali sussiste la giurisdizione nazionale se l'ingresso e lo sbarco di cittadini extracomunitari soccorsi è avvenuto in acque interne³¹. Analogamente, si è affermata la giurisdizione italiana in un caso in cui i migranti, condotti su natanti

²⁹ MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023*, cit. Da più parti si è messo in evidenza come, sovente, gli "scafisti" non appartengono alle organizzazioni criminali, ma sono anch'essi migranti cui viene affidato il compito di "capitani" delle precarie imbarcazioni con cui tentano, insieme a decine di altre persone, di raggiungere le coste europee, come illustra il recente report "*Dal mare al carcere*", a cura di Arci Porco Rosso e Alarm Phone, con la collaborazione di Borderline Sicilia e borderline-europe, 2022, consultabile su <https://dal-mare-al-carcere.info/>, ultima consultazione 8 agosto 2024. In letteratura, v. F. PATANÉ, M.P. BOLHUIS, J. VAN WIJK, H. KREIENSIEK, *Asylum-Seekers Prosecuted for Human Smuggling: A Case Study of Scafisti in Italy*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2020, 39, pp. 123 ss. Alcune sentenze di merito hanno escluso la rilevanza penale di condotte imputate a scafisti ritenendole giustificate ai sensi dell'art. 54 c.p.: per una ricostruzione di tali pronunce, J. CRISCUOLO, *Mercanti di morte o scafisti per necessità? Una diversa prospettiva offerta dai tribunali siciliani sulla tratta illegale di extracomunitari*, in *Archivio Penale*, 2020, 2, pp. 1 ss.

³⁰ Cfr. già S. MANACORDA, *Il contrasto penalistico della tratta e del traffico di migranti nella stagione della chiusura delle frontiere*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 11, pp. 1389 ss.

³¹ Cass. pen., sez. I, 2 marzo 2017, n. 36837.

del tutto inadeguati a raggiungere le coste italiane, erano stati abbandonati in acque extraterritoriali al fine di provocare l'intervento dei soccorritori³². Una soluzione, quest'ultima, cui la Corte approdava ritenendo che lo sbarco dei migranti fosse conseguenza dello stato di necessità provocato e sfruttato dai trafficanti per favorire l'immigrazione irregolare. La condotta dei soccorritori costituiva, quindi, un fattore tutt'altro che eccezionale e inatteso, legandosi senza soluzione di continuità alle azioni poste in essere in ambito extraterritoriale, in una relazione tale da poter essere ricondotta al modello dell'autoria mediata di cui all'art. 48 c.p.³³.

Infine, è stata riconosciuta la giurisdizione dello Stato italiano per il delitto di omicidio doloso plurimo commesso in alto mare a bordo di imbarcazioni prive di bandiera in danno di migranti trasportati illegalmente in Italia, in forza del principio di universalità della legge penale italiana e della diretta applicazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, trattandosi di reato grave, con effetti sostanziali nel territorio italiano, commesso da un gruppo criminale organizzato nell'ambito di una complessa condotta posta in essere allo scopo di commettere i reati previsti dalla Convenzione e dei Protocolli Addizionali, tra i quali rientra il traffico di migranti verso l'Italia³⁴.

In un tale scenario, pare opportuno segnalare un intervento ancora più recente del legislatore, volto a derogare al regime ordinario di validità spaziale della legge penale italiana ai fini del contrasto all'immigrazione irregolare. Si tratta della disposizione contenuta all'art. 4, co. 6, della l. n. 14/2024, di Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, firmato a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno. Qui si stabilisce che, «*in deroga all'articolo 10 del codice penale, salvo che il reato sia commesso in danno di un cittadino albanese o dello Stato albanese*», lo straniero che si trovi all'interno dei centri di detenzione amministrativa istituiti dal protocollo è sottoposto alla giurisdizione italiana, senza che sia necessaria la richiesta del Ministro della Giustizia se il reato è punito con la pena della reclusione fino a tre anni o dell'ergastolo e previa richiesta negli altri casi.

La deroga cui fa espresso riferimento la norma riguarda la mancata necessità della presenza dello straniero in Italia, richiesta in via ordinaria dall'art. 10 c.p., e trova la sua ragion d'essere nella circostanza per cui il protocollo d'intesa cui si fa qui riferimento realizza un'esternalizzazione nella gestione dei migranti

³² Ad es., Cass. pen., sez. I, 10 febbraio 2021, n. 15084.

³³ Una soluzione oggetto di perplessità in dottrina: cfr. R. BARBERINI, *La rilevanza penale del fenomeno migratorio*, in *Questione Giustizia web*, 30 ottobre 2015, al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-rilevanza-penale-del-fenomeno-migratorio_30-10-2015.php, ultima consultazione 8 agosto 2024; M.T. TRAFASSO, *Il richiamo giurisprudenziale all'“autoria mediata” in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità*, in *Archivio penale*, 2017, 2, pp. 583 ss.

³⁴ Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2021, n. 31652.

intercettati lungo le rotte migratorie prima che entrino in territorio italiano mediante la creazione di centri di detenzione amministrativa che, pur trovandosi in territorio albanese, sono soggetti alla legge e alla giurisdizione italiani. Da qui, l'esigenza di "fare come se" il reato sia stato realizzato in Italia³⁵, secondo una tecnica di estensione extraterritoriale della legge penale italiana che in certa misura ricorda alcune disposizioni previste dalla legge penale militare³⁶, pur risultando motivata da tutt'altre ragioni, giacché funge da norma di chiusura di un'inedita operazione di "delocalizzazione" nel controllo delle frontiere.

4. *La surrogazione di maternità all'estero.* - Il secondo esempio di reato universale riguarda, in realtà, una serie di disegni di legge, presentati in diverse stagioni e riproposti da ultimo al dibattito parlamentare, accomunati dalla volontà di rendere punibile, secondo la legge penale italiana, la c.d. surrogazione di maternità, anche qualora realizzata integralmente all'estero.

Se il reato universale anti-scafisti combina una dimensione fortemente simbolica con una funzione effettivamente chiarificatrice – per quanto parzialmente problematica – di un *trend* giurisprudenziale in atto, in relazione peraltro a condotte di particolare gravità, relative anche alla morte di una o più persone migranti, nel caso della surrogazione di maternità si è in presenza di una fattispecie del tutto sprovvista di un analogo disvalore.

Anzitutto, il legislatore punisce tale pratica con pene detentive previste per reati di gravità medio-bassa (da tre mesi a due anni) – sebbene la pena pecuniaria edittale, da 600.000 a un milione di euro, abbia una chiara valenza draconiana³⁷. Inoltre, e soprattutto, si tratta di condotte oggetto di considerazioni divergenti su scala comparata, giacché in taluni ordinamenti risultano, almeno in parte, lecite. Non a caso, si tratta di un ambito in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce a ciascuno Stato un significativo margine di apprezzamento sulle scelte di disciplina³⁸. Difetta, dunque, quella riprovazione condivisa da parte della comunità internazionale che giustificherebbe una punizione in senso universale³⁹.

³⁵ In letteratura, commenti critici in L. MASERA, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in *Sistema penale*, 28 dicembre 2023, al link <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/masera-il-disegno-di-legge-di-ratifica-ed-esecuzione-del-protocollo-tra-italia-ed-albania-in-materia-di-immigrazione-analisi-del-progetto-e-questioni-di-legittimita>, ultima consultazione 8 agosto 2024.

³⁶ Il riferimento, in particolare, è all'art. 9 c.p.m.g., ove al primo comma si stabilisce che «Sino alla entrata in vigore di una nuova legge organica sulla materia penale militare, sono soggetti alla legge penale militare di guerra, ancorché in tempo di pace, i corpi di spedizione all'estero per operazioni militari armate, dal momento in cui si inizia il passaggio dei confini dello Stato o dal momento dell'imbarco in nave o aeromobile ovvero, per gli equipaggi di questi, dal momento in cui è ad essi comunicato la destinazione alla spedizione». Sul tema, in letteratura, M. BLOCK, *Peace keeping e ordinamento italiano: profili processual-penalistici*, in *Missioni militari di peace keeping e cooperazione in materia penale*, a cura di S. Manacorda, Roma, 2004, pp. 57 ss.

³⁷ Sul tema, per lavori di taglio monografico, *amplius*, A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019.

³⁸ *Menneson c. Francia* (dec.), no. 65192/11, ECHR.

³⁹ PELISSERO, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 2.

Questo dato è reso ancor più evidente dalla sostanziale indeterminatezza della previsione legislativa di cui all’art. 12, co. 6, l. n. 40/2004, ove ci si limita a vietare la pubblicizzazione, organizzazione o realizzazione della commercializzazione di gameti o di embrioni o della surrogazione di maternità, senza ulteriori specificazioni. Sarebbe, invece, necessario che vi fosse una descrizione puntuale delle condotte vietate, se si considera che le pratiche ascrivibili alla surrogazione di maternità possono differire tra loro in maniera significativa, tanto dal punto di vista del grado di surrogazione (omologa ed eterologa) quanto delle finalità (lucrative o solidaristiche) e delle modalità esecutive (con o senza sfruttamento della gestante). Si tratta di differenze di non poco momento, da cui dipende sovente, nelle legislazioni degli Stati stranieri, la rilevanza penale delle condotte⁴⁰.

Peraltro, va altresì rilevato come la laconica formulazione legislativa abbia fatto insorgere alcuni dubbi ermeneutici inerenti alle condotte tipiche del reato in questione, rilevanti in questa sede poiché relativi alla configurazione della responsabilità penale dei c.d. committenti, ossia di coloro in favore dei quali è realizzata la maternità surrogata. La questione interpretativa nasce dalla circostanza per cui la norma fa riferimento a chiunque realizzi, organizzai o pubblicizzi la surrogazione di maternità: ebbene, alcuni autori accedono a una nozione ristretta di realizzazione, per cui questa andrebbe riferita esclusivamente al medico ed eventualmente agli altri soggetti che contribuiscono alla procedura, dovendosi invece escludere che possa essere ricondotta ai genitori intenzionali, i quali si rivolgono appunto a soggetti terzi perché incapaci da soli di realizzare la surrogazione⁴¹; nondimeno, secondo alcune ricostruzioni, i committenti sarebbero punibili a titolo concorsuale, pure escludendosi che il loro comportamento sia riconducibile alla “organizzazione” della maternità surrogata⁴². La posizione

⁴⁰ A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come “reato universale”*, in *Sistema penale*, 18 luglio 2023, al link <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/manna-rilievi-critici-sulla-penale-rilevanza-tout-court-della-maternita-surrogata-e-sulle-proposte-governative-di-qualificarla-come-reato-universale>, ultima consultazione 8 agosto 2024, sottolinea come il legislatore abbia perso una preziosa occasione per distinguere tra la maternità surrogata a scopo solidaristico e quella frutto di commercializzazione. Al riguardo, preme rilevarsi come la nuova Direttiva dell’Unione Europea che modifica la Direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime preveda che lo sfruttamento della maternità surrogata possa già rientrare nell’ambito di applicazione dei reati relativi alla tratta di esseri umani quali definiti nella direttiva 2011/36/UE, nella misura in cui siano soddisfatti tutti i criteri costitutivi di tali reati, rendendosi così punibili coloro che costringono o convincono con l’inganno le donne a prestarsi come madri surrogate.

⁴¹ Lo nota, da ultimo, G. LOSAPPIO, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale no limit*, in *Sistema penale*, 15 maggio 2023, p. 5, al link https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1684402212_losappio-maternita-surrogata-rev.pdf, ultima consultazione 8 agosto 2024. *Contra*, ritengono che coloro che accedono alla pratica ne contribuiscano, appunto, alla realizzazione, poiché svolgono un ruolo fondamentale nelle diverse fasi che la caratterizzano, dalla stipula dell’accordo alla consegna del feto, per cui la loro condotta rientra nella fattispecie tipica, TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., pp. 374 ss.; T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all’applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all’estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 4, spec. pp. 1395 ss.

⁴² E. DOLCINI, *Surrogazione di maternità all’estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.?* *Riflessioni a margine di un volume di Carlo Flamigni e Maurizio Mori*, in *Notizie di Politeia*, 2014, 115,

secondo cui, invece, la surrogazione di maternità è disciplinata, sul versante penalistico, analogamente a quanto avviene in tema di prostituzione, per cui rileverebbero solo le condotte ad essa correlata di organizzazione e sfruttamento, pure espressa da una giurisprudenza di merito, risulta decisamente minoritaria⁴³. In un tale scenario, si osserva che la diretta responsabilità dei committenti pare ricavarsi implicitamente dall'art. 12, co. 8, l. n. 40/2014, ove si esclude la responsabilità dell'uomo e della donna ai quali sono applicate le tecniche di procreazione medicalmente assistita nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 dello stesso articolo, senza menzione, dunque, del co. 6, relativo alla surrogazione di maternità, elemento da cui pare appunto evincersi la rilevanza delle loro condotte⁴⁴. Preme altresì rilevare come la (scarsa) giurisprudenza sul punto non abbia mai escluso la responsabilità dei genitori intenzionali⁴⁵.

Il rigorismo sanzionatorio in materia, a sua volta inserito all'interno di un quadro ancor più ampio di divieti e restrizioni relativi alle pratiche di fecondazione assistita (peraltro in gran parte smantellato dagli interventi demolitori della Corte costituzionale⁴⁶) ha dunque favorito, nella prassi, il ricorso a tali pratiche all'estero, il che ha generato le iniziative di legge dapprima menzionate.

Al riguardo, vi è da dire che nelle proposte di riforma non è stata dedicata alcuna attenzione a un aspetto che pure ha avuto un'importanza significativa nella prassi, inerente alle conseguenze in Italia della surrogazione di maternità realizzata all'estero, già potenzialmente rilevanti da un punto di vista penalistico. Come noto, in alcune vicende si era prospettata la possibilità di configurare le fattispecie di alterazione di stato o di falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri, ipotesi

pp. 79 ss.; VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., pp. 147 ss.; a tale ultimo riguardo, il medesimo A. ritiene che la fattispecie dovrebbe trovare applicazione soltanto in caso di surrogazione totale di maternità, ossia quella in grado di realizzare una «*dissociazione biologica della maternità*» che si ha «*quando si usi l'ovulo della madre intenzionale per formare un embrione poi trasferito nell'utero di altra donna, la quale si impegna a consegnare il futuro figlio alla prima*»: così, ID., *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, cit., pp. 27-28. Invece, A. SPENA, *Una storia semplice?, Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2015, 4, pp. 154g ss., esclude che, accedendo a una nozione ristretta di realizzazione, possa poi estendersi ai genitori intenzionali la responsabilità a titolo di concorso (eventuale), superando ciò che non è stato tipizzato come concorso necessario; in senso adesivo a tale ricostruzione ermeneutica, LOSAPPIO, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale no limit*, cit., p. 6.

⁴³ Trib. Bologna, sent. 28 marzo 2017, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2017, 4, pp. 1207 ss.

⁴⁴ Così, da ultimo, PELISSERO, *Surrogazione di maternità*, cit., pp. 4-5. A contrario, SPENA, *Una storia semplice?*, cit., pp. 1553 ss., ritiene che un'espressa esclusione, per via legislativa, della punibilità dei committenti sarebbe stata inutile proprio perché le condotte ad essi ascrivibili non rientrano nel fatto tipico di surrogazione di maternità.

⁴⁵ Lo sottolinea, da ultimo, LOSAPPIO, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale no limit*, cit., p. 4, cui si rimanda per un puntuale elenco delle pronunce di legittimità intervenute in materia.

⁴⁶ E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 4, pp. 1669 ss.

invero entrambe escluse, in relazione alle condotte che qui ci occupano, da giurisprudenza costante⁴⁷.

Al contempo, sul versante civilistico, si continua a ritenere che il divieto di maternità surrogata precluda il riconoscimento del rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore intenzionale, come confermato, da ultimo, dalle Sezioni unite della Corte di cassazione civile⁴⁸. Ciò impedisce la trascrizione dell'atto di nascita effettuato all'estero nei confronti del genitore intenzionale, il quale potrà ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari, la cui disciplina è stata oggetto di alcune sentenze della Corte costituzionale volte a estendere gli spazi di tutela proprio nei confronti di colui che è nato da maternità surrogata⁴⁹. Una soluzione conforme alle indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, pur lasciando – come accennato – ai singoli Stati nazionali un deciso margine discrezionale nelle scelte di disciplina in materia, ha più volte ribadito la necessità di far prevalere gli interessi del minore rispetto a interessi ulteriori, come, ad esempio, quelli alla tutela dell'ordine pubblico sotteso al divieto di trascrizione dell'atto di nascita⁵⁰.

È dunque in un tale contesto normativo che si collocano le recenti proposte di riforma, che riprendono a loro volta il contenuto dei progetti di legge a firma degli on.li Carfagna e Meloni presentati nelle precedenti legislature. Tali proposte sono accomunate dall'obiettivo di contrastare il “turismo procreativo”, differenziandosi, tuttavia, per alcuni significativi aspetti⁵¹.

Tra queste, assume particolare rilievo la proposta a firma dell'on.le Varchi⁵², che assorbiva le altre due proposte, e veniva approvata, nel luglio 2023, dalla Camera, nonché, il 3 luglio 2024, dalla Commissione giustizia del Senato. Pertanto, il disegno di legge si avvia ad essere calendarizzato per la discussione e l'approvazione in Senato.

La proposta di legge in questione si caratterizzava, nella formulazione originaria, per un contenuto invero minimale, limitandosi a introdurre, alla fine del co. 6 dell'articolo 12, lg. n. 40/2004, il seguente periodo: «*Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero*». Ne derivava, in primo luogo, che le fattispecie attratte dall'estensione non riguardavano soltanto

⁴⁷ Lo segnala VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, cit., p. 8. Tra i primi a occuparsi del tema, DOLCINI, *Surrogazione di maternità all'estero*, cit., pp. 79 ss. In argomento, v. soprattutto D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cassazione penale*, 2017, 4, pp. 1364 ss.

⁴⁸ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

⁴⁹ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, e 9 marzo 2021, n. 33.

⁵⁰ Da ultimo, *C. c. Italia* (dec.), no. 47196/21, ECHR.

⁵¹ Per una disamina delle proposte, cfr. PELISSERO, *Surrogazione di maternità*, cit., pp. 1 ss.; GATTA, *Surrogazione di maternità come “reato universale”?*, cit.; LOSAPPPIO, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale no limit*, cit., pp. 1 ss.; MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come “reato universale”*, cit.; A. DI NINO, *Verso un diritto penale onnipotente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in *Sistema penale*, 2024, 4, pp. 94 ss., reperibile al link https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1713423658_di-nino-fasc-42024.pdf, ultima consultazione 19 agosto 2024.

⁵² Proposta di legge C 887 del 15 febbraio 2023.

la surrogazione di maternità, ma anche la commercializzazione di gameti ed embrioni realizzata integralmente all'estero, di cui alla prima parte dell'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004.

Inoltre, in base a una simile formulazione risultavano punibili anche gli stranieri che avessero realizzato la maternità surrogata all'estero e non solo i soli cittadini italiani, come invece espressamente previsto dalle altre due proposte di legge⁵³. Una soluzione dagli effetti paradossali, che avrebbe reso rilevanti condotte realizzate lecitamente all'estero da stranieri pure in assenza delle condizioni dettate dall'art. 10 c.p., che giustificano la punizione del reato realizzato dallo straniero all'estero solo laddove commesso in danno dello Stato o di un cittadino italiano, oltre al ricorrere di condizioni ulteriori⁵⁴.

Il testo approvato alla Camera e ora sottoposto all'attenzione del Senato ha tuttavia ristretto l'oggetto della riforma, che si limita a estendere la punibilità, secondo la legge italiana, dei cittadini italiani che abbiano in qualsiasi forma realizzato, organizzato o pubblicizzato la surrogazione di maternità all'estero⁵⁵. Ebbene, tale proposta appare tanto irragionevole quanto superflua⁵⁶.

Irragionevole perché assegnerebbe al potere punitivo compiti di stampo prettamente paternalistico, che si risolvono nella pretesa di impedire a cittadini italiani di accedere a forme alternative di genitorialità secondo pratiche non solo diffuse tra la popolazione, ma legittimamente regolamentate ed esercitate in ordinamenti stranieri⁵⁷. Il diritto penale si configurerebbe, allora, come lo strumento prescelto dal legislatore per spingere i cittadini dello Stato ad aderire a una particolare visione della genitorialità e della riproduzione. Senza tralasciare

⁵³ Infatti, le proposte di legge C 342 del 14 febbraio 2022, prima firmataria l'on.le Candiani, e C 1026 del 21 marzo 2023, primo firmatario l'on.le Lupi, pur con diversità di formulazioni, individuavano espressamente, quale destinatario della norma, il cittadino italiano.

⁵⁴ Sul punto, cfr. PELISSERO, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 12.

⁵⁵ Disegno di legge S. 824, Art. 1.: «Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana"». Per un primo commento, VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, cit., pp. 5 ss.

⁵⁶ Da ultimo, G. LUCCIOLI, *Surrogazione di maternità come "reato universale". Audizione in Commissione Giustizia del Senato sui disegni di legge n. 163, 245, 475 e 824, in data 22 maggio 2024*, in *Giustizia insieme*, 19 luglio 2024, al link <https://www.giustiziainsieme.it/en/minori-e-famiglia/3206-surrogazione-di-maternita-come-reato-uni-versale-gabriella-luccioli>, ultima consultazione 18 agosto 2024, denuncia come il disegno di legge in questione compia una scelta «del tutto impropria, di chiara ispirazione propagandistica e di evidente matrice identitaria ed ideologica, nonché priva di ogni utilità sul piano concreto».

⁵⁷ Sul c.d. paternalismo penale, all'interno di una vasta bibliografia, cfr. tra i tanti G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, pp. 283 ss.; D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, *Politica criminale e fondamenti del diritto penale*, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi e G. Forti, Napoli, 2011, pp. 489 ss.; A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, pp. 223 ss., al link <https://discrimen.it/paternalismo-e-diritto-penale-cenni-introduttivi/>, ultima consultazione 19 agosto 2024; A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Archivio penale web*, 9 gennaio 2018, pp. 1 ss., consultabile a <https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=bb322a06-5a60-4f58-8bed-e8bae3ebfedc&idarticolto=15288>, consultabile il 19 agosto 2024.

che l'estensione in senso universale del divieto andrebbe a comprimere ancor di più le tutele del minore nato da pratiche di maternità surrogata, contrariamente alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, fatte proprie, come visto, anche dalla Corte costituzionale.

Inoltre, la novella legislativa parrebbe, a ben vedere, superflua, nel senso che gli obiettivi che dichiara di perseguire sembrerebbero conseguibili già a legislazione vigente. Infatti, la proposta in questione detta un regime di validità della legge penale all'estero necessariamente disancorato dal principio della doppia incriminazione, che si porrebbe appunto in antitesi all'idea di punire secondo la legge italiana comportamenti considerati leciti in altri ordinamenti. Al riguardo, deve segnalarsi come, a fronte dell'opinione maggioritaria della dottrina, che richiede il rispetto del principio quantomeno in relazione alle ipotesi di cui agli artt. 9 e 10 c.p., la giurisprudenza sul punto è tutt'altro che univoca⁵⁸.

Il contrasto giurisprudenziale in materia era stata espressamente riconosciuto dalla Corte di cassazione proprio in una vicenda relativa alla realizzazione di pratiche di maternità surrogata in uno Stato estero dove erano consentite. Il giudice di legittimità aveva difatti confermato la soluzione, adottata dal giudice di merito, di applicare la scriminante dell'esercizio putativo del diritto in ragione dei contrasti giurisprudenziali in ordine al requisito della doppia punibilità, che avevano ingenerato la ragionevole convinzione, negli autori delle condotte, della liceità del loro comportamento⁵⁹.

Più recentemente, in un caso analogo di surrogazione di maternità realizzata in uno Stato estero in cui è consentita, la Corte si è limitata a giudicare corretta la decisione del giudice di merito di non procedere, stante l'assenza della richiesta del Ministro della Giustizia, da ritenersi necessaria *ex art. 9, co. 2, c.p.*⁶⁰. Una soluzione, quest'ultima, che pur non entrando nel merito della questione sembra aprire alla possibilità di punire il cittadino italiano che abbia fatto ricorso alla maternità surrogata in uno Stato in cui è lecita, dunque in assenza del requisito della doppia punibilità, e al solo ricorrere delle altre condizioni dettate dall'art. 9, co. 2 c.p. È dunque aderendo a tale prospettiva, praticabile già a legislazione vigente, che la proposta in commento risulterebbe superflua, giacché nell'ipotesi presa in esame il comportamento del cittadino italiano sarebbe punibile al ricorrere della sola richiesta del Ministro della giustizia: opzione, tuttavia, mai esercitata da quando è in vigore la l. n. 40/2004⁶¹.

Simili considerazioni evidenziano ancora di più le finalità di segno simbolico-espressivo ed eticizzante dell'intervento legislativo, eretto a vessillo in difesa di un modello di famiglia "tradizionale" e, al contempo, veicolo un

⁵⁸ Sul tema della doppia incriminazione in relazione alla fattispecie in esame, recentemente, VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, cit., pp. 10 ss.

⁵⁹ Cass. pen., Sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525.

⁶⁰ Cass. pen., Sez. III, 28 ottobre 2020, n. 5198.

⁶¹ Lo nota PELISSERO, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 6. Analogamente, ritiene che la surrogazione di maternità all'estero sia già punibile secondo la legge italiana vigente, GATTA, *Surrogazione di maternità come "reato universale"?*, cit.

messaggio destinato, in maniera più o meno indiretta, a incidere negativamente sul riconoscimento dei diritti per quelle forme di unione e di relazione che da tale modello si discostino⁶².

5. *I crimini internazionali e l'occasione mancata del Codice di diritto internazionale penale.* - Alla proiezione in senso universale della legge italiana per particolari tipologie di reato si contrappone il ritardo accumulato dall'Italia nell'adeguare il proprio ordinamento agli standard della giustizia penale internazionale, da ultimo confermato dal sostanziale abbandono del progetto di codice dei crimini internazionali risultante dai lavori della commissione governativa presieduta dai professori Francesco Palazzo e Fausto Pocar.

Nonostante la commissione di crimini su larga scala durante la stagione fascista, all'interno della Costituzione manca una visione che esprima l'impegno dello Stato a contrastare i crimini internazionali, rinvenendosi piuttosto alcuni riferimenti indiretti nelle norme che sanciscono il ripudio della guerra di aggressione e il riconoscimento del diritto internazionale generale. D'altronde, l'avvio della stagione repubblicana, con l'amnistia Togliatti⁶³ e la «*mancata Norimberga italiana*⁶⁴», ha preso avvio all'insegna di una pacificazione nazionale cui è di fatto corrisposta una parziale obliterazione del passato fascista, testimoniata dalla diffusa continuità nella gestione delle posizioni di potere e dagli anomali provvedimenti di archiviazione temporanea che avevano caratterizzato i crimini nazifascisti in Italia⁶⁵. L'incompleta (a dir poco) presa di coscienza degli orrori della precedente stagione totalitaria ha reso l'Italia un paese poco reattivo sul piano della repressione dei crimini internazionali, una tendenza con riflessi evidenti sul piano normativo e su quello giudiziario.

Così, il diritto internazionale umanitario continua a essere disciplinato dal codice penale militare di guerra, e solo il crimine di genocidio trova espresso riconoscimento per il tramite della ratifica della relativa convenzione, cui si è accompagnata anche l'approvazione di una legge costituzionale volta a escludere in radice la natura politica di condotte di genocidio, che avrebbe impedito l'estradizione ai sensi dell'art. 26 Cost.

Dal punto di vista giudiziario, nei primi anni dell'era repubblicana ben pochi sono stati i processi per i crimini nazisti; quelli per i crimini fascisti, ancorché più numerosi, hanno avuto una scarsa incidenza. Emblematica in tal

⁶² Come indicano, di recente, P. CAROLI, A. VERCELLONE, "Rented Uterus" as a Universal Crime. The Italian bill proposing universal jurisdiction for surrogacy, in *VerfBlog*, 15 febbraio 2024, al link <https://verfassungsblog.de/uterus/>, ultima consultazione 19 agosto 2024.

⁶³ G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013, pp. 15 ss.; P. CAROLI, *Transitional Justice in Italy and the Crimes of Fascism and Nazism*, London-New York, 2022, pp. 88 ss.

⁶⁴ M. BATTINI, *Peccati di memoria. La mancata Norimberga italiana*, Bari, 2003.

⁶⁵ M. BLOCK, *La repressione dei crimini di guerra attraverso la giurisdizione penale militare. Dimensione storica ed attuale: casistica e problemi probatori*, in *Rassegna della giustizia militare. Bimestrale di diritto e procedura penale militare*, 2018, pp. 1 ss.; G. CANZIO, *I crimini di guerra nazisti in Italia (1943-1945) nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Criminalia*, 2018, pp. 305 ss., al link <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Canzio-I-crimini-di-guerra-nazisti.pdf>, ultima consultazione 19 agosto 2024.

senso la scoperta, nel 1994, del c.d. armadio della vergogna, ove sin dagli anni '60 erano stati “provvisoriamente archiviati” circa 700 fascicoli di inchiesta e un registro generale con oltre 2.000 notizie di reato riguardanti crimini di guerra commessi in Italia dal 1943 al 1945, dunque durante l’occupazione nazifascista, compresi gli eccidi più tristemente noti, come quelli delle Fosse Ardeatine, di Sant’Anna di Stazzema, di Marzabotto⁶⁶.

Questo breve *excursus* sugli anni del secondo dopoguerra è utile a comprendere come mai, nel corso degli anni successivi, i processi per crimini internazionali in Italia siano stati piuttosto sporadici. Si segnalano alcune decisioni della magistratura militare, chiamata a giudicare episodi realizzati dalle forze armate italiane in territori stranieri, dove erano impegnate in operazioni di *peace keeping* e *peace enforcement*⁶⁷.

Più recentemente, la Corte di cassazione ha confermato la condanna all’ergastolo di quattordici ex militari sudamericani coinvolti, tra gli anni '70 e '80, nel c.d. *Plan Condor*, un accordo stipulato fra i governi di Cile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Perù, Brasile, avente ad oggetto lo scambio di informazioni riguardanti gli appartenenti ai movimenti di opposizione ai regimi dittatoriali che assunsero il potere nei Paesi del Cono sud dell’America Latina e, successivamente, volto a consentire sequestri, torture e omicidi di rivoluzionari, oppositori o sedicenti tali, con l’accordo del Paese ospitante e con garanzia di assoluta impunità⁶⁸.

L’interesse per la giustizia internazionale si è in parte riaperto – a livello soprattutto dottrinale – in conseguenza delle risoluzioni delle Nazioni Unite istitutive dei Tribunali *ad hoc*, cui seguiva l’approvazione a Roma, nel 1998, dello Statuto della Corte penale internazionale. Negli anni successivi venivano nominate diverse commissioni governative con il compito di adeguare l’ordinamento interno allo Statuto, ma senza successo.

Il legislatore interno si è limitato ad approvare la l. n. 237/2012, in tema di cooperazione giudiziaria, esecuzione dei provvedimenti e delitti a tutela delle istituzioni della Corte. Con tale legge si è garantita la collaborazione dell’Italia nell’ipotesi di arresto di un indagato o di un condannato, assicurandone il trasferimento davanti alla Corte, ma si è trascurato di intervenire dal punto di vista delle norme di diritto penale sostanziale, con riferimento agli artt. 5 ss. dello Statuto. Le disposizioni inerenti a nuovi reati concernono invece fattispecie collaterali rispetto agli obiettivi della giustizia penale internazionale, giacché rivolte ad estendere alcune ipotesi di reato contro la pubblica amministrazione e

⁶⁶ BLOCK, *La repressione dei crimini di guerra attraverso la giurisdizione penale militare*, cit., pp. 4 ss.

⁶⁷ S. MANACORDA (a cura di), *Missioni militari di peace keeping e cooperazione in materia penale*, Roma, 2004.

⁶⁸ E. FRONZA, *Il processo italiano al Plan Condor. Uno stress test superato dall’ordinamento italiano*, in *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, a cura di R. Acquaroli, E. Fronza e A. Gamberini, Roma, 2021, pp. 477 ss.

contro l'amministrazione della giustizia anche nel caso in cui siano perpetrate in danno della CPI⁶⁹.

Perdura, così, il silenzio del legislatore italiano in materia di crimini contro l'umanità e di aggressione, mentre la disciplina inerente alle altre due categorie dei crimini di guerra e del genocidio mostra un ritardo evidente rispetto ai più recenti sviluppi degli standard internazionali.

Per la verità, alcune voci si sono levate esprimendo dubbi sulla reale utilità di introdurre uno specifico *corpus* normativo dedicato ai crimini internazionali, in quanto le fattispecie già disciplinate all'interno del codice penale italiano sarebbero sufficienti ad attivare la giurisdizione dell'Italia⁷⁰.

Tale assunto sembra poter agevolmente essere smentito, anche soltanto procedendo a un rapido raffronto tra le ipotesi dettate agli artt. 6 ss. dello Statuto di Roma e le norme interne che verrebbero in rilievo, tanto con riferimento a quelle già disciplinate, come il genocidio e i crimini di guerra, quanto, soprattutto, per quelle che non sono espressamente previste dal legislatore italiano, ossia il crimine di aggressione e i crimini contro l'umanità⁷¹.

Le fattispecie attualmente previste dalla normativa italiana risultano obsolete, non aggiornate all'evoluzione del diritto penale internazionale: i crimini di guerra di cui alla legislazione penale militare non consentono di punire condotte frequentemente contestate dinanzi alla CPI, tra le quali figurano l'uso di scudi umani, l'arruolamento di "bambini soldato", la deportazione e il trasferimento forzato della popolazione⁷², senza contare che molti di questi reati sono subordinati alla formale dichiarazione dello stato di guerra, che stride con l'elemento contestuale del conflitto armato richiesto per i crimini internazionali di guerra, da intendersi in senso sostanziale⁷³.

Anche la legislazione relativa al genocidio si rivela incapace di attrarre nella propria orbita punitiva la fenomenologia di comportamenti riconducibile a tale crimine, per come emersi nella giurisprudenza internazionale nel corso degli anni. Non a caso, la proposta di articolato elaborata dalla Commissione Palazzo-Pocar si caratterizzava per introdurre significative innovazioni rispetto al quadro tradizionale, come dimostrano l'inedita attenzione prestata alla protezione del gruppo linguistico e la codificazione delle ipotesi di costrizione ad atti sessuali di

⁶⁹ F. LATTANZI, *Un piccolo passo sulla via dell'adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale*, in *Rivista diritto internazionale*, 2, 2013, pp. 492 ss.

⁷⁰ Di recente, A. CRUCIANI, *Il progetto per un codice di crimini internazionali alla lente dei principi di complementarità e ne bis in idem dello Statuto della CPI*, in *Questione giustizia web*, 2 marzo 2023, consultabile al link <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-progetto-per-un-codice-di-crimini-internazionali-alla-lente-dei-principi-di-complementarita-e-ne-bis-in-idem-dello-statuto-della-cpi>, ultima consultazione 19 agosto 2024.

⁷¹ Cfr. FRONZA, MELONI, *The Draft Italian Code of International Crimes*, cit., pp. 1027 ss.

⁷² Lo nota, da ultimo, VALLINI, *Il codice a pezzi*, cit. p. 99.

⁷³ Sul punto, v. *Relazione di accompagnamento al progetto di Codice dei crimini internazionali*, cit., p. 27.

appartenenti ad un gruppo protetto nonché, in un autonomo articolo, di genocidio culturale⁷⁴.

Riguardo ai crimini di aggressione, è noto come la legislazione interna non ne faccia menzione alcuna – tant’è che anche coloro che ritengono superfluo introdurre un codice dei crimini internazionali evidenziano come tale categoria “resterebbe fuori”⁷⁵ – per cui un’apposita disciplina è necessaria.

Invece, per i crimini contro l’umanità deve rilevarsi in primo luogo come la contestazione di fattispecie “ordinarie” non possa dar conto dell’elemento di contesto – in base al quale il reato deve essere realizzato nell’ambito di un attacco esteso e sistematico contro popolazioni civili – da cui si ricava la dimensione sistemica e la magnitudo massiva, in termini di offensività, del crimine internazionale.

Ancora, è evidente che talune condotte, quali deportazione, trasferimento forzato di popolazione, sterminio, persecuzione, sparizione forzata e *apartheid* non sembrano poter essere sussunte agevolmente entro fattispecie previste del codice penale; analogamente, condotte in astratto riconducibili a norme codicistiche rivelano, a un più attento esame, un evidente disallineamento, sia dal punto di vista contenutistico – si pensi al caso della tortura – sia dal punto di vista dell’apparato sanzionatorio⁷⁶. A questo riguardo, è agevole verificare le diverse cornici edittali previste dalla proposta elaborata dalla Commissione Palazzo-Pocar rispetto a quelle attualmente in vigore per i corrispondenti reati ordinari⁷⁷.

La scelta di fare affidamento sullo strumentario dettato dal codice penale si pone in contrasto, altresì, con la prospettiva di una gestione sistematica della punizione dei crimini internazionali: in assenza di un codice dei crimini internazionali, la magistratura inquirente italiana sconta grosse difficoltà nella raccolta delle prove in territorio straniero. Si tratta di un elemento che in alcuni ordinamenti stranieri ha condotto all’istituzione, presso gli uffici giudiziari, di sezioni specializzate nella gestione dei procedimenti per crimini internazionali, in

⁷⁴ Ivi, pp. 22-23.

⁷⁵ Così, quasi testualmente, CRUCIANI, *Il progetto per un codice di crimini internazionali alla lente dei principi di complementarità e ne bis in idem dello Statuto della CPI*, cit.

⁷⁶ Di recente, v. anche M. CRIPPA, *L’approvazione di un codice dei crimini internazionali “dimezzato”. Le ragioni di un (dis)atteso intervento normativo*, in *Questione giustizia web*, 21 marzo 2023, al link [crippa-m-l-approvazione-di-un-codice-dei-crimini-internazionali-dimezzato-le-ragioni-di-un-dis-atteso-intervento-normativo.pdf](https://www.questionegiustizia.it/questione/2023/03/21/le-ragioni-di-un-dis-atteso-intervento-normativo/) (questionegiustizia.it), ultima consultazione 19 agosto 2024.

⁷⁷ *Relazione di accompagnamento al progetto di Codice dei crimini internazionali*, 31 maggio 2022, pp. 23-26, disponibile al link [giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_PALAZZO_POCAR_relazione_finale_31mag22.pdf](https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_PALAZZO_POCAR_relazione_finale_31mag22.pdf), ultima consultazione 19 agosto 2024. Sul c.d. imbarazzo del penalista, ossia sulle difficoltà di ragionare in termini di proporzionalità e umanità della pena nel momento in cui si confronta con il compito di individuare le cornici edittali per reati gravissimi come i crimini internazionali, proprio con riferimento ai lavori dei membri della Commissione Palazzo-Pocar e con specifico riguardo alla codificazione di crimini contro l’umanità, da punire diversamente rispetto ai corrispettivi reati comuni previsti dalla legislazione nazionale, di recente, E. FRONZA, *Giudicare e punire i crimini contro l’umanità: quale misura per l’incommensurabile*, in *La legislazione penale*, 28 maggio 2024, pp. 9-10, al link <https://www.la-legislazione-penale.eu/giudicare-e-punire-i-crimini-contro-l-umanita-quale-misura-per-l-incommensurabile-emanuela-fronza/>, ultima consultazione 19 agosto 2024.

ragione della complessità delle indagini e della frequente necessità di attivare strumenti di cooperazione giudiziaria di carattere transnazionale, a seguito delle denunce presentate da coloro che hanno subito, nei paesi di origine, tali crimini, e che una volta rifugiatisi all'estero chiedono allo Stato che li accoglie di attivare la giurisdizione universale in senso repressivo⁷⁸.

In tal senso nota è la vicenda che ha recato la Corte di Assise di Milano ad emanare una sentenza di condanna alla pena dell'ergastolo con tre anni di isolamento diurno nei confronti di un cittadino somalo per i reati di sequestro di persona a scopo d'estorsione aggravato dalla morte di alcuni sequestrati e violenza sessuale commessi nei campi di prigionia libici, nonché di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina – sentenza poi confermata sia in appello sia dalla Corte di cassazione⁷⁹. La condanna era basata sulle dichiarazioni rese dalle persone offese, che avevano riconosciuto l'autore dei reati all'interno di un centro di accoglienza nel milanese: una circostanza analoga a quanto accaduto in casi successivi, risolti in modo simile⁸⁰. Ebbene, nello squarciare il velo sulle condizioni a cui sono sottoposte le persone migranti nel corso dei loro viaggi dall'Africa all'Italia, tali procedimenti pongono in risalto, in maniera drammatica, la mancanza di strumenti adatti a perseguire condotte che potrebbero configurare crimini contro l'umanità, realizzati peraltro in uno scenario di collaborazione istituzionale tra l'Italia e le autorità libiche⁸¹.

Infine, affiora in questo quadro il tema del riparto di giurisdizione, nel senso che a parere di molti la razionalizzazione delle fattispecie di crimini internazionali in un apposito codice consentirebbe di compiere una scelta sui criteri di riparto tra la giurisdizione ordinaria e militare, tenuto conto dell'assetto attuale, in base al quale la seconda si occupa di tutte le ipotesi in cui è coinvolto personale militare.

⁷⁸ Lo segnalano, tra gli altri, M. LANGER, M. EASON, *The Quiet Expansion of Universal Jurisdiction*, in *The European Journal of International Law*, 2019, 3, pp. 779 ss.

⁷⁹ Corte d'assise di Milano, 10 ottobre 2017, con commento di S. BERNARDI, *Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 4, pp. 207 ss., link <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5976-una-condanna-della-corte-d-assise-di-milano-svela-gli-orreri-dei-centri-di-raccolta-e-transito-dei>, ultima consultazione 19 agosto 2024; Corte d'assise di appello di Milano, 20 marzo 2019, con nota di G. MENTASTI, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2021, 1, pp. 2015 ss.; Cass. pen., Sez. I, 31 marzo 2023, n. 8861.

⁸⁰ Corte d'assise di Agrigento, sent. 12 giugno 2018, disponibile in www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/libia-schiavitù-agrigento/, ultima consultazione 19 agosto 2024.

⁸¹ V. al riguardo il *Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya*, richiesto dall'*United Nations Human Rights Council* e pubblicato il 3 marzo 2023, al link <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/libya/index>, ultima consultazione 19 agosto 2024, ove si statuisce, tra le altre cose, che «*the Mission has found reasonable grounds to believe that since 2016 crimes against humanity have been committed against Libyans and migrants throughout Libya in the context of deprivation of liberty. Notably, the Mission documented and made findings on numerous cases of, inter alia, arbitrary detention, murder, torture, rape, enslavement and enforced disappearance, confirming their widespread practice in Libya*». Inoltre, il report evidenzia che tali crimini «*were committed against migrants in places of detention under the actual or nominal control of Libya's Directorate for Combating Illegal Migration, the Libyan Coast Guard and the Stability Support Apparatus. These entities received technical, logistical and monetary support from the European Union and its member States for, inter alia, the interception and return of migrants*».

Argomenti inerenti al principio di unitarietà della giurisdizione sui crimini internazionali, che dovrebbe radicarsi non già in ragione dello *status* dei loro presunti autori ma sulla base degli elementi caratterizzanti tali reati, ossia l'elemento di contesto e il disvalore dell'evento, inclinano verso l'attribuzione al giudice ordinario della giurisdizione su tutti i crimini internazionali⁸².

Da quanto sin qui brevemente ricostruito risulta dunque che, allo stato attuale, l'Italia non sembra poter attivare in maniera sempre soddisfacente la giurisdizione domestica, aprendo il campo all'intervento sussidiario della CPI, così come stabilito dall'art. 17 dello Statuto di Roma, ove si prevede, appunto, che la Corte possa esercitare la propria giurisdizione quando gli Stati siano manchevoli o non vogliano intervenire per giudicare in modo serio ed effettivo, anche qualora si tratti di casi che coinvolgano, come vittime o autori dei crimini, cittadini di quello Stato, o riguardino fatti realizzati nel territorio di tale Stato⁸³. Quello dell'adeguamento costituisce quindi un onere e, secondo taluni, un vero e proprio obbligo, se si guarda al reticolo di convenzioni universali cui ha aderito negli anni l'Italia e all'evoluzione del diritto internazionale consuetudinario⁸⁴.

Ecco, dunque, che il progetto di codice dei crimini internazionali elaborato dalla commissione nominata dalla Ministra Cartabia e poi ripreso (e in parte modificato) dal gruppo di lavoro istituito dal Ministro Nordio costituiva una formidabile occasione per appianare finalmente il ritardo dell'ordinamento italiano. La sua successiva mortificazione, nell'ambito di un Consiglio dei Ministri ove si è annunciato che soltanto la parte generale del progetto e quella relativa ai crimini di guerra e di aggressione confluiranno in un prossimo disegno di legge (ad oggi neppure noto), ha nuovamente cristallizzato uno scenario sostanzialmente fermo al secondo dopoguerra, in un contesto, tuttavia, profondamente cambiato, e rispetto al quale l'Italia si pone – lo si è visto – in gravissimo ritardo⁸⁵.

In un tale scenario, l'apertura alla firma, dal gennaio 2024, della Convenzione di Lubiana-L'Aia, diretta al rafforzamento della cooperazione giudiziaria per la repressione dei crimini internazionali, rischia di acuire

⁸² Si tratta, come noto, di una questione che ha visto una spaccatura all'interno della Commissione Palazzo-Pocar, conducendo all'elaborazione di tre diverse possibili soluzioni in tema di riparto di giurisdizione: oltre a quella appena descritta, si propone una soluzione opposta, che conserva la giurisdizione militare per i crimini previsti dal Codice quando siano commessi da militari in ragione del loro *status*, e una soluzione mediana, in base alla quale la giurisdizione per i crimini internazionali previsti dal Codice è attribuita al giudice ordinario, laddove, per i crimini di guerra commessi da militari italiani sussiste la giurisdizione militare. Più approfonditamente, v. *Relazione di accompagnamento al progetto di Codice dei crimini internazionali*, cit., pp. 10-13.

⁸³ E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., pp. 27 ss.

⁸⁴ Sul punto cfr. *Relazione di accompagnamento al progetto di Codice dei crimini internazionali*, cit., pp. 2-3. VALLINI, *Il codice a pezzi*, cit. pp. 95-96, evidenzia come lo Statuto di Roma, «pur non esplicitamente prevedendo doveri di recepimento dei propri contenuti negli ordinamenti nazionali, senz'altro si attende che gli stati si muniscano degli strumenti di diritto penale sostanziale e processuale necessari per occuparsi adeguatamente, e in prima istanza, dei crimini internazionali».

⁸⁵ MANACORDA, *Codificare i crimini internazionali?*, cit., pp. 779 ss.; VALLINI, *Il codice a pezzi*, cit., pp. 93 ss.

ulteriormente le criticità della posizione dell'Italia nello scenario internazionale. Tale Convenzione si propone, infatti, di rafforzare il ruolo dei singoli Stati nel perseguire i crimini internazionali definiti sulla base del modello offerto dallo Statuto di Roma, accentuando il passaggio da un sistema accentrato ad uno diffuso e orizzontale, ove la giustizia internazionale è esercitata in primo luogo dai singoli Stati. In tal senso, nella Convenzione si stabilisce espressamente, a differenza che nello Statuto di Roma, il principio della giurisdizione universale per i crimini internazionali, elemento che già si rinviene in altri ordinamenti⁸⁶. Ciò richiederà agli Stati che aderiranno alla Convenzione di dotarsi, qualora non l'abbiano già fatto, di una legislazione che punisca, in maniera uniforme a quanto previsto dallo Statuto, i *core crimes*⁸⁷. Il mancato rispetto di tale impegno avrebbe l'effetto di impedire all'Italia di dare attuazione agli obblighi di cooperazione internazionale previsti dalla Convenzione stessa, ponendo l'Italia ai margini, se non proprio al di fuori, del sistema di giustizia penale internazionale. Anche da questo punto di vista, l'introduzione nell'ordinamento interno di una legislazione che disciplini i crimini internazionali conformemente allo Statuto di Roma e alle più recenti evoluzioni della giurisprudenza internazionale non sembra ulteriormente demandabile.

⁸⁶ Sul tema, tra i tanti, M. LANGER, *Universal Jurisdiction is Not Disappearing. The Shift from 'Global Enforcer' to 'No Safe Haven' Universal Jurisdiction*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2015, 13 pp. 245 ss.; ID., EASON, *The Quiet Expansion of Universal Jurisdiction*, cit., pp. 779 ss.; H.R. GILCHRIST, *No Hiding from Justice: Universal Jurisdiction in Domestic Courts*, in *Texas International Law Journal*, 2022, 2, pp. 215 ss.

⁸⁷ F. PALAZZO, *Crimini internazionali e giurisdizione interna*, in *Diritto penale e processo*, 2024, 2, pp. 153 ss.

CONSIDERAZIONI SPARSE SULLA TUTELA TRANSFRONTALIERA DEL CONSUMATORE NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO

LUIGI DE PROPRI*

L'autore si interroga circa la compatibilità dei principi affermati dalla sentenza delle sezioni unite 9479/2023 in materia di tutela del consumatore in caso di decreto ingiuntivo non opposto con la legislazione e la giurisprudenza dell'ordinamento europeo. In tale contesto, dopo aver tentato un coordinamento con la disciplina del titolo esecutivo europeo e dell'ordine di pagamento europeo, l'autore rinviene un profilo di inconciliabilità nella giurisprudenza della corte di giustizia, che in relazione all'interpretazione del reg. 1215/2012 qualifica la tutela del consumatore come questione di ordine pubblico. Se la sede per far valere quest'ultima è l'opposizione all'esecuzione, ne discenderebbe una evidente lesione del principio di equivalenza tra tutela del consumatore transfrontaliero e interno (e correlativamente tra professionista estero e interno), rinviato quest'ultimo per la sua tutela alla più scomoda sede dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo.

The author questions the compatibility with the european legislation and case law of the principles affirmed by Italian Corte di cassazione in decision 9479/2023 concerning consumer protection against an injunction of payment. In this context, after attempting a coordination with the discipline of the european enforcement order and the european payment order, the author finds a profile of irreconcilability in the jurisprudence of the court of justice, which in relation to the interpretation of reg. 1215/2012 qualifies consumer protection as a matter of public policy. If the forum for asserting the latter is the opposition to execution, this would result in a clear violation of the principle of equivalence between the protection of the cross-border and domestic consumer (and correlatively between the foreign and domestic professional), the latter being referred for his protection to the more inconvenient forum of the late opposition to an injunction.

SOMMARIO: 1. La vicenda: le sentenze della Corte di Giustizia e della Corte di cassazione. – 2. Una (prevedibile) tappa nel (l'inarrestabile) percorso di integrazione europea. – 3. Confronto comparatistico e necessità di ricollocare il tema della tutela del consumatore in una prospettiva europea. – 4. La direzione di ricerca: il regime di circolazione nello spazio europeo di una ingiunzione a valle del mancato rilievo della nullità di protezione. – 5.

* Ricercatore di diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, © 2024 L. De Propri. This is an open access article, 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://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

Ordine di pagamento e titolo esecutivo europeo: il consumatore è rinviato per la sua tutela al paese di origine del provvedimento. – 6. (segue)... la circolazione dei provvedimenti monitori nazionali ai sensi del regolamento 1215/2012. – 7. La tutela del consumatore come questione di ordine pubblico. – 8. (segue)... e le sue conseguenze in punto di circolazione dei provvedimenti nello spazio giuridico europeo. – 9. Riepilogo e conclusioni.

1. *La vicenda: le sentenze della Corte di Giustizia e della Corte di cassazione.* - La vicenda che di recente ha attratto su di sé l'attenzione della dottrina italiana è fin troppo nota per pretendere di riferirla da nuove angolature ad un pubblico forse anche saturo del dibattito che ne è seguito.

In breve ed estrema sintesi, la vicenda origina dalla statuizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 17 maggio 2022 secondo la quale la tutela del consumatore posta dalla direttiva 93/13 osta «a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa – per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità - successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole» in riferimento alla disciplina di tutela del consumatore¹.

Dunque, qualora dal decreto ingiuntivo non risulti traccia alcuna di un'indagine svolta dal giudice della fase monitoria circa la sussistenza di eventuali nullità di protezione nel contratto fatto valere dal professionista contro il consumatore, ancorché quest'ultimo non abbia proposto opposizione a decreto ingiuntivo, l'esistenza di clausole abusive può essere rilevata d'ufficio dal giudice dell'esecuzione, non ostandovi sul punto né giudicato implicito, né preclusione di altra natura.

¹ Si riportano i punti 65 e 66 della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 17 maggio 2022, nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19: «una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo della clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali. Ne consegue che, in un caso del genere, l'esigenza di tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione».

Posto che la Corte di Giustizia² si era limitata ad imporre la necessità che il giudice dell'esecuzione potesse “controllare”, per la prima volta, il carattere abusivo delle clausole contrattuali alla luce della direttiva 93/13, restava affidato alla giurisprudenza l'onere di indicare come la successiva “tutela” del consumatore – vale a dire la disapplicazione delle clausole abusive ed, eventualmente, l'annullamento del decreto ingiuntivo – potesse essere impartita.

A tale onere non si è voluta sottrarre la Corte di Cassazione, la quale con la sentenza delle Sezioni Unite, 6 aprile 2023, n. 9479³ ha “dato seguito” all'arresto della Corte di Giustizia, prendendo fra l'altro posizione in riferimento alle diverse soluzioni ermeneutiche che in dottrina erano state *medio tempore* avanzate⁴.

In prima battuta, veniva escluso che lo strumento di tutela per il consumatore potesse essere individuato in un'ordinaria azione di accertamento (c.d. *actio nullitatis*)⁵: in primo luogo, in quanto priva di un termine per la sua proposizione; in secondo luogo, perché nel suo ambito sarebbe necessario

² La sentenza della Corte di Giustizia può essere reperita in *Rivista di diritto processuale*, 2023, p. 291 e ss., con nota di A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore la lettura della Corte di Giustizia*; in *Giurisprudenza italiana*, 2022, p. 2113 e ss., con nota di S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore la certezza arretra di fronte all'effettività*, e con osservazioni di M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*; sulla pronuncia della Corte di Giustizia, si veda inoltre senza pretesa di completezza C. RASIA, *Giudicato tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2023, pp. 63 ss.; A.M. SOLDI, B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in www.judicium.it, 10 febbraio 2023; E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell'Unione europea*, in www.questionegiustizia.it, 17 gennaio 2023.

³ Sulla sentenza, senza pretese di completezza, si vedano R. PARDOLESI, B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza eurounitaria e sezioni unite meta-realtà e diritto a metà*, in *Foro Italiano*, 2023, c. 1489; C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria, ricarburata e residualmente opposizione tardiva consumeristica rimaneggiata*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, pp. 1054 ss., spec. p. 1055-1056; P. FARINA, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di Giustizia creando un nuovo istituto. L'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l'effettività della tutela consumeristica*, in *Foro italiano*, 2023, c. 1474; M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione una proposta alternativa*, in www.judicium.it, 1 agosto 2023; A. CARRATTA, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, 2023, pp. 357 ss.; A. CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale civile*, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, 2023, pp. 384 ss.; M. CIRULLI, *La tutela del consumatore ed il vaso di pandora*, in www.judicium.it, 1 giugno 2023; L. BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, in *Nuova Giurisprudenza Commentata*, 2023, pp. 946 ss.; S. CAPORUSSO, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2023, pp. 1228 ss.; da ultimo, si veda il *Dibattito a più voci su decreto ingiuntivo, processo esecutivo e tutela del consumatore dopo Cass. s.u. 6 aprile 2023, n. 9479*, in *Rassegna dell'Esecuzione Forzata*, 2023, pp. 894 ss., con contributi di Giussani, Sassani, Tiscini, Latini Vaccarella, Febbi, Capponi e Vigorito.

⁴ Una succinta panoramica delle diverse opzioni era stata compiuta da SOLDI e CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, cit.; nonché da R. ROSSI, *Clausole abusive e decreto ingiuntivo non opposto: il consumatore alla ricerca del rimedio effettivo*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea. Riflessioni trasversali e transfrontaliere su titolo esecutivo e giudicato*, Atti del convegno, Foggia, 28 settembre 2022, a cura di D. Longo, Bari, 2023, pp. 289 ss.

⁵ Questa è la tesi sostenuta nella sua requisitoria dal pubblico ministero nel procedimento conclusosi con la rimessione alle Sezioni Unite.

disporre comunque di un strumento come il provvedimento di urgenza per inibire l'efficacia esecutiva o l'esecuzione iniziata contro il consumatore sulla base del decreto ingiuntivo diventato nel frattempo esecutivo *ex art. 647 c.p.c.*; in ultimo, per la sua origine pretoria e il suo carattere di *extrema ratio*, che mal si conciliava con la necessità di assicurare una tutela "istituzionale" al consumatore.

Del pari, veniva esclusa la possibilità che la tutela del consumatore fosse affidata direttamente al giudice dell'esecuzione (non solo nel senso che a questi spetterebbe il rilievo, ma anche) nel senso che questi sarebbe tenuto a chiudere la procedura esecutiva nel caso in cui ritenga la sussistenza di una nullità di protezione⁶. Soluzione, questa, scartata in quanto non permetterebbe una tutela effettiva al consumatore, il quale – in assenza di un accertamento pieno a sé favorevole – resterebbe esposto alla reiterazione di una possibile aggressione esecutiva da parte del creditore, con il rischio di una possibile valutazione divergente da parte del secondo giudice dell'esecuzione.

In ultimo, anche l'idea di individuare nell'opposizione all'esecuzione la sede migliore per l'accertamento della sussistenza della nullità di protezione veniva scartata sulla base del rilievo per cui, oltre a difettare di un termine perché venga fatta valere, vi osterebbe il principio per cui, con essa, non possono farsi valere fatti impeditivi anteriori alla formazione del titolo esecutivo qualora questo abbia natura giudiziale.

Al contrario, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione – in un eroico tentativo di conciliare quanto più possibile il dispositivo della decisione della Corte di Giustizia con i principi generali del processo civile italiano – hanno stabilito che la sede in cui il consumatore può trovare tutela è *solo* quella dell'opposizione tardiva al decreto ingiuntivo. Ne consegue che il consumatore sarebbe tenuto a proporre opposizione ai sensi dell'art. 650 c.p.c. avanti l'ufficio giudiziario che ha emesso il decreto, di propria iniziativa ovvero a tal fine sollecitato dal giudice dell'esecuzione; ed anche l'eventuale opposizione all'esecuzione fatta valere *medio tempore* dal consumatore per il medesimo motivo dovrebbe convertirsi e trasmigrare per *translatio iudicii* al foro competente ai sensi dell'art. 645 c.p.c.

Si tratterebbe – secondo la Suprema Corte – della soluzione più rispettosa del principio di autonomia processuale e, in particolare, della necessità (particolarmente sentita dal legislatore italiano del codice di procedura civile) di

⁶ Per questa soluzione, in particolare, v. BOVE, *La tutela del consumatore*, cit., p. 9 ss.; nello stesso senso E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, in www.judicium.it, 2 novembre 2022.

tenere strenuamente separata la cognizione dall'esecuzione⁷, dando contestualmente piena attuazione al disposto dell'art. 161 c.p.c.

2. *Una (prevedibile) tappa nel (l'inarrestabile) percorso di integrazione europea.*

- La mole e i toni dei commenti che sono seguiti alle riferite pronunce⁸ porterebbero a far pensare che la vicenda sia giunta come un fulmine a ciel sereno, sconvolgendo un quadro di principi e di tutele altrimenti pacifico, che riposava indisturbato protetto da una lunga ed autorevole tradizione.

In realtà, se solo si ripercorrono a ritroso con la mente i numerosi episodi di "tensione" tra il diritto nazionale (in particolare quello processuale) e il diritto europeo negli ultimi decenni, non si tarderà a rendersi conto come la vicenda non può considerarsi una assoluta novità.

Così, ad esempio, già quindici anni or sono ci si interrogava intorno all'esistenza di un «diritto processuale "speciale" dei consumatori»⁹, ritenendo che la domanda fosse – se non impropria, quantomeno già allora – retorica, vista la «ovvia constatazione che ciascun intervento legislativo in materia di tutela del consumatore contiene qualche disposizione di natura processuale, ma sicuramente inidonea a formare un sistema coerente». A quindici anni di distanza quella constatazione si rivela profondamente esatta, non solo in riferimento all'esistenza di un diritto processuale "speciale" dei consumatori¹⁰, ma anche per quel che concerne – sembrerebbe – la mancanza di coerenza di sistema.

Sotto altro profilo, la recente vicenda ha portato a rievocare il dibattito sulla legittimità di una tutela differenziata, equiparando di fatto la tutela del

⁷ Rapporti – quelli tra cognizione ed esecuzione – che sono invero pensati come radicalmente contrapposti e tra di loro escludenti, nelle pieghe del codice di rito. Sul punto, basti in proposito ricordare il celebre passaggio (n. 31) della Relazione al Re al c.p.c., dove si legge come «tutto il processo esecutivo [...] era dominato dalle forme, e perfino dalla terminologia, del processo di cognizione: le garanzie del contraddittorio e della collegialità, che sono preziose e insopprimibili quando si tratta di decidere, si trovavano impiegate fuori di luogo nel processo di cognizione, dove non si tratta più di decidere ma di operare in conformità a un titolo già di per sé esecutivo. Questo spreco di forme contenziose in un processo in cui non sussiste contesa derivava dalla mancanza di chiara distinzione teorica tra i due momenti, cognizione ed esecuzione in cui si scinde la funzione giurisdizionale, e dalla assoluta prevalenza che nella considerazione degli studiosi aveva avuto nel secolo passato al processo di cognizione. La rinnovata attenzione che la più recente dottrina ha portato sul processo esecutivo ha dato anche qui i suoi frutti, in quanto il nuovo Codice, mettendosi sulla via tracciata dagli studi, ha potuto liberare la esecuzione di tutte le ingombranti sovrastrutture imitate dal procedimento contenzioso, e distinguere nettamente il procedimento esecutivo dalle fasi di cognizione che eccezionalmente possono incidere nel suo corso. [...] riservate le forme del processo di cognizione a quei soli casi in cui l'opposizione rende veramente necessaria una decisione con tutte le garanzie formali ad essa inerenti, il restante procedimento esecutivo è stato sveltito e purificato dai residui delle forme contenziose, dandosi forma di semplice ricorso alla domanda di autorizzazione a vendita che prima si proponeva con citazione, e forma di ordinanza o di decreto a quei provvedimenti esecutivi che prima venivano rivestiti con le inutili solennità della sentenza di autorizzazione a vendere, o della sentenza di aggiudicazione».

⁸ Si vedano le note precedenti.

⁹ In questo senso, si veda V. ZENO ZENCOVICH, M.C. PAGLIETTI, *Verso un "diritto processuale dei consumatori"?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 5, pp. 216 ss. e pp. 251 ss.

¹⁰ Nella misura in cui non si ritenga di dover estendere la speciale disciplina anche ad altri soggetti o fattispecie egualmente bisognosi della stessa tutela.

consumatore a quella del lavoratore¹¹, particolarmente discussa in occasione dell'introduzione del rito del lavoro ad opera della legge 11 agosto 1973, n. 533¹².

Ancora, è da oramai lungo tempo che si assiste a pronunce dei giudici di Lussemburgo che, consapevolmente o meno, giungono quantomeno a intaccare l'autorità di giudicato di un provvedimento nazionale, pur affermando in alcune ipotesi di volerla formalmente preservare¹³.

Peraltro, restando sul tema del giudicato, già nota era l'avversione della Corte di Giustizia per qualunque fenomeno di giudicato implicito, su punti di fatto e di diritto che non fossero stati discussi in causa ed espressamente decisi¹⁴. Costatazione che, tuttavia, non può che entrare in apparente contraddizione con

¹¹ Anche su tale punto, l'ancoraggio tra disciplina consumeristica e tutela differenziata è risalente: già lo tematizzavano ZENO ZENCOVICH e PAGLIETTI, *Verso un "diritto processuale dei consumatori"?*, cit., pp. 216 ss., per i quali «la frantumazione dell'unitarietà del sistema, nel senso della proliferazione degli statuti soggettivi nel diritto sostanziale e dei riti nel diritto processuale si riannoda, per un verso, a cause classiche, che ripropongono dinamiche storicamente già note al giurista. Il tema, cioè, del rifiuto della neutralità formale e dell'uscita dall'egualitarismo a tutti i costi è stato già oggetto di intense riflessioni da parte dei giuristi più problematici che, a partire dagli anni '70, hanno acquisito consapevolezza dell'esistenza di una parte strutturalmente svantaggiata – sia nel processo che nel rapporto contrattuale – e meritevole di interventi che riequilibrassero l'iniziale asimmetria. Le normative di accoglimento di quelle istanze non necessariamente approntavano interventi congiunti sul piano giurisdizionale e su quello sostanziale (come esempio più eloquente v. il diritto del lavoro, in cui i provvedimenti sostanziali – l. 20.5.1970, n. 300, c.d. Statuto dei lavoratori – precedono di alcuni anni quelli processuali – il rito del lavoro viene introdotto dalla l. 11.8.1973, n. 533)».

¹² Sulla tutela differenziata per il lavoratore, si vedano in particolare A. PROTO PISANI, *Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, pp. 211 ss.; ID., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Rivista di diritto processuale*, 1979, pp. 536-591; nonché M. CAPPELLETTI, *Giustizia e Società*, Milano, 1972, p. 287 ss., spec. p. 299 ss.; F. CARPI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, p. 237 ss.; S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, pp. 752 ss.; V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1975, pp. 577-619, spec. pp. 578-582; L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutele differenziate" nei processi civili*, in *Rivista di diritto processuale*, 1979, pp. 592-603. G. COSTANTINO, *Il giusto processo*, in *Il fallimento*, 2002, pp. 244 ss., spec. p. 250: «il risalente dibattito sulla tutela differenziata ha contribuito ad acquisire definitiva consapevolezza che il diritto processuale, quale complesso delle regole della tutela giudiziale, è fisiologicamente un diritto diseguale; la tutela differenziata non è una eccezione ovvero una deviazione dai principi, ma la conseguenza fisiologica della funzione strumentale del processo: questo non può non atteggiarsi in forme diverse a seconda dei diritti che si vogliono tutelare; alla diversità delle situazioni sostanziali tutelate deve – ovvero non può non – corrispondere la diversità delle forme di tutela, appunto in considerazione della funzione strumentale di quest'ultima. La nozione di principio di eguaglianza e, quindi, di "parità delle armi", alla quale fare riferimento per una corretta valutazione degli strumenti di tutela giudiziale, è quella di uguaglianza sostanziale, ai sensi dell'art. 3, secondo comma, Cost., piuttosto che quella di uguaglianza formale, ai sensi del primo capoverso della medesima disposizione».

¹³ Può ricordarsi per prima la sentenza della CGCE, 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, seguita da numerose altre: in particolare, si ricordano la sentenza CGCE, 16 maggio 2006, *Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, C-234/04; CGCE, 18 luglio 2007, *Ministero dell'industria e dell'artigianato c. Lucchini spa*, C-119/05; sentenza CGCE, 12 febbraio 2008, *Willy Kempter KG*, C-2/06; CGCE, 13 maggio 2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening*, C-383/06; CGCE, 3 settembre 2009, *Amministrazione dell'economia e delle finanze e Agenzia delle entrate c. Fallimento Olimpiclub srl*, C-2/08; fino ad arrivare alla sentenza CGCE, 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, che ha legato indissolubilmente il tema alla tutela del consumatore: cfr. sul punto R. CONTI, *C'era una volta il... giudicato – il commento*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 170 ss.

¹⁴ Sul punto, si veda in particolare C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2023, pp. 63 ss., in part. p. 65.

l'abitudine della Corte di Giustizia a ricostruire in modo particolarmente ampio l'ambito oggettivo¹⁵ e soggettivo¹⁶ dell'oggetto del giudizio ai fini dell'applicazione della litispendenza europea, istituto che – come noto – costituisce una tutela anticipata rispetto a possibili contrasti di giudicati. Ciò che, giustamente, ha fatto temere che la Corte di Giustizia europea si fosse messa sulla strada di elaborare una autonoma nozione di oggetto del processo e – dunque – di giudicato, con una peculiare intensità (mai implicita), ma con una ampiezza oggettiva e soggettiva “estesa”¹⁷.

A ben vedere, nonostante la preannunciata “marcia” dei giudici di Lussemburgo, sembra potersi ritenere che il motivo del clamore (in parte senz'altro meritato) destato nella nostra letteratura dalle recenti vicende giudiziarie sia da attribuire alla circostanza di essere intervenuta su un punto dolente su cui, da tempo, si mostravano nel nostro ordinamento segni di cedimento.

Basti in questa sede segnalare – in tema di instabilità – la questione tuttora irrisolta dei poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione (e dunque dei rapporti tra cognizione ed esecuzione); la questione del potere di rilievo officioso delle nullità – anche di diritto comune, *ex art. 1421 c.c.* – da parte del giudice, solo di recente assestata sulla posizione adottata dalle sentenze gemelle; nonché, da ultimo, la questione atavica dell'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto.

Da tutto ciò, sembra doversi ricavare come la recente vicenda non possa ritenersi proprio un fulmine a ciel sereno, ma i suoi presupposti andavano sedimentandosi già da diverso tempo e sono semplicemente, da ultimo, emersi in occasione della riferita vicenda processuale, la quale ha avuto la sorte di intervenire su alcune questioni processuali che, nei singoli ordinamenti nazionali, presentavano (già di per sé) aspetti problematici ed esibivano potenziali profili di incompatibilità con l'ordinamento europeo.

¹⁵ È ben noto che la Corte di Giustizia europea, da diverso tempo, è andata elaborando nell'ambito della disciplina della litispendenza europea una nozione di “medesima causa” assai ampia. Ciò è avvenuto, in primo luogo, in riferimento ai limiti oggettivi della litispendenza, laddove sono state ritenute appartenere alla “stessa causa” controversie che, secondo le categorie interne, si collocherebbero in rapporto di pregiudizialità logica.

¹⁶ Lo stesso fenomeno è stato registrato in riferimento ai limiti soggettivi della litispendenza europea, laddove la Corte di giustizia ha ammesso l'operare della norma sulla litispendenza allora comunitaria anche in processi tra parti parzialmente differenti, purché queste siano portatrici di “interessi identici e inscindibili”. In tal caso, fra l'altro, la Corte di Giustizia sembrerebbe aver compiuto un passaggio ulteriore, in quanto i limiti soggettivi della litispendenza europea sono stati estesi a situazioni sostanziali che si collocano in quello che tradizionalmente è considerato un rapporto di pregiudizialità tecnica.

¹⁷ Tale timore è stato avanzato da J. ADOLPHSEN, *Zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 21 EuGVU trotz fehlender Parteidentität*, in *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 1998, pp. 246 ss., in part., p. 251; nonché S. OTTO, *Die subjektive Grenzen der Rechthängigkeitssperre in deutschen und europäischen Zivilprozessrecht*, Berlin, 2007, p. 220, in occasione della sentenza della Corte di Giustizia CGCE, 19 maggio 1998, *Drouot assurances SA*, C-351/96, per quanto concerne i limiti soggettivi del giudicato. La conclusione sul punto, su cui sembra necessario convenire, è che «dalla giurisprudenza europea non emerge che la Corte abbia maturato un'analisi teorica sul giudicato, ma piuttosto che si punti ad applicare sul piano pratico il principio c.d. dell'effetto utile del diritto europeo: il che rende alquanto difficile anche prevedere o razionalizzare futuri orientamenti del Kirchberg»; in questo senso RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore*, cit., p. 65.

3. *Confronto comparatistico e necessità di ricollocare il tema della tutela del consumatore in una prospettiva europea.* - La conclusione da ultimo raggiunta sembra poi suffragata dal panorama comparatistico, se solo si prendono ad esempio altri ordinamenti europei non troppo lontani da quello italiano che hanno riscontrato problemi a coordinare i rispettivi procedimenti monitori ed esecutivi con la disciplina sostanziale dettata in materia consumeristica.

In Spagna, per esempio, la necessità di adeguare il diritto processuale interno alle direttive europee aventi ad oggetto la tutela del consumatore è particolarmente sentita da diversi anni, ad iniziare dalla sentenza Banco Español de Crédito del 14 giugno del 2012, C-618/10, nonché dalla sentenza Mohamed Aziz del 14 marzo 2013, C-415/11, le quali «hanno inaugurato un periodo di riforme e controriforme negli anni successivi per adattare il diritto sostanziale e le vie di tutela – non casualmente – esecutiva e monitoria alle esigenze della Direttiva 93/13»¹⁸.

In particolare, dal punto di vista processuale, con la Ley 1/2013 si è imposto al giudice dell'esecuzione di effettuare in varie fasi del processo un controllo sull'abusività di clausole contrattuali che si riteneva contrastasse con l'autorità formale e materiale del giudicato¹⁹, peraltro senza risolvere completamente la problematica, come ha evidenziato la recente sentenza Ibercaja Banco del 17 maggio 2022, C-618/10, emessa contestualmente alla sentenza che ha interessato l'ordinamento processuale italiano

Ancor più evidente tuttavia è il caso del Portogallo.

In breve, fino a pochi anni fa il *Código de Processo Civil* portoghese (nel prosieguo: c.p.c. pr.) prevedeva una sostanziale equiparazione tra sentenza e ingiunzione non opposta in riferimento ai motivi spendibili dall'esecutato in sede di opposizione all'esecuzione²⁰ iniziata sulla base dei rispettivi provvedimenti. Tale equiparazione era fatta derivare dal combinato disposto degli artt. 729, 731 e 857 c.p.c. pr.: in particolare, quest'ultimo articolo – che disciplina tuttora i «motivi di opposizione all'esecuzione basata su istanza di ingiunzione»²¹ – al primo comma²² rinvia, «con i dovuti adattamenti»²³, ai motivi di opposizione previsti dall'art. 729

¹⁸ Così B. SANCHEZ LOPEZ, *Efectividad vs. cosa juzgada de clausulas abusivas en el proceso monitorio*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea. Riflessioni trasversali e transfrontaliere su titolo esecutivo e giudicato*, Atti del convegno, cit., p. 148.

¹⁹ In questo senso, cfr. SANCHEZ LOPEZ, *Efectividad vs. cosa juzgada*, cit., p. 149.

²⁰ Ci si riferisce, ovviamente, alla improponibilità di eccezioni o difese fondate su fatti impeditivi preclusi dai limiti temporali dell'accertamento portato dalla pronuncia che si sarebbero dovuti far valere o rilevare d'ufficio nel relativo processo, ma sono rimasti preclusi.

²¹ Il testo della rubrica è il seguente: «*Fundamentos de oposição à execução baseada em requerimento de injunção*».

²² Si riporta il testo del primo comma dell'art. 857 c.p.c. pr.: «*Se a execução se fundar em requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta fórmula executória, apenas podem ser alegados os fundamentos de embargos previstos no artigo 729.º, com as devidas adaptações*».

²³ L'espressione «*com as devidas adaptações*» (cfr. nota precedente), ancora oggi contenuta nell'art. 857 c.p.c., pr. era riferita alla necessità di adeguare il regime preclusivo di una sentenza, che ai sensi dell'art. 729 lett. g) (si veda nota successiva) fa riferimento alla «chiusura della discussione nel procedimento di dichiarazione», con quello proprio dell'ingiunzione, che fa invece riferimento alla

c.p.c.pr. in riferimento all'esecuzione iniziata sulla base di una sentenza²⁴, mentre al secondo comma prevede – ancora oggi – che solo in ipotesi di «giustificato impedimento» a proporre opposizione all'ingiunzione l'esecutato possa far valere motivi che dovevano esser fatti valere con quest'ultima in sede di opposizione all'esecuzione, come avviene nell'ipotesi di esecuzione avviata sulla base di un titolo esecutivo stragiudiziale ai sensi dell'art. 731 c.p.c. pr.²⁵

Quest'ultima disposizione, poi, a coronamento della equiparazione tra sentenza e ingiunzione non opposta, stabilisce ancora oggi che «se l'esecuzione non si basa *su sentenza o su ingiunzione* a cui è stata apposta una formula esecutiva, oltre ai motivi di opposizione di cui all'articolo 729, nella misura in cui sono applicabili, è possibile far valere qualsiasi altro motivo che possa essere invocato come difesa nel procedimento di dichiarazione»²⁶.

Ebbene, dopo diverse pronunce interlocutorie, il *Tribunal Constitucional* portoghese con sentenza del 12 maggio 2015, n. 264, all'esito del procedimento n. 208/2015, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 857 c.p.c. pr., in quanto interpretato nel senso di limitare i motivi di opposizione all'esecuzione promossa sulla base di una ingiunzione non opposta, parificando quest'ultima ad una sentenza, «per violazione del principio del divieto di difesa, sancito dall'articolo 20, comma 1, della Costituzione della Repubblica portoghese»²⁷.

«successiva apposizione della formula esecutiva sulla domanda di ingiunzione». In tal senso, la *Acórdão do Tribunal da Relação do Porto*, del 10.2.2020 (consultabile sul sito <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd/f/dcaab5488279dca8025854400330c1e>, ultima consultazione 25.06.2024) secondo cui «A expressão “com as devidas adaptações” visava substituir a expressão constante da alínea g) do artigo 729.º, quando ali se refere que “desde que seja posterior ao encerramento da discussão no processo de declaração”, por “posterior à aposição da fórmula executória ao requerimento de injunção”».

²⁴ L'art. 729 c.p.c. fr., rubricato *Fundamentos de oposição à execução baseada em sentença*, stabilisce che «Fundandose a execução em sentença, a oposição só pode ter algum dos fundamentos seguintes: a) Inexistência ou inexecuibilidade do título; b) Falsidade do processo ou do traslado ou infidelidade deste, quando uma ou outra influa nos termos da execução; c) Falta de qualquer pressuposto processual de que dependa a regularidade da instância executiva, sem prejuízo do seu suprimento; d) Falta de intervenção do réu no processo de declaração, verificando-se alguma das situações previstas na alínea e) do artigo 696.º; e) Incerteza, inexigibilidade ou iliquidez da obrigação exequenda, não supridas na fase introdutória da execução; f) Caso julgado anterior à sentença que se executa; g) Qualquer facto extintivo ou modificativo da obrigação, desde que seja posterior ao encerramento da discussão no processo de declaração e se prove por documento; a prescrição do direito ou da obrigação pode ser provada por qualquer meio; h) Contracrédito sobre o exequente, com vista a obter a compensação de créditos; i) Tratando-se de sentença homologatória de confissão ou transação, qualquer causa de nulidade ou anulabilidade desses atos».

²⁵ «Verificando-se justo impedimento à dedução de oposição ao requerimento de injunção, tempestivamente declarado perante a secretaria de injunção, nos termos previstos no artigo 140.º, podem ainda ser alegados os fundamentos previstos no artigo 731.º; nesse caso, o juiz receberá os embargos, se julgar verificado o impedimento e tempestiva a sua declaração».

²⁶ Il testo dell'art. 731 c.p.c. pr., rubricato *Fundamentos de oposição à execução baseada noutro título*, stabilisce ancora oggi che «Não se baseando a execução em sentença ou em requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta fórmula executória, além dos fundamentos de oposição especificados no artigo 729.º, na parte em que sejam aplicáveis, podem ser alegados quaisquer outros que possam ser invocados como defesa no processo de declaração».

²⁷ In questo senso il dispositivo della sentenza che si riporta di seguito in lingua originale: «decide-se declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 857.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, quando interpretada “no sentido de limitar os fundamentos de oposição à execução instaurada com base em requerimentos de

Il legislatore portoghese, in tempi più recenti, ha recepito la pronuncia del Tribunal Constitucional portoghese: con la *Lei* n.º 117/2019, de 13 de Setembro è intervenuto sull'art. 857 c.p.c. pr. inserendovi un terzo e ultimo comma, ai sensi del quale, anche indipendentemente dal verificarsi di un impedimento giustificato ai sensi del precedente comma, il debitore ha anche il diritto di proporre opposizione all'esecuzione, rispettivamente: a) per una questione rilevabile d'ufficio dal giudice, la quale implichi che la domanda di ingiunzione di pagamento è totalmente o parzialmente infondata, ovvero b) per la sussistenza, in modo evidente, di eccezioni dilatorie rilevabili d'ufficio nel procedimento d'ingiunzione²⁸

Peraltro, risulta che vicende del tutto consimili a quella italiana si siano verificate anche nell'ordinamento francese in almeno due occasioni nell'anno passato: si tratta di Cass. com., 8 février 2023, n. 21-17763 e Cass. 2e civ., 13 avril 2023, n. 21-14540²⁹, all'esito delle quali si è consolidato il principio secondo cui «il giudice dell'esecuzione, quando è investito di una contestazione relativa ad un credito il cui recupero è perseguito sulla base di un titolo esecutivo relativo ad un contratto, è tenuto, anche in presenza di una precedente decisione passata in giudicato sull'importo del credito, a meno che non risulti chiaramente dalla decisione nel suo complesso che il giudice ha effettuato tale esame, e nella misura in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a esaminare d'ufficio se le clausole inserite nel contratto concluso tra il professionista e il non professionista o il consumatore siano abusive»³⁰.

Fra l'altro, ferma restando la rilevanza d'ufficio della nullità di protezione da parte del giudice dell'esecuzione, non risulta che le sentenze in commento – diversamente dalle nostre Sezioni Unite – si siano interessate anche alla sede in cui

injunção à qual foi aposta a fórmula executória”, por violação do princípio da proibição da indefesa, consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa». La sentenza può essere consultata sul sito ufficiale del Tribunal constitucional portoghese, al seguente link: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150264.html>, ultima consultazione 25.06.2024.

²⁸ Si riporta il testo del terzo comma dell'art. 857 c.p.c. pr. attualmente in vigore: «*Independientemente de justo impedimento, o executado é ainda admitido a deduzir oposição à execução com fundamento: a) Em questão de conhecimento oficioso que determine a improcedência, total ou parcial, do requerimento de injunção; b) Na ocorrência, de forma evidente, no procedimento de injunção de exceções dilatórias de conhecimento oficioso.*»

²⁹ Le sentenze citate possono essere rinvenute, rispettivamente, ai seguenti link: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000047128346?init=true&page=1&query=21-17763&searchField=ALL&tab_selection=allm nonché https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000047454847?init=true&page=1&query=n%C2%Bo+21-14.540&searchField=ALL&tab_selection=all, consultati da ultimo il 25.06.2024.

³⁰ Si riportano, in particolare, le parole testuali di Cass. civ. 2ème, 13 avr. 2023, n°21-14.540: «*dorsqu'il est saisi d'une contestation relative à la créance dont le recouvrement est poursuivi sur le fondement d'un titre exécutoire relatif à un contrat, le juge de l'exécution est tenu, même en présence d'une précédente décision revêtue de l'autorité de la chose jugée sur le montant de la créance, sauf lorsqu'il ressort de l'ensemble de la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée que le juge s'est livré à cet examen, et pour autant qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, d'examiner d'office si les clauses insérées dans le contrat conclu entre le professionnel et le non-professionnel ou consommateur ne revêtent pas un caractère abusif.*»

il consumatore possa ottenere la sua tutela: vale a dire la disapplicazione delle clausole abusive e la revoca (“*anéantissement*”) del giudicato³¹.

4. *La direzione di ricerca: il regime di circolazione nello spazio europeo di una ingiunzione a valle del mancato rilievo della nullità di protezione.* - Quanto precede evidenzia come la vicenda che si è recentemente posta all’attenzione, prima del giudice europeo e poi di quello italiano, non è caduta improvvisamente dal cielo come un fulmine a ciel sereno, ma era in fermento già da diverso tempo; né può dirsi che essa riguardi una problematica prettamente interna, ma accomuna più Paesi Membri dell’Unione Europea, che vi hanno dovuto far fronte in forme e con modalità diverse.

Da tali osservazioni, sembra possibile trarre alcune indicazioni di massima per valutare la soluzione offerta in Italia dalle Sezioni Unite della Cassazione, anche al fine di indicare diverse opzioni che meglio sembrano rispondere all’esigenza di tutela del consumatore fatta presente dalla Corte di Giustizia Europea.

In primo luogo, la lunga gittata temporale del fenomeno di integrazione tra ordinamenti (nazionali ed europeo sovranazionale) e la sua possibile espansione in altre aree estranee alla tutela del consumatore invita ad evitare soluzioni estreme e – ci si permette di impiegare il termine – “eversive” del processo di progressiva integrazione tra ordinamenti nazionali ed europeo, come apparirebbe l’invocazione dei c.d. controlimiti.

Sotto altro profilo, la dimensione prettamente europea in cui si colloca il fenomeno invita ed escludere soluzioni interne e isolate, ricercando invece proprio nella normativa di matrice europea in materia di cooperazione giudiziaria tra i paesi membri – e in particolare nei regolamenti che sono andati a costituire un primo nucleo di diritto processuale europeo – una possibile chiave di interpretazione del fenomeno che consenta, contestualmente, di individuare una via di tutela per il consumatore, in particolare quello transfrontaliero, nello spazio giudiziario europeo.

³¹ E’ quanto si è chiesto Martin Plissonnier, *Maître de conférences* presso l’Université Paris Nanterre, membro del CEDCACE (*Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique*) e codirettore del *DU Modes amiables*, all’incontro intitolato *Réflexions en procédure civile à l’aune de la jurisprudence sur les clauses abusives*, svoltosi mercoledì 27 settembre 2023 presso la Université Paris Nanterre – Bâtiment Simone Weil, il quale osserva che «*Le juge dès qu’il rend une décision, n’importe quelle décision, elle est revêtue de l’autorité de la chose jugée. Elle ne peut être combattue que par l’exercice d’un recours; l’appel va permettre de réformer ou d’annuler la décision et le pourvoi en cassation de casser et annuler la décision. En réalité, les deux décisions ne répondent pas à cette question. Le juge de l’exécution n’étant pas une voie de recours, il ne peut anéantir la décision d’un autre juge, quand bien même celui-ci aurait omis de contrôler le caractère abusif des clauses qui fondent les poursuites. Par conséquent, il subsiste deux décisions distinctes dans l’ordonnement juridique: une dont on n’a pas anéanti l’autorité de la chose jugée, contrairement à ce que nous dit la Cour de cassation, et une autre qui revient sur ce qu’a potentiellement jugé la première*». La trascrizione dei testi degli interventi può essere trovata sul sito dell’Università: <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/manifestations/49739-l-effet-perturbateur-du-droit-de-la-consommation>, ultima consultazione 25.06.2024.

Di qui la direzione di ricerca, che si vorrebbe intraprendere nelle pagine che seguono, è quella di interrogarsi circa il regime di circolazione di una ingiunzione (o comunque di un provvedimento giudiziale emesso *inaudita altera parte* e poi non opposto), nello spazio giudiziario europeo sulla base della disciplina europea attualmente in vigore³².

Le ragioni di tale interrogativo possono essere ricercate nell'obiettivo (o, almeno, nella speranza) di rinvenire nelle pieghe di tale normativa regolamentare una indicazione di massima per individuare se già sussistono meccanismi di tutela, suscettibili di estensione, anche per il consumatore non transfrontaliero.

In particolare, in prima battuta, verranno presi in esame quei regolamenti che disciplinano in modo uniforme una autonoma disciplina processuale europea, come il regolamento 1896/2006 in materia di ordine di pagamento europeo ovvero il regolamento 805/2004 istitutivo del titolo esecutivo europeo.

Successivamente, verrà toccata la disciplina europea di circolazione di un provvedimento nazionale di ingiunzione, dunque il regolamento 1215/2012, allo scopo di indagare se nelle pieghe di essa sia possibile rintracciare uno strumento di tutela transfrontaliera a disposizione del consumatore. In altre parole, ci si interrogherà se, nell'ipotesi in cui un provvedimento monitorio emesso in un paese membro dell'Unione Europea sia destinato a circolare nello spazio giudiziario europeo per essere eseguito in un altro paese, sia rintracciabile nel reg. Bruxelles 1-*bis* alcuna indicazione suscettibile di individuare la sede in cui il consumatore "transfrontaliero" possa trovare tutela³³.

Attraverso tale "esperimento" si pensa di poter verificare se quella scissione tra cognizione ed esecuzione che le Sezioni Unite hanno voluto tenere ferma (rinviando il consumatore, per la sua tutela, allo strumento dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo) debba restare ferma anche nell'ipotesi in cui tra cognizione ed esecuzione si collochi anche lo scarto tra diverse giurisdizioni (in particolare, quella di emissione dell'ingiunzione e quella di esecuzione della stessa)³⁴, ovvero se la necessità di approntare una tutela immediata e di vicinanza

³² Di qui in avanti si impiegherà indistintamente il termine "ingiunzione" o "provvedimento monitorio" per alludere a quei provvedimenti – per lo più di condanna – pronunciati *inaudita altera parte* all'esito di un procedimento consimile a quello "per ingiunzione" disciplinato agli artt. 633 ss. del c.p.c. italiano. Può farsi riferimento – a titolo esemplificativo – al *Procedimento de injunção* portoghese disciplinato dal Decreto-Lei del 1 settembre del 1998 n. 269; al *Mahnverfahren* tedesco, di cui ai §§ 680 ss. ZPOd; al *Mahnverfahren* austriaco, previsto dai §§ 244 ss. ZPOo; la *injonction de payer* o la *procédure simplifiée de recouvrement des petites créances* di diritto francese.

³³ Può pensarsi, in prima battuta, all'ipotesi dell'ingiunzione emessa in un paese europeo contro un consumatore domiciliato in Italia e ivi messo in esecuzione; ovvero – al contrario – al decreto ingiuntivo emesso in Italia contro un consumatore domiciliato in altro paese europeo ed ivi messo in esecuzione.

³⁴ Ciò che – preme segnalare – può verificarsi sia nell'ipotesi in cui la deroga alla giurisdizione costituisca lo specifico oggetto della clausola abusiva nei confronti del consumatore, sia nell'ipotesi in cui la clausola abusiva riguardi clausole con diverso oggetto e lo scarto di giurisdizione tra paese di emissione dell'ingiunzione e quello della sua esecuzione costituisca un fattore fisiologico, dovuta alla circostanza che nel primo il consumatore non abbia beni aggredibili esecutivamente. In ogni caso, nel prosieguo del presente saggio, si farà indistintamente riferimento alle ipotesi in cui una ingiunzione venga emessa sulla base di un contratto tra consumatore e professionista senza il necessario rilievo di una nullità di protezione; nullità che, se invece rilevata, avrebbe determinato il

per il consumatore permetta o imponga, piuttosto, di vincere e di superare tale netta separazione³⁵.

5. *Ordine di pagamento e titolo esecutivo europeo: il consumatore è rinviato per la sua tutela al paese di origine del provvedimento.* - In base al programma di ricerca tracciato nel paragrafo precedente, il primo passo da compiere è quello di verificare quale sia lo spazio di tutela del consumatore transfrontaliero sulla base della disciplina posta dai regolamenti europei.

La prima disciplina europea da prendere in esame per la stretta attinenza alla vicenda di cui si discorre è il regolamento 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, che ha istituito un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento³⁶.

In prima battuta preme rilevare come, già prima della pronuncia del maggio del 2022, la Corte di Giustizia europea fosse intervenuta in merito a tale disciplina³⁷, affermando il principio secondo cui il giudice investito di una domanda di ingiunzione ai sensi del reg. 1896/2006³⁸ deve – anche in fase monitoria e nonostante il silenzio sul punto da parte del medesimo regolamento – esercitare un controllo officioso circa l'abusività delle clausole contrattuali, anche con invito al creditore a completare o rettificare la domanda *ex art. 9* reg. 1896/2006, richiedendo informazioni complementari – come la riproduzione

rigetto radicale della domanda di ingiunzione (es. clausola di deroga abusiva della competenza o giurisdizione) ovvero, quanto meno, il suo accoglimento per una somma inferiore rispetto a quella ingiunta (es. clausola di interessi moratori).

³⁵ Il sospetto di fondo, infatti, è che l'espedito congegnato dalle Sezioni Unite mirava infatti ad offrire una soluzione di diritto interno ad un problema che resta europeo. Di qui l'opportunità di restituire alla sua originaria dimensione transfrontaliera il problema della tutela del creditore. In altri termini, posto che la tutela del consumatore ha una dimensione europea e che uno dei principali portati dell'unione europea è la creazione di uno spazio giudiziario in cui le decisioni giurisdizionali possano circolare, è proprio in tale contesto e nella normativa europea che deve essere cercato il rimedio.

³⁶ Si veda T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, Padova, 2016, p. 145, per l'osservazione secondo cui «si tratta di una disciplina modellata sui procedimenti monitori nazionali (quelli che si svolgono senza contraddittorio per condurre velocemente ad una condanna pecuniaria) che peraltro rimangono in vigore».

³⁷ Si tratta della nota sentenza della Corte di Giustizia, CGUE, 19 dicembre 2019, *Bondora AS c. Carlos V.C.*, C-453/18, per la quale si rinvia ai commenti di RIELÄNDER, *Amtswegige Klauselkontrolle im Europäischen Mahnverfahren*, in *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2020, pp. 55 ss.; nonché L. PAILLER, *La réécriture consumériste de l'office du juge saisi d'une procédure d'injonction de payer européenne*, in *Revue critique de droit international privé*, 2020, pp. 324 ss.

³⁸ Il testo del dispositivo della citata sentenza recita come segue: «L'articolo 7, paragrafo 2, lettere d) ed e), del regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, nonché l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, quali interpretati dalla Corte e letti alla luce dell'articolo 38 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che consentono a un «giudice», ai sensi di detto regolamento, adito nel contesto di un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, di chiedere al creditore informazioni complementari relative alle clausole del contratto invocate a fondamento del credito in questione, al fine di effettuare il controllo d'ufficio del carattere eventualmente abusivo di dette clausole e, di conseguenza, nel senso che ostano a una normativa nazionale che dichiara irricevibili i documenti complementari forniti a tal fine».

integrale del contratto o la produzione di una copia di esso – al fine di poter esaminare il carattere eventualmente abusivo di dette clausole³⁹.

Dal che ne consegue che in caso inottemperanza all'invito a completare, rettificare o modificare la domanda, ovvero di positivo rilievo dell'abusività delle clausole, il giudice dovrà rigettare la domanda di ingiunzione ai sensi dell'art. 11 reg. 1896/2006; rigetto che – tuttavia – non impedisce la riproposizione della domanda⁴⁰.

Tale interpretazione adeguatrice da parte della Corte di Giustizia sembra dimostrare, effettivamente, un difetto di coordinamento originario anche tra norme processuali (quelle dettate in materia di ordine europeo di pagamento) e disciplina sostanziale di tutela del consumatore

Una volta che l'ingiunzione sia stata emessa e sia stata dichiarata esecutiva *ex art. 18* reg. 1896/2006 per mancata proposizione dell'opposizione da parte del convenuto ai sensi dell'art. 16 reg. 1896/2006 senza alcun rilievo della nullità da parte del giudice d'origine, il testo del regolamento stesso non contiene alcuna disposizione utile a comprendere quale sia la sede perché il consumatore possa ottenere tutela.

Invero, ai sensi dell'art. 19 reg. 1896/2006, l'ingiunzione di pagamento europea divenuta esecutiva nello Stato membro d'origine deve essere riconosciuta ed eseguita negli altri Stati membri, senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento. L'ipotesi in esame non rientra neanche tra le ipotesi di rifiuto dell'esecuzione previste dall'art. 22 reg. 1896/2006⁴¹.

Posto che l'art. 21 par. 1 reg. 1896/2006 dispone che, salve le disposizioni del regolamento, «i procedimenti di esecuzione sono disciplinati dalla legge dello Stato membro di esecuzione» e che «un'ingiunzione di pagamento europea divenuta esecutiva è eseguita alle stesse condizioni di una decisione esecutiva emessa nello Stato membro di esecuzione», può immaginarsi che il giudice dell'esecuzione italiano – ad esempio – che sia investito dell'esecuzione di una simile ingiunzione applichi i principi affermati dalle Sezioni Unite del 2023. Di conseguenza, il giudice dell'esecuzione dovrebbe poter richiedere al creditore esecutante ulteriori informazioni, nonché il deposito del contratto sulla cui base è

³⁹ In questo senso, la sentenza citata al punto 50.

⁴⁰ In questo senso, si veda anche M. MARINELLI, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo - LIPE: un breve e pratico bilancio a (quasi) quindici anni di distanza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, pp. 485 ss.

⁴¹ Tale norma prevede che «Su istanza del convenuto l'esecuzione è rifiutata dal giudice competente dello Stato membro di esecuzione se l'ingiunzione di pagamento europea è incompatibile con una decisione o ingiunzione emessa anteriormente in uno Stato membro o in un paese terzo, quando: a) la decisione o ingiunzione anteriore riguarda una causa avente lo stesso oggetto e le stesse parti, e b) la decisione o ingiunzione anteriore soddisfa le condizioni necessarie per il suo riconoscimento nello Stato membro di esecuzione, e c) il convenuto non avrebbe avuto la possibilità di far valere l'incompatibilità nel procedimento nello Stato membro d'origine. 2. L'esecuzione è rifiutata, su istanza del convenuto, anche nel caso e nella misura in cui quest'ultimo abbia versato al ricorrente l'importo previsto nell'ingiunzione di pagamento europea. 3. In nessun caso l'ingiunzione di pagamento europea può formare oggetto di un riesame del merito nello Stato membro di esecuzione».

stata ottenuta l'ingiunzione per valutare la nullità delle sua clausole e, in caso di riscontro positivo (sempre in applicazione dei principi affermati da Sezioni Unite 9479/2003), informare l'esecutato circa la possibilità di promuovere – in mancanza di una disciplina dell'opposizione tardiva nel reg. 1896/2006 – il riesame dell'ingiunzione al giudice di origine ai sensi dell'art. 20 reg. 1896/2006.

La possibilità di sostenere una simile interpretazione dipenderà naturalmente da quanto la giurisprudenza del paese d'origine dell'ingiunzione possa condividere la ricostruzione effettuata dalla Corte di cassazione italiana, magari facendo rientrare la fattispecie in esame nell'ipotesi prevista dall'art. 20 par. 2 lett. b), che ammette la revisione dell'ingiunzione pur se quest'ultima «risulta manifestamente emessa per errore, tenuto conto dei requisiti previsti dal presente regolamento, o a causa di circostanze eccezionali»⁴².

Altro provvedimento normativo europeo che viene in rilievo nel contesto della presente ricerca è il regolamento n. 805/2004, che ha disciplinato una procedura autonoma (si intende, autonoma rispetto allo strumento allora rappresentato dal regolamento 44/2001 e, oggi, dal regolamento 1215/2012) per il rilascio del titolo esecutivo europeo.

Anche tale disciplina viene in considerazione nell'ipotesi indagata: infatti, sia in dottrina che in giurisprudenza, non sussiste alcun dubbio sul fatto che il decreto ingiuntivo non opposto debba essere considerato un credito non contestato ai sensi dell'art. 3 lett. b) del reg. 805/2004⁴³.

La possibilità di rilasciare tale attestazione è accompagnata da diverse cautele: in particolare, per quel che riguarda il consumatore, deve ricordarsi la condizione fissata dall'art. 6, paragrafo 1, lettera d), del reg. 805/2004, a sensi del quale una decisione giudiziaria relativa ad un credito non contestato pronunciata in uno Stato membro, su istanza presentata in qualunque momento al giudice di origine, è certificata come titolo esecutivo europeo se «la decisione giudiziaria è pronunciata nello Stato membro del domicilio del debitore ai sensi dell'articolo 59 del regolamento (CE) n. 44/2001, allorché: un credito sia considerato non

⁴² Invero, il motivo di revisione previsto dall'art. 20 par. 2 reg. 1896/2006 (che letteralmente prevede che «Scaduto il termine di cui all'articolo 16, paragrafo 2, il convenuto ha altresì il diritto di chiedere il riesame dell'ingiunzione di pagamento europea dinanzi al giudice competente dello Stato membro di origine se l'ingiunzione di pagamento risulta manifestamente emessa per errore, tenuto conto dei requisiti previsti dal presente regolamento, o a causa di circostanze eccezionali») risulta senz'altro più calzante all'ipotesi in esame che non quello previsto dal par. 1, ai sensi del quale «il convenuto ha il diritto di chiedere il riesame dell'ingiunzione di pagamento europea dinanzi al giudice competente dello Stato membro di origine se [...] non ha avuto la possibilità di contestare il credito a causa di situazioni di forza maggiore o di circostanze eccezionali per ragioni a lui non imputabili».

⁴³ In questo senso, si vedano M.A. LUPOI, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, p. 171 ss., in part. p. 183 ss.; L. FUMAGALLI, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel Reg. n. 805/2004*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 23 ss., in part. p. 30, nota 17; E. D'ALESSANDRO, *Prime applicazioni giurisprudenziali del regolamento n. 805 del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, con particolare riferimento alla possibilità di proporre opposizione ex art. 615 c.p.c. qualora lo Stato richiesto dell'esecuzione sia l'Italia*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2010, pp. 187 ss., nonché, nell'ambito della giurisprudenza francese (sebbene non riferendosi all'ingiunzione di pagamento italiana), Cour d'appel d'Aix en Provence, 20 agosto 2008, cit.

contestato ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettere b) o c) del presente regolamento, si riferisca ad un contratto concluso da una persona, il consumatore, per una finalità che può essere considerata estranea al suo mestiere o alla sua professione, e il debitore sia il consumatore».

Dunque, in base a tale disciplina, il titolo esecutivo europeo contro il consumatore può essere emesso solo a condizione che la decisione sia stata pronunciata nel domicilio dello stesso consumatore.

L'interrogativo che ci si deve porre è quale sia lo strumento di tutela del consumatore che voglia lamentare che il procedimento di rilascio del titolo esecutivo europeo non soddisfa tale requisito.

A ben vedere, l'impianto dei possibili rimedi è disciplinato dallo stesso regolamento 805/2004, il quale – dopo aver fissato la disciplina applicabile al procedimento di esecuzione⁴⁴ – prevede all'art. 21 la possibilità, per i giudici dello Stato richiesto dell'esecuzione, di rifiutare quest'ultima soltanto per contrasto con altra precedente decisione resa in un qualunque Stato membro, mentre non è neanche prevista l'ipotesi di rifiuto per contrarietà all'ordine pubblico⁴⁵.

Dal quadro esposto, sembra emergere che ogni controllo sul titolo, sulla certificazione ovvero sul relativo procedimento possa essere svolto solamente dal giudice dello Stato membro di origine⁴⁶.

⁴⁴ Art. 20, rubricato «Procedimento di esecuzione», prevede che «1. Fatte salve le disposizioni del presente capo, i procedimenti di esecuzione sono disciplinati dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione. Una decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo è eseguita alle stesse condizioni di una decisione giudiziaria pronunciata nello Stato membro dell'esecuzione. 2. Il creditore è tenuto a fornire alle autorità competenti dell'esecuzione nello Stato membro dell'esecuzione: a) una copia della decisione che presenti le condizioni di autenticità prescritte, e b) una copia del certificato di titolo esecutivo europeo che presenti le condizioni di autenticità prescritte, e c) se del caso, una trascrizione del certificato di titolo esecutivo europeo o una traduzione del certificato di titolo esecutivo europeo nella lingua ufficiale dello Stato membro dell'esecuzione oppure, ove tale Stato abbia più lingue ufficiali, nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dei procedimenti giudiziari del luogo in cui viene chiesta l'esecuzione, conformemente al diritto dello Stato membro in questione, o in un'altra lingua che lo Stato membro dell'esecuzione abbia dichiarato di accettare. Ciascuno Stato membro può indicare la lingua o le lingue ufficiali delle istituzioni della Comunità europea, diversa/diverse dalla sua o dalle sue, nelle quali ammette la compilazione del certificato. La traduzione è autenticata da una persona a tal fine abilitata in uno degli Stati membri. 3. Alla parte che in uno Stato membro chieda l'esecuzione di una decisione certificata come titolo esecutivo europeo in un altro Stato membro non possono essere richiesti cauzioni, garanzie o depositi, comunque siano denominati, a causa della qualità di straniero/a o per difetto di domicilio o residenza nello Stato membro dell'esecuzione».

⁴⁵ Art. 21: «Su richiesta del debitore l'esecuzione è rifiutata dal giudice competente dello Stato membro dell'esecuzione se la decisione giudiziaria certificata come titolo esecutivo europeo è incompatibile con una decisione anteriore pronunciata in uno Stato membro o in un paese terzo, a condizione che: a) la decisione anteriore riguardi una causa avente lo stesso oggetto e le stesse parti, e b) la decisione anteriore sia stata pronunciata nello Stato membro dell'esecuzione o soddisfi le condizioni necessarie per il suo riconoscimento nello Stato membro dell'esecuzione, e c) il debitore non abbia fatto valere e non abbia avuto la possibilità di far valere l'incompatibilità nel procedimento svoltosi nello Stato membro d'origine. 2. In nessun caso la decisione o la sua certificazione come titolo esecutivo europeo può formare oggetto di un riesame del merito nello Stato membro dell'esecuzione».

⁴⁶ In questo senso Trib. La Spezia, ord. 7.2.2008, in *Foro italiano*, 2009, I, c. 935, con nota di R. CAPONI, *Titolo esecutivo europeo: esordio nella prassi*; Trib. Tolmezzo Sent., 17 marzo 2009, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, 2009, 1 ss., con nota di F. DE STEFANO, *I rigorosi limiti di opponibilità delle esecuzioni fondate su titolo esecutivo europeo*, secondo il quale «nessuna contestazione è ammessa, in

Infatti, ai sensi dell'art. 23 del medesimo regolamento, il giudice dell'esecuzione o l'autorità competente dello Stato membro dell'esecuzione, su istanza del debitore, può (solo) limitare o sospendere il procedimento esecutivo, qualora il debitore abbia impugnato la decisione certificata come titolo esecutivo europeo o abbia chiesto la rettifica o la revoca di un certificato di titolo esecutivo europeo.

Ai sensi del rinvio operato dall'art. 20 del regolamento, è certo che nell'esecuzione iniziata sulla base di un titolo esecutivo europeo possano trovare applicazione il sistema ivi delineato di tutela dell'esecutato e dunque – per l'Italia – il sistema delle opposizioni esecutive di cui all'art. 615 ss. c.p.c.⁴⁷. Si è tuttavia concluso che, in base alla disciplina regolamentare, occorra «tenere presente che il titolo esecutivo e la certificazione non sono impugnabili davanti al giudice dello Stato membro dell'esecuzione e che il rifiuto dell'esecuzione da parte del giudice competente per la stessa può avvenire solo in casi eccezionali. Pertanto l'ambito di applicazione dell'opposizione ex art. 615 c.p.c. è limitato ai casi previsti dall'art. 21 del regolamento»⁴⁸.

A quanto consta, la disciplina europea sembra congiurare nel senso di indicare, per la tutela transfrontaliera del consumatore, la via della necessaria impugnazione del provvedimento rilasciato nel paese di origine, tendendo ad escludere contestualmente che il giudice del paese di esecuzione possa sospendere o rifiutare l'esecuzione.

Un tale quadro è, ovviamente, destinato ad incidere la pronuncia della Corte di giustizia che abilita il giudice dell'esecuzione a rilevare la nullità del contratto posto a fondamento – rispettivamente – dell'ordine di pagamento ovvero anche del provvedimento conclusivo del procedimento per *small claims*⁴⁹. Applicando peraltro i principi fissati dalle Sezioni Unite, bisognerebbe interrogarsi come possa avvenire il coordinamento tra rilievo ufficioso della nullità da parte del giudice dell'esecuzione e revisione del provvedimento da parte del giudice del paese di origine.

6. *La circolazione dei provvedimenti monitori nazionali ai sensi del regolamento 1215/2012.* - E' necessario ora interrogarsi se i risultati fin qui raggiunti

sede di esecuzione, avverso il merito del provvedimento e che all'esecutato si impone l'onere di reagire avverso quest'ultimo esclusivamente nel contesto dell'ordinamento nel quale il TEE è stato pronunciato (e pur sempre che questo sia per lui ancora possibile alla stregua delle norme che regolano quell'ordinamento)».

⁴⁷ In questo senso A. CARRATTA, voce *Titolo esecutivo europeo. I): Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXXVI, Roma, 2006, p. 12; F. CARPI, *L'ordine di pagamento europeo tra efficacia della tutela e garanzia della difesa*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 688; M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *Int'L Lis*, 2004, pp. 141 ss.

⁴⁸ In questo senso, in particolare, R. SICILIANO, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati: presupposti e rimedi*, in *Rivista dell'Esecuzione Forzata*, 2015, pp. 31 ss., in part. p. 56, ma la stessa conclusione è raggiunta dalla dottrina maggioritaria.

⁴⁹ Infatti, disposizioni del tutto simmetriche e parallele si rinvencono peraltro nella procedura di *small claims*: legge applicabile all'esecuzione (art. 21), rifiuto di esecuzione (art. 22), sospensione o limitazione dell'esecuzione (art. 23).

(che sembra confermino la ricostruzione cui pervengono le Sezioni Unite) possano essere trasposti anche al regime – che si potrebbe definire di diritto comune – di circolazione di un provvedimento monitorio nazionale, emesso in uno Stato membro dell’Unione Europea, all’esito di un procedimento avente caratteristiche equivalenti al decreto ingiuntivo italiano⁵⁰.

In particolare, potrebbe sostenersi che, anche in questo caso, l’unica tutela per il consumatore c.d. transfrontaliero – vale a dire, per il consumatore aggredito esecutivamente in un paese diverso rispetto a quello di emissione dell’ingiunzione – sia solo quella esperibile nel medesimo paese di emissione dell’ingiunzione, mentre il ruolo del giudice (o dell’autorità competente) del paese di esecuzione sia (a parte il rilievo della nullità di protezione) solo quello di recepire la decisione che al riguardo si formi nell’ordinamento *a quo*.

Dovrebbe immaginarsi, per esempio, che nell’esecuzione iniziata, per esempio, in Italia sulla base di un provvedimento formatosi in altro stato Membro dell’Unione e circolante ai sensi del regolamento 1215/2012, il giudice dell’esecuzione rilevi una possibile nullità di protezione del contratto non rilevata nel procedimento estero di formazione del provvedimento e, in attuazione delle sentenze – sul punto, può dirsi, convergenti – della Corte di Giustizia e delle Sezioni Unite, provveda quanto meno a informare di ciò il consumatore.

A questo punto, tuttavia, la ricostruzione del sistema si complica sensibilmente.

Se si dovesse seguire la direttiva tracciata dalle Sezioni Unite (che tengono ferma la netta separazione tra cognizione ed esecuzione, nonché il principio di distinzione tra mezzi di impugnazione del provvedimento e motivi di opposizione all’esecuzione, ricavabile nell’ordinamento italiano dall’art. 161, comma 1, c.p.c.), che è anche la medesima che sembra emergere dai procedimenti europei più sopra passati in rassegna, dovrebbe portare a concludere che il consumatore sarebbe necessariamente onerato di ricercare tutela nell’ordinamento di provenienza del provvedimento.

In altre parole, il consumatore (che sia stato oggetto di una aggressione esecutiva in un paese diverso rispetto a quello in cui si è formato il provvedimento) sarebbe comunque tenuto ad impugnare quest’ultimo nello stato

⁵⁰ In via preliminare, occorre precisare come già la Corte di Giustizia aveva affermato che, nel contesto dei procedimenti nazionali di ingiunzione di pagamento, la tutela del consumatore è incompatibile con una normativa nazionale che consentisse di emettere un’ingiunzione di pagamento quando il giudice, investito di una domanda di ingiunzione, non disponesse del potere di procedere a un esame dell’eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali e la successiva modalità di esercizio del diritto di proporre opposizione avverso una simile ingiunzione non permettono di assicurare il rispetto dei diritti che il consumatore trae dalla direttiva in parola. In questo senso, CGUE, 13 settembre 2018, *Profi Credit Polska*, C-176/17, EU:C:2018:711, punto 71, e ordinanza del 28 novembre 2018, *PKO Bank Polski*, C- 632/17, EU:C:2018:963, punto 49. In tale sentenza la Corte ha affermato che un giudice investito di una domanda di ingiunzione di pagamento deve determinare se le modalità del procedimento di opposizione previste dal diritto nazionale possano far sorgere il rischio non trascurabile che il consumatore interessato non proponga un ricorso richiesto (v., in tal senso, CGUE, 13 settembre 2018, *Profi Credit Polska*, C-176/17, EU:C:2018:711, punto 61 e giurisprudenza ivi citata).

di origine (sempre che tale ordinamento ne ammetta l'impugnazione tardiva sulla falsariga di quanto avviene in Italia con l'art. 650 c.p.c.), mentre nel paese dell'esecuzione potrebbe ottenere per lo più la sospensione del processo di esecuzione ai sensi dell'art. 44 par. 2 reg. 1215/2012⁵¹ sulla base della previa sospensione dell'esecutività della decisione nello stato membro d'origine, eventualmente proprio nell'ambito dell'impugnazione tardiva del provvedimento.

Si tratterebbe di una ipotesi non discrezionale di sospensione dell'esecuzione che – soprattutto – non sembra debba essere disposta da un'autorità propriamente giurisdizionale (ad es. il giudice dell'esecuzione), ma da una «autorità competente»⁵² nello Stato dell'esecuzione, che altro non farebbe che recepire la sospensione già disposta nello Stato di origine del titolo esecutivo⁵³.

7. *La qualificazione della tutela del consumatore come questione di ordine pubblico.* - V'è da chiedersi, tuttavia, se la ricostruzione sin qui svolta in punto di tutela transfrontaliera del consumatore nello spazio giudiziario europeo – che mirava, in prima battuta, a verificare la conciliabilità dei principi affermati dalle Sezioni Unite del 2023 con la disciplina portata dai regolamenti europei (sia quelli istituenti autonome procedure europee, sia quelli che disciplinano la circolazione dei provvedimenti nello spazio giudiziario europeo) – sia veramente l'unica possibile, ovvero se non si diano ulteriori alternative per tutelare un consumatore rispetto a un provvedimento monitorio emesso in un diverso Stato Membro rispetto a quello della sua esecuzione.

Il sospetto che vi sia un'ulteriore e più funzionale alternativa, rispetto a quella indicata dalle Sezioni Unite, nasce dalla constatazione che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, da oramai quasi vent'anni⁵⁴, qualifica la tutela apprestata al consumatore dalla direttiva 93/13 quale questione di ordine pubblico,

⁵¹ Tale norma prevede che «su istanza della parte contro cui è chiesta l'esecuzione, l'autorità competente dello Stato membro richiesto sospende il procedimento di esecuzione se l'esecutività della decisione è sospesa nello Stato membro d'origine».

⁵² In questo senso, letteralmente, la disposizione citata nel testo. Dunque, per l'effetto, l'applicazione di tale disciplina dovrebbe prescindere dalla specifica disciplina dell'esecuzione forzata e, in particolare, dalla circostanza che essa sia o meno affidata a un giudice. Laddove ciò avvenga – come ad esempio in Italia – dovrebbe essere lo stesso giudice dell'esecuzione, eventualmente sollecitato da una istanza di parte *ex art.* 486 c.p.c. a dover sospendere il processo esecutivo. In altri ordinamenti dove l'esecuzione non è istituzionalmente affidata ad un giudice – ad esempio in Germania – vi procederà l'organo della esecuzione (*Vollstreckungsorgan*) menzionato dal § 116 ZPO, introdotto per coordinare le disposizioni contenute nel reg. 1215/2012 con quelle della ZPO. In particolare, su tale punto, si veda il § 116 ZPO, rubricato «*Wegfall oder Beschränkung der Vollstreckbarkeit im Ursprungsmitgliedstaat*», ai sensi del quale «*Auf Antrag des Schuldners (Artikel 44 Absatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012) ist die Zwangsvollstreckung entsprechend § 775 Nummer 1 und 2 und § 776 auch dann einzustellen oder zu beschränken, wenn der Schuldner eine Entscheidung eines Gerichts des Ursprungsmitgliedstaats über die Nichtvollstreckbarkeit oder über die Beschränkung der Vollstreckbarkeit vorlegt. Auf Verlangen des Vollstreckungsorgans ist eine Übersetzung der Entscheidung vorzulegen. § 1108 gilt entsprechend*».

⁵³ In questo senso, si veda A. DICKINSON, E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2015, p. 431.

⁵⁴ Infatti, la prima pronuncia con cui la Corte Giustizia si è pronunciata in tal senso risulta la sentenza CGUE, 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05.

prima a livello comunitario⁵⁵ e poi anche a livello nazionale⁵⁶, arrivando a ritenere che gli artt. 6 e 7 di quest'ultima «devono essere considerati come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento interno, il rango di norme di ordine pubblico»⁵⁷.

Il principio, originariamente enunciato in relazione alle clausole compromissorie stipulate tra professionista e consumatore⁵⁸, si è successivamente esteso ad ogni altra clausola e pattuizione che potesse considerarsi abusiva in riferimento alla direttiva 93/13⁵⁹.

Nel medesimo senso si è inoltre espressa una parte considerevole della dottrina⁶⁰, la quale – recependo recenti riflessioni di matrice francese – ha

⁵⁵ Anche nella dottrina spagnola, la sentenza CGUE, 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05 è ben conosciuta «por tratar por primera vez y de forma expresa, como normas comunitarias de orden publico – es decir, expresivas de un principio esencial de funcionamiento de la UE –, el examen de las exigencias de «proteccion que la Directiva otorga a los consumidores [y que] justifican que el juez nacional deba apreciar de oficio el caracter abusivo de una clausula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional» (apartado 38): in questo senso SANCHEZ LOPEZ, *Efectividad vs. cosa juzgada de clausulas abusivas en el proceso monitorio*, cit., p. 143. Nello stesso senso, a quanto consta, V. PEREZ DAUDI, *La proteccion procesal del consumidor y el orden publico comunitario*, Barcelona, 2018, p. 28 s.

⁵⁶ La “nazionalizzazione” dell’ordine pubblico in riferimento alla tutela del consumatore si è avuta con la sentenza CGCE, 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, punto 52. Le domande di pronuncia pregiudiziale, in tali prime controversie, riguardavano la nullità della clausola compromissoria con la quale professionista e consumatore avevano devoluto in arbitrato le liti tra di essi insorgenti: arbitrato che, nella fattispecie si era concluso senza che il consumatore vi prendesse parte e senza impugnare il lodo medio tempore emesso, il quale era dunque diventato definitivo.

⁵⁷ In questo senso la sentenza CGCE, 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, punto 52. Successivamente nello stesso senso si sono pronunciate: l’ordinanza CGUE, 16 novembre 2010, *Pohotovost’ s.r.o. c. Iveta Korčkovská*, C-76/10, punto 50; la sentenza CGUE, 30 maggio 2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusse e Katarina de Man Garabito contro Jahani BV*, C-488/11, punto 44; la sentenza CGUE, 17 maggio 2018, *Karel de Grote Hogeschool Katholieke Antwerpen c. Susan Romy Jozef Kuijpers*, C-147/16, punto 35; da ultimo, la sentenza CGUE, 17 maggio 2022, *Unicaja Banco Sa*, C-869/19, punti 24 – 26, coeva rispetto all’arresto più sopra riferito che ha interessato l’ordinamento italiano.

⁵⁸ Emblematica in tal senso la sentenza CGCE, 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08.

⁵⁹ Nello specifico, la sentenza CGUE, 30 maggio 2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusse e Katarina de Man Garabito c. Jahani BV*, C-488/11, si riferisce ad una clausola penale; la sentenza della CGUE, 17 maggio 2018, *Karel de Grote Hogeschool Katholieke Antwerpen Katholieke Antwerpen c. Susan Romy Jozef Kuijpers*, C-147/16, ha avuto ad oggetto la clausola che prefissava l’interesse di mora; mentre la più recente sentenza CGUE, 17 maggio 2022, *Unicaja Banco Sa*, C-869/19, aveva ad oggetto la «clausola di tasso minimo», in forza della quale il tasso variabile non poteva essere inferiore ad una certa soglia.

⁶⁰ Di «indiscutibile natura di ordine pubblico economico delle norme a tutela del consumatore» parla V. CONTI, *Le Sezioni Unite risolvono il contrasto sul foro del consumatore: per ora una vittoria per la weaker party*, in *Corriere giuridico*, 2003, pp. 1436 ss.; E. BATTELLI, *Consumatore: nozione, clausole abusive e foro del consumatore*, in *Corriere del merito*, 2006, pp. 5 ss.; A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I Contratti*, 2003, pp. 200 ss.; G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corriere giuridico*, 1999, pp. 600 ss. Più di recente, si veda CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore la certezza arretra di fronte all’effettività*, cit., pp. 213 ss. In riferimento alle clausole di limitazione o di esonero della responsabilità del professionista, si veda F. DI MARZIO, *Clausole limitative della responsabilità e contratti del consumatore*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell’ambiente*, 2016, 2, 1 ss., consultabile al link <https://www.rivistadga.it/wp-content/uploads/2019/04/Di-Marzio-Clausole-limitative.pdf>, ult. cons. 25.6.2024. In giurisprudenza, si vedano: sentenza Trib. Terni, 30 gennaio 2008; ordinanza Trib. Torino, 21 gennaio 2011; ma soprattutto la nota sentenza Cass. S. U., 12 dicembre 2014, n. 26243.

enucleato una nozione estesa ed evolutiva di ordine pubblico economico, quale principio limite dell'autonomia negoziale in relazione ai rapporti tra privati e agli scambi commerciali e definito come «l'insieme delle regole obbligatorie nei rapporti contrattuali relativi all'organizzazione economica, ai rapporti sociali ed all'economia interna del contratto»⁶¹.

In particolare, nell'ambito dell'ordine pubblico economico, sarebbe da distinguere un ordine pubblico di direzione (relativo agli interventi del legislatore volti a definire politiche economiche di settore e a dettare direttive al fine di garantire la conformazione alle stesse degli operatori commerciali) da un *ordine pubblico di protezione*⁶², nel quale ricomprendere la disciplina volta a garantire una tutela efficace delle parti deboli nelle transazioni commerciali e nelle fattispecie contrattuali, di cui quella consumeristica rappresenta l'esempio più evidente.

Prescindendo dalla configurabilità teorica della categoria dell'ordine pubblico economico di protezione, preme tuttavia rilevare in questa sede come essa sia stata ampiamente recepita e accolta anche dalla giurisprudenza italiana, la quale ha peraltro rilevato come – in senso divergente rispetto ad una diffusa interpretazione – la disciplina risultante, lungi dal limitarsi ad interessi specifici e di categoria, è pur sempre volta alla tutela di interessi generali e di sistema⁶³.

Da quanto sin qui detto, dovrebbe discendere che la tutela del consumatore è destinata ad essere equiparata, *quoad effectum*, ad una disciplina di ordine pubblico, tradizionalmente riconosciuta come un motivo ostativo alla circolazione delle sentenze nel diritto internazionale privato e processuale, come vedremo⁶⁴ ancora oggi contemplato dalla lett. a) dell'art. 45 reg. 1215/2012.

Al riguardo, peraltro, è pur vero che i motivi di diniego del riconoscimento dell'esecuzione «devono essere interpretati restrittivamente in quanto costituiscono un ostacolo alla realizzazione di uno degli obiettivi fondamentali della disciplina della circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo»⁶⁵

⁶¹ Questa è la definizione data da G. FARIAT, *L'ordre publique économique*, Paris, 1963.

⁶² La distinzione tra ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione è stata sostenuta in particolare da FARIAT, *L'ordre publique économique*, cit., pp. 35 ss.

⁶³ Sul punto, si rinvia in particolare alle celebri sentenze gemelle della Cass. S. U. Sez., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26423, nella quali – dopo aver rilevato che «una parte della dottrina osserva criticamente che le recenti fattispecie di nullità negoziale mutano la vocazione generale di tale categoria [della nullità, n.d.a.], offrendo protezione a interessi particolari e seriali, facenti capo a soggetti singoli e/o gruppi specifici – si precisa tuttavia come sia “stato incisivamente fatto notare, in senso opposto, che queste nullità cd. di protezione sono anch'esse volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (in un'ottica di microanalisi economica), ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette (in ottica di macroanalisi), secondo quanto chiaramente mostrato dalla disciplina delle nullità emergenti dalla disciplina consumeristica, specie di derivazione comunitaria, per le quali si discorre sempre più spesso, e non a torto, di «ordine pubblico di protezione».

⁶⁴ Si vedrà nel seguente paragrafo la particolare rilevanza che, nell'ipotesi di tutela transfrontaliera del consumatore, deriva proprio dalla circostanza per cui, tra i motivi ostativi al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni, figura ancora alla lett. a) dell'art. 45 reg. 1215/2012 la contrarietà all'ordine pubblico (*ordre public*) nello Stato membro richiesto.

⁶⁵ CGCE, 2 giugno 1994, *Solo Kleinmotoren*, C-414/92, punto 20; CGUE, 28 marzo 2000, *Krombach*, causa C-7/98, punto 21; CGUE, 11 maggio 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA e Orazio Formento*, causa C-38/98, punto 26; CGUE, 13 ottobre 2011, causa C-139/10. In dottrina, per una interpretazione restrittiva dei motivi di diniego del riconoscimento o dell'esecuzione – e in

e, soprattutto, che quella di ordine pubblico è una nozione prettamente nazionale, nel senso che essa origina da ogni singolo ordinamento statale, pur integrata dai principi derivanti dal diritto internazionale generale e dall'adattamento al diritto dell'Unione Europea.

Tuttavia, si è anche affermato che la Corte di giustizia può essere chiamata ad orientare i giudici nazionali sull'interpretazione da dare a tale previsione: la stessa Corte ha infatti affermato che «sebbene non spetti alla Corte definire il contenuto dell'ordine pubblico di uno Stato contraente, essa è però tenuta a controllare i limiti entro i quali il giudice di uno Stato contraente può ricorrere a tale nozione per non riconoscere una decisione emanata da un giudice di un altro Stato contraente»⁶⁶.

Se tutto ciò è vero, considerata la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione sopra riferita, non dovrebbe dubitarsi che il mancato rilievo di una nullità di protezione – e dunque la violazione dell'art. 6 della direttiva – costituita violazione di quell'ordine pubblico economico i cui contorni sono stati delineati nel corso del tempo dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Il punto centrale è l'individuazione dello strumento attraverso cui far valere tale violazione.

8. (*segue*)... e le sue conseguenze in punto di circolazione dei provvedimenti nello spazio giuridico europeo. - Ora, se quanto sin qui osservato è corretto – se cioè la tutela del consumatore prevista dall'art. 6 della direttiva 93/13 integra un profilo di ordine pubblico – sono evidenti le profonde e radicali conseguenze che ne possono derivare in riferimento al regime di circolazione nello spazio giudiziario europeo dei provvedimenti (in particolare, di quelli monitori non opposti) emessi da uno Stato membro e messi in esecuzione in altro Stato membro dell'Unione.

In particolare, non è chi non veda come tale qualificazione sarebbe tale da aprire nuove sedi di tutela “transfrontaliera” al consumatore in ipotesi di circolazione di provvedimenti monitori nello spazio giudiziario europeo.

Infatti, come ampiamente noto, il regolamento 1215/2012 (c.d. regolamento Bruxelles I-bis) ha adottato – oltre a quello del riconoscimento automatico⁶⁷, anche – il meccanismo dell'automatica esecutività delle decisioni straniere nello spazio giudiziario europeo a fini esecutivi, ciò nel senso che anche gli effetti esecutivi di un provvedimento adottato in uno stato membro si producono di diritto in tutti gli altri Stati membri, a prescindere dall'esperimento di uno

particolare della contrarietà all'ordine pubblico – sia in ambito convenzionale che, a maggior ragione, in quello europeo, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, Torino, 2013, p. 302.

⁶⁶ CGUE, 11 maggio 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA e Orazio Formento*, causa C-38/98, punto 28.

⁶⁷ Su tale principio, già in vigore per effetto dell'art. 33 par. 1 del reg. 44/2001, si veda per tutti MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 285 ss.

specifico procedimento di *exequatur* come era invece previsto dal regolamento 44/2001⁶⁸.

In particolare, l'art. 39 del regolamento n. 1215/2012 dispone che una «decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in tale Stato membro è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività». Ciò implica che il creditore in favore del quale è stata pronunciata una decisione – esecutiva, anche solo provvisoriamente, nello Stato membro di origine – può immediatamente dar corso all'esecuzione forzata in un altro Stato membro in cui si trovino beni del debitore aggredibili *in executivis*.

Tuttavia, il dispiegarsi automatico degli effetti (di accertamento ed esecutivi) di una decisione in uno Stato membro diverso da quello in cui è resa viene controbilanciata con la previsione di motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione tuttora posti dagli artt. 45 e 46 reg. Bruxelles I-*bis*, ai quali potrà richiamarsi la parte contro cui è richiesta l'esecuzione, perché quest'ultima venga negata in un apposito procedimento giurisdizionale da instaurarsi dinanzi alle autorità dello Stato membro richiesto dell'esecuzione⁶⁹.

Ora, per quanto riguarda quest'ultimo, già il considerando n. 30 del medesimo reg. 1215/2012 prevedeva l'ipotesi nella quale «la parte che si oppone all'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro dovrebbe, nei limiti del possibile e, conformemente al sistema giuridico dello Stato membro richiesto, poter invocare, nella medesima procedura, oltre ai motivi di diniego contemplati dal presente regolamento i motivi di diniego previsti dal diritto nazionale»⁷⁰. In ossequio a tale previsione anche nell'ordinamento italiano l'ufficio giudiziario competente a conoscere dei procedimenti *ex art. 46 reg. 1215/2012* è stato individuato nei «tribunali ordinari»⁷¹.

Si è così affermata la tesi secondo cui «il tribunale territorialmente competente per il giudizio di cui agli artt. 46 ss. reg. Ue n. 1215 del 2012 debba essere individuato ai sensi dell'art. 615 c.p.c., in modo da consentire, per le sole decisioni condannatorie, un eventuale cumulo, in sede di giudizio di opposizione

⁶⁸ In riferimento a tale profonda innovazione in un momento in cui il regolamento Bruxelles I-*bis* non era ancora entrato in vigore, si veda MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 325 ss., in part. p. 328.

⁶⁹ Sul punto, cfr. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 285 ss., secondo i quali «nemmeno il regolamento Bruxelles I-*bis*».

⁷⁰ Il considerando 30 costituisce un superamento del principio affermato dalla pronuncia della Corte di giustizia, CGUE, 13 ottobre 2011, *Prism Investments BV c. Jaap Anne van der Meer*, C-139/10 (in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2012, p. 326, con nota di R. WAGNER, *Vollstreckbarerklärungsverfahren nach der EuGVVO und Erfüllungseinwand. Dogmatik vor Pragmatismus?*), in cui – nella vigenza del previgente sistema codificato nel reg. 44/2001 – la Corte aveva ritenuto che, nel giudizio avverso la dichiarazione di esecutività rilasciata nello Stato Membro di origine del provvedimento, non potessero essere dedotti motivi diversi da quelli espressamente previsti poiché era opportuno salvaguardare la speditezza della procedura: dunque, dovevano distinguersi i “classici” motivi di opposizione all'esecuzione (da proporre nello Stato di esecuzione) dai motivi ostativi al riconoscimento (che andavano invece proposti al paese di emissione).

⁷¹ Tale scelta è stata adottata dal Governo e comunicata alla Commissione ai sensi dell'art. 75 lett. a del regolamento n. 1215/2012: può essere reperita all'indirizzo: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/BXLL_notifications_Italy.pdf, ultima consultazione 25.6.2024.

all'esecuzione, tra le ragioni di diniego dell'esecuzione e quelle di diritto processuale civile interno che giustificano la proposizione di opposizione all'esecuzione»⁷².

Tale impostazione peraltro sembra essere stata di recente avallata dal legislatore della recente riforma Cartabia, il quale è intervenuto sul 4 comma dell'art. 30-*bis* del d.lgs. 1 settembre 2011, n.150, prevedendo che «si svolgono con il rito semplificato di cognizione di cui agli art. 281-*decies* e seguenti del codice di procedura civile i procedimenti di diniego del riconoscimento o dell'esecuzione e di accertamento dell'assenza di motivi di diniego del riconoscimento di decisioni immediatamente esecutive emesse dalle autorità giurisdizionali degli Stati membri in conformità al Diritto dell'Unione»⁷³.

Se anche quanto sin qui rilevato risulta corretto, è evidente che in Italia è – in prima battuta – l'opposizione all'esecuzione la sede in cui un consumatore può ottenere tutela rispetto ad una aggressione esecutiva avviata sulla base di una ingiunzione emessa all'estero ed ivi non opposta, denunciando che, nel procedimento *a quo*, non sia stata rilevata la nullità di protezione di una clausola contrattuale che ha portato alla pronuncia dell'ingiunzione. Ed è evidente che tale sia la via di tutela che si apra al consumatore anche quando il giudice dell'esecuzione rilevi d'ufficio la nullità di protezione, segnalandola all'esecutato, il quale risulta legittimato a farla valere proprio con quello strumento di prossimità che sia in grado di offrirgli una tutela immediata nei confronti di una esecuzione avviata: vale a dire l'opposizione all'esecuzione.

Si noterà che tale eventualità costituiva uno degli strumenti alternativi di tutela che una parte della dottrina ha sostenuto all'indomani della pronuncia della Corte di Giustizia e, ancora, che ha continuato a sostenere anche dopo la pronuncia delle Sezioni Unite⁷⁴.

9. *Riepilogo e conclusioni.* - Sembra opportuno, in chiusura (almeno provvisoria) della presente ricerca, riepilogare i risultati intermedi e rassegnare le conclusioni cui si è giunti.

⁷² In questo senso E. D'ALESSANDRO, *Titolo esecutivo europeo e opposizione all'esecuzione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, pp. 565 ss., in part. p. 568; più di recente nello stesso senso M. FARINA, *I procedimenti per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere nella recente riforma del processo civile in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2023, p. 78. In giurisprudenza, si veda Trib. Milano, 10 settembre 2019, in *Rivista di diritto processuale*, 2021, p. 1086 ss., con nota adesiva sul punto di V. GIUGLIANO, *Opposizione a precetto, sospensione del giudizio e dell'esecuzione per impugnazione all'estero della decisione straniera nel Regolamento Bruxelles I bis*.

⁷³ In particolare, ai sensi del comma 4 dell'art. 30 d.lgs. 150/2011, «sono introdotti con tale rito i procedimenti previsti dagli atti di seguito indicati: 1) regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale». La competenza funzionale dei «tribunali ordinari», e dunque degli uffici giurisdizionali competenti in materia di esecuzione, è confermata indirettamente dal successivo comma 6 del medesimo art. 30 d.lgs. 150/2011, il quale prevede la competenza della Corte di Appello per «i procedimenti previsti dagli atti di cui ai commi 1, 3 e 5», dunque con esclusione di quelli previsti dal comma 4.

⁷⁴ Cfr. par. 1.

In primo luogo, si pensa di aver appurato che la recente vicenda giudiziaria che ha accentrato su di sé l'attenzione da parte della dottrina italiana attesti l'avanzamento del processo di integrazione europea, ponendosi a ben vedere in continuità con la pregressa giurisprudenza della Corte di Giustizia europea⁷⁵.

Del resto, anche la ricerca comparata rende evidente come quello italiano non costituisca un caso isolato⁷⁶. Quanto alle soluzioni nel concreto adottate, quella italiana (opposizione tardiva a decreto ingiuntivo) si segnala senz'altro per essere – rispetto a quelle adottate da altri ordinamenti – la più conservativa dal punto di vista del diritto interno: nell'inerzia del legislatore, le Sezioni Unite hanno tentato un supremo sforzo per dare seguito al *dictum* della Corte di Giustizia, mantenendo il massimo rispetto dei principi generali del processo italiano. D'altro canto, la stessa soluzione adottata dalle Sezioni Unite – ispirata alla strenua separazione tra cognizione ed esecuzione – sembra emergere dal chiaroscuro della regolamentazione europea⁷⁷.

Tuttavia, la possibilità di interpretare la disciplina di tutela del consumatore alla stregua di una normativa di ordine pubblico sembra aprire uno squarcio in tale sistema, offrendo al consumatore nuove vie e nuove sedi di tutela più immediate e più vicine, come quella dell'opposizione *ex art.* 615 c.p.c., nell'ipotesi in cui ad essere posta in esecuzione sia una ingiunzione emessa in altro paese Membro della Unione⁷⁸.

V'è da precisare che la possibilità di accedere a tale interpretazione dipenderà dalla conferma dell'orientamento della Corte di Giustizia secondo cui la tutela del consumatore integra un profilo di ordine pubblico internazionale e non solo interno⁷⁹.

Qualora ciò risulti confermato, sarebbe difficile ritenere che il differente regime di tutela per le ingiunzioni estere non abbia ripercussioni anche interne, sul meccanismo di tutela congegnato dalle Sezioni Unite che fa perno sulla opposizione tardiva a decreto ingiuntivo.

Invero, il regime di tutela transfrontaliera del consumatore, comparato a quello interno delineato dalle Sezioni Unite, rischierebbe di tradursi in un inammissibile strumento di protezione del consumatore rispetto ad ingiunzioni estere. Mentre infatti per queste ultime all'esecutato sarebbe aperta la possibilità di chiedere tutela con il più flessibile strumento dell'opposizione all'esecuzione, per i decreti ingiuntivi interni il consumatore sarebbe necessariamente rinviato allo strumento dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo.

⁷⁵ Cfr. par. 2.

⁷⁶ Cfr. par. 3.

⁷⁷ Cfr. par. 5 e 6.

⁷⁸ Tale eventualità, in ultima istanza, risulta affidata alla circostanza che la Corte di giustizia, in ciò seguita dai giudici dei paesi membri, confermi la qualificazione della disciplina posta a tutela dei consumatori alla stregua di norme di ordine pubblico internazionale.

⁷⁹ Per la netta distinzione, si veda ancora oggi BALLARINO, *Diritto internazionale*, cit., p. 109 ss.; in senso contrario, per il superamento della distinzione tra diritto pubblico interno e internazionale, v. MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale*, cit., p. 257.

E' evidente come, in tale ottica, risulterebbe leso il principio di equivalenza tra provvedimenti interni ed esteri. E' dunque plausibile ritenere che i recenti principi affermati dalle Sezioni Unite rappresentino solo un primo – più radicale e conservativo – tentativo di coordinare il sistema processuale interno con il diritto sostanziale europeo, destinato tuttavia ancora ad affinarsi sia in riferimento all'ambito di applicazione, che alla sede individuata per la tutela al consumatore⁸⁰.

Di qui la previsione per cui il meccanismo di tutela delineato dalle Sezioni Unite sia destinato ad essere ulteriormente rivisto, almeno allo scopo di riallineare la disciplina interna di tutela del consumatore (allo stato, individuata nella opposizione tardiva a decreto ingiuntivo) con quella transfrontaliera (opposizione all'esecuzione).

Più difficile è stabilire se la tutela del consumatore possa arrivare ad implicare – a valle del rilievo officioso della nullità di protezione da parte del giudice dell'esecuzione – anche la chiusura del processo esecutivo con un provvedimento che ne dichiari l'estinzione atipica ai sensi dell'art. 187-*bis* disp. att.; ovvero la configurabilità a suo favore di una *actio nullitatis* da esercitarsi in qualunque sede e in qualunque tempo.

Invero, proprio il contesto costituito dalla cooperazione europea in materia giudiziaria dovrebbe permettere di cogliere l'incidenza che tali (radicali) soluzioni avrebbero sulla circolazione dei provvedimenti nello spazio giudiziario europeo. La prospettiva di un giudice dell'esecuzione che – soprattutto a causa di una regolamentazione lacunosa dei suoi poteri come quella vigente nell'ordinamento italiano – si limiti a disapplicare puramente e semplicemente un provvedimento

⁸⁰ In senso non dissimile, di recente, sembra essersi pronunciato GIUSSANI, *Dibattito a più voci su decreto ingiuntivo, processo esecutivo e tutela del consumatore dopo Cass. s.u. 6 aprile 2023, n. 9471*, cit., pp. 894 ss., in part. p. 903, per il quale «appare dunque lecito immaginare che l'elaborazione delle implicazioni delle pronunce della Corte di Giustizia sia destinata a ulteriori sviluppi». Sul punto, si veda anche SASSANI, *Dibattito a più voci su decreto ingiuntivo*, cit., p. 907, che auspica «che le sezioni unite ritornino in futuro sul tema, per confermare la prima parte del decalogo ma per ripensare la sua seconda parte, quella che forza l'opposizione tardiva nella risposta in sede esecutiva».

emesso in altro paese membro⁸¹; ovvero di un'*actio nullitatis*, esercitabile *ex novo*, che metta in discussione quanto già altrove deciso ed eseguito, costituirebbe quando di più contrastante con quel minimo di "reciproca fiducia" che ha sempre caratterizzato il mutuo riconoscimento dei provvedimenti in Europa⁸².

Per arrivare a simili soluzioni, vale a dire per affermare che la tutela del consumatore debba essere perseguita anche a scapito del principio di certezza dei rapporti giuridici oramai esauriti, sarebbe auspicabile una presa di decisione di chiaro segno politico adottata – non solo e non tanto dalla Corte di Giustizia, ma – da parte del legislatore europeo⁸³.

⁸¹ Per affermare tale soluzione, nella letteratura che è fiorita a valle delle pronunce della Corte di Giustizia e delle Sezioni Unite, si è fatta strada la tesi di qualificare il vizio di cui è affetta l'ingiunzione – in mancanza di rilievo ufficioso della nullità di protezione da parte del giudice – come un mero *error in procedendo*, vale a dire un errore di attività (processuale) del giudice (per un esempio autorevole in tal senso, cfr. BOVE, *La tutela del consumatore*, cit., p. 9 ss.). Tale inquadramento, nelle intenzioni dei più decisi assertori di tale schema, doveva servire ad avallare una lettura per cui fosse lo stesso giudice dell'esecuzione a rilevare il vizio di formazione del titolo giudiziale e, conseguentemente, chiudere la procedura con un provvedimento di estinzione atipica. Tale interpretazione, che già si rivela eccessiva nelle ipotesi di ingiunzione interna (dal momento che, potenzialmente, solo una parte di essa – ad es. quella relativa alla condanna agli interessi moratori – potrebbe essere inficiata dalla nullità), trasferita nel contesto transfrontaliero rivelerebbe un intrinseco carattere "eversivo" dal momento che porrebbe nel nulla la "reciproca fiducia" su cui si fonda il sistema europeo di circolazione dei provvedimenti giudiziari. Ma anche a prescindere da tale rilievo, è la premessa di tale ragionamento – l'inquadramento del vizio dell'ingiunzione quale puro *error in procedendo* – a non convincere. Ed invero, non è chi non veda come il mancato rilievo della nullità di protezione (ammesso che possa già di per se stesso interpretarsi come mero vizio di attività) presuppone sempre e comunque un preventivo *giudizio* circa l'applicabilità della disciplina sostanziale di tutela del consumatore, e soprattutto il rilievo dello *status* del consumatore e il ricorrere di quelle condizioni e presupposti sostanziali che rendono abusiva la clausola contrattuale. A ben vedere infatti, quando il legislatore (nella fattispecie, quello europeo) attribuisce uno status (in questo caso, quello del consumatore) a cui si lega un determinato trattamento sostanziale (la nullità delle clausole abusive) e processuale (la loro rilevanza d'ufficio) derogatorio rispetto al diritto comune, pretendere di scindere l'uno aspetto dall'altro risulta una pura chimera: l'errore del giudice (così come il vizio della sentenza) è inestricabilmente tanto sostanziale quanto processuale. Resta invece dimostrato come, anche in base alla interpretazione qui criticata, la via maestra per individuare lo strumento di tutela del consumatore è costituito dalla qualificazione del vizio di cui risulta affetta una ingiunzione emessa in mancanza di rilievo ufficioso della nullità di protezione: dalla qualificazione della disciplina consumeristica come questione di ordine pubblico, consegue l'individuazione dello strumento di tutela, nella fattispecie quello individuato dagli artt. 45 ss. reg. 1215/2012 da far valere in sede di opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c. Meccanismo di tutela che – per analogia – dovrebbe ritenersi applicabile anche alle ingiunzioni meramente interne.

⁸² Cfr. sul punto il considerando 26 del reg. 1215/2012, secondo il quale «la fiducia reciproca nell'amministrazione della giustizia all'interno dell'Unione giustifica il principio secondo cui le decisioni emesse in uno Stato membro dovrebbero essere riconosciute in tutti gli Stati membri senza la necessità di una procedura speciale. Inoltre, la volontà di ridurre la durata e i costi dei procedimenti giudiziari transfrontalieri giustifica l'abolizione della dichiarazione di esecutività che precede l'esecuzione nello Stato membro interessato. Di conseguenza, la decisione emessa dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro dovrebbe essere trattata come se fosse stata pronunciata nello Stato membro interessato». Ma si vedano in proposito anche i considerando nn. 16 e 17 del regolamento 44/2001.

⁸³ Non è chi non veda, peraltro, come anche l'idea di ricondurre la tutela del consumatore tra i principi dell'ordine pubblico, e dunque tra i limiti posti al riconoscimento e all'esecuzione di una decisione nello spazio giudiziario europeo, risulta in aperta contraddizione con l'assunto della reciproca fiducia tra le autorità giudiziarie degli Stati europei, sancito dal medesimo regolamento 1215/2012. Tale regime, tuttavia, discenderebbe quantomeno dalla disciplina posta da quest'ultimo regolamento (in part. gli artt. 45 ss.), laddove peraltro è espressamente ricompresa l'ipotesi (art. 45, par. 1 lett. e) del contrasto con le disposizioni relative al riparto di giurisdizione in materia di

contratti conclusi dai consumatori (di cui al capo 2 sezione 4, artt. 17-19, del regolamento). Ciò che, retrospettivamente, dovrebbe dimostrare la rilevanza della violazione della disciplina consumeristica tra i principi di ordine pubblico e, contestualmente, la necessità che il relativo regime sia posto espressamente da atti normativi.

LO SPAZIO DELLA PENA DI MORTE NEGLI STATI UNITI

LAURA ARDUINI*

La pena di morte nello scenario degli Stati Uniti rappresenta, tutt'oggi, un tema di grande interesse, considerando che quella statunitense è l'unica democrazia occidentale nella quale permane tale controversa punizione. L'obiettivo del presente contributo è, innanzitutto, quello di fare luce sulla reale ed effettiva operatività della pena capitale nel panorama statunitense; in secondo luogo, quello di comprendere le ragioni della sopravvivenza di tale elemento che è, inequivocabilmente, parte integrante del c.d. American exceptionalism. A questo fine sarà, evidentemente, indispensabile prendere in considerazione il peculiare contesto statunitense: il federalismo, il localismo, nonché altri tropi culturali saranno le stelle polari della nostra indagine. Altrettanto inevitabile sarà esaminare il ruolo che la Corte Suprema federale ha avuto nel definire gli spazi riservati alla pena capitale, nonché l'attuale configurazione della "macchina della morte".

The death penalty in the scenario of the United States of America represents a topic of great interest today, considering that the U.S. one is the only Western democracy in which this controversial punishment remains. The aim of this contribution is, firstly, to shed light on the real and effective operation of capital punishment in the U.S.; secondly, to understand the reasons for the survival of this element that is, unequivocally, a component of the so-called American exceptionalism. In order to reach the above-mentioned conclusions, it will, evidently, be essential to take into consideration the peculiar U.S. context: federalism, localism, as well as other cultural tropes will be the polar stars of our investigation. Equally inevitable will be an examination of the role that the U.S. Supreme Court has played in defining the spaces reserved for capital punishment, as well as the current configuration of the "machinery of death".

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La pena di morte, l'Ottavo Emendamento e la prima giurisprudenza della Corte Suprema: lo scenario iniziale. – 3. L'evoluzione del contesto sociopolitico statunitense a partire dagli anni Cinquanta del Novecento. – 4. Il caso *Furman*: la costituzionalità della pena di morte in sé e per sé al vaglio della Corte Suprema. – 4.1. La sentenza *Furman*: la condanna di una pena. – 4.2. Interpretazioni,

* Dottoranda in diritto comparato presso l'Università degli Studi di Firenze.

conseguenze ed implicazioni della sentenza *Furman*. – 5. La sentenza *Gregg*: la condanna di una disciplina. – 6. Gli sviluppi successivi tra razionalizzazione, democratizzazione e localizzazione della pena di morte. – 7. Il lento declino della pena di morte: lo scenario attuale.

1. *Considerazioni introduttive*. – La pena di morte persiste tutt’oggi nello scenario statunitense, che per questo si differenzia dalle altre democrazie occidentali. Tuttavia, è importante capire in che misura questa «macchina della morte»¹ sia azionata.

Si ricordi, innanzitutto, che nello spazio giuridico americano convivono reati capitali federali, previsti dallo *United States Code*², e reati capitali statali, enumerati dai legislatori statali. A livello federale, a partire dagli anni Cinquanta del Novecento le esecuzioni sono state esigue ed al momento sono sospese³. A livello statale, gli Stati Uniti contano ventitré stati abolizionisti e ventisette stati retenzionisti⁴. Tra quest’ultimi, in alcuni è in atto una moratoria formale delle esecuzioni⁵ e negli altri la pena capitale è applicata molto raramente⁶.

Il presente contributo tratterà la pena di morte negli Stati Uniti, soprattutto analizzando le relative pronunce della Corte Suprema federale, al fine di comprendere perché questa punizione permane, quali spazi le vengono riservati e quali significati le vengono attribuiti.

2. *La pena di morte, l’Ottavo Emendamento e la prima giurisprudenza della Corte Suprema: lo scenario iniziale*. – Secondo la Dichiarazione d’Indipendenza americana (1776), la vita è un diritto inalienabile dell’uomo⁷; tuttavia, dal Quinto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d’America⁸, secondo il quale

¹ La «macchina della morte» («*the machinery of death*») è un’espressione impiegata dal Justice Blackmun a partire nella sua *dissenting opinion* nella sentenza *Callins v. Collins*, 510 U.S. 1141 (1994), p. 3.

² Lo *United States Code* è la raccolta delle leggi federali degli Stati Uniti e fu introdotto nel 1926. I reati capitali federali sono elencati nel Titolo 18, Parte I. Testo disponibile al link <https://uscode.house.gov>, data ultima consultazione 14.04.2024.

³ Le esecuzioni federali sono sospese da una moratoria formalizzata dal procuratore generale Merrick Garland nel 2021. In passato, ci fu una moratoria *de facto* (non formalizzata, consistente in una sospensione di puro fatto dell’applicazione della pena di morte) dal 1963 al 2001 ed una seconda dal 2003 al 2020. P. PASSAGLIA, *La condanna di una pena. I percorsi verso l’abolizione della pena di morte*, Firenze, 2021, p. 67.

⁴ Informazioni disponibili alla sezione *State by State* su *Death Penalty Information Center*, <https://deathpenaltyinfo.org/states-landing>, data ultima consultazione 14.04.2024.

⁵ *Ibidem*.

⁶ In generale, tra gli altri stati che mantengono la pena di morte, alcuni stati la prevedono solo sulla carta, ma non infliggono condanne a morte; altri irrogano condanne a morte, ma non le eseguono (“stati simbolo”). I restanti stati applicano la pena capitale sia irrogandola, sia mettendo in atto le esecuzioni (“stati esecutori”); questi sono una minoranza: il Texas e altri pochi stati (che, comunque, non eguagliano il peculiare caso texano).

⁷ Vedi il Preambolo della Dichiarazione d’Indipendenza americana, 4 luglio 1776. Il testo è disponibile online al link <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration>, data ultima consultazione 14.04.2024.

⁸ Il testo del Quinto Emendamento (parte del *Bill of Rights*, 1791) della Costituzione americana è disponibile al link <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>, data ultima consultazione 14.04.2024.

nessun uomo può essere privato della vita senza un giusto processo, si può dedurre implicitamente, a detta di molti illustri studiosi del tema⁹, che il giusto processo può concludersi con la condanna a morte. Allo stesso modo viene letto dai più il Quattordicesimo Emendamento, contenente le stesse previsioni del Quinto Emendamento, riferendole agli stati (invece che al governo federale)¹⁰.

L'Ottavo Emendamento della Costituzione, invece, recita: «Non sarà richiesta una cauzione eccessiva, né inflitte multe eccessive, né inflitte punizioni crudeli ed insolite»¹¹. Esso, dunque, prevede un divieto di pene crudeli ed inusitate, il quale non poteva, nella sua originaria interpretazione, annoverare tra le pene vietate anche la pena di morte per due ragioni. Innanzitutto, se altrimenti, l'Ottavo Emendamento avrebbe smentito quanto previsto dal Quinto Emendamento e ciò sarebbe stato paradossale, considerata la contestuale scrittura ed emanazione dei due Emendamenti. In secondo luogo, il *Bill of Rights* inglese, al quale il *Bill of Rights* statunitense evidentemente si ispira¹²,

contemplava il divieto di pene crudeli ed inusitate senza mai annoverare tra esse le esecuzioni.

⁹ Un illustre esperto in tema di pena di morte negli Stati Uniti, David Garland, ha affermato che «il linguaggio della Costituzione riconosce implicitamente agli stati il potere di infliggere la pena capitale» ed ancora «il Quinto Emendamento (adottato nel 1791) fa diretto riferimento alla pena capitale e ne riconosce implicitamente la validità». D. GARLAND, *La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo*, edizione italiana a cura di A. Ceretti, Milano, 2013.

¹⁰ Per esempio, David Garland lo ha affermato ripetutamente. GARLAND, *La pena di morte in America*, cit.

¹¹ Il testo dell'Ottavo Emendamento (parte del *Bill of Rights*, 1791) della Costituzione statunitense è disponibile al link <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>, data ultima consultazione 14.04.2024.

¹² Oltre ad essere un fatto storicamente noto, è anche il testo stesso della Carta dei diritti inglese (1689) a suggerire evidentemente come esso sia stato preso a modello per la scrittura del *Bill of Rights* statunitense. A tal proposito, si legga il seguente passo del *Bill of Rights* inglese: «[...] non dovrebbe essere richiesta una cauzione eccessiva, né inflitte multe eccessive, né inflitte punizioni crudeli e insolite [...]». Il testo del *Bill of Rights* inglese (1689) è disponibile al link <http://hrlibrary.umn.edu/education/engbillofrights.html>, data ultima consultazione 14.04.2024.

Gli statunitensi non si ispirarono al *Bill of Rights* inglese solo per la scrittura della loro carta dei diritti, ma anche per il significato, per la *ratio*, infine per l'interpretazione di essa e questo, con particolare riguardo al divieto di pene crudeli ed inusitate, è stato più volte sottolineato. Vedi A.N. FLEMING, *Louisiana's newest capital crime: The death penalty for child rape*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1998, LXXXIX, 2, pp. 717-750. Vedi anche l'opinione dissenziente del Justice Field all'interno della sentenza della Corte Suprema del 1892 per il caso *O'Neil v. Vermont*: «[...] [la punizione inflitta] era una che, nella sua gravità, considerando i reati per i quali era stato condannato [il colpevole], può essere giustamente definita insieme 'insolita e crudele'. Questa denominazione, è vero, è di solito applicata alle punizioni che infliggono tortura, come la rastrelliera, la vite a testa zigrinata, lo stivale di ferro, lo stiramento degli arti e simili, che sono accompagnate da dolore e sofferenza acuti. Tali punizioni furono un tempo inflitte in Inghilterra, ma furono rese impossibili dalla dichiarazione dei diritti, adottata dal Parlamento al termine vittorioso della rivoluzione del 1688, e successivamente confermate nella carta dei diritti. Fu lì dichiarato che non doveva essere richiesta una cauzione eccessiva, né inflitte multe eccessive, né inflitte punizioni crudeli e insolite. Da quel periodo questa dottrina è stata la legge consolidata d'Inghilterra, intesa come una sicurezza perpetua contro l'oppressione del suddito da una qualsiasi di queste cause. È incarnato nell'Ottavo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti e nelle costituzioni di molti degli stati [...]». Traduzione fatta da chi scrive. *O'Neil v. Vermont*, 144 U.S. 323 (1892), p. 339.

La Costituzione statunitense (1789) non conteneva inizialmente il *Bill of Rights*, il quale entrò in vigore nel 1791 sotto forma di dieci Emendamenti costituzionali¹³. La celere elaborazione della carta dei diritti fondamentali statunitense fu il risultato di forti sollecitazioni mosse, già durante la redazione della Costituzione, dagli antifederalisti¹⁴, i quali avvertivano l'urgenza di tutelare il cittadino nei confronti del potere federale¹⁵.

Fu premura di personaggi come Holmes¹⁶ ed Henry¹⁷ soffermarsi ed insistere sull'importanza di un divieto di pene *cruel and unusual*, al fine di limitare il potere legislativo nella predisposizione delle pene per i reati. Le preoccupazioni da essi manifestate furono mitigate dalla promessa della scrittura del *Bill of Rights*, nel quale, non a caso, fu inserito anche l'Ottavo Emendamento come freno alla

¹³ V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiale per un confronto civil law common law*, Torino, 2014, pp. 337-338.

¹⁴ All'epoca della Convenzione di Filadelfia si contrapponevano due schieramenti dalle idee profondamente diverse: gli Antifederalisti e i Federalisti. I primi erano favorevoli a concentrare il potere nelle mani dei singoli stati ed avevano paura di sacrificare gli spazi delle loro nuove conquiste in termini di indipendenza e potere. I secondi ritenevano importante, al contrario, rafforzare il potere centralizzato.

¹⁵ Come è noto, la Costituzione statunitense è il frutto e l'espressione dei compromessi raggiunti tra Federalisti e Antifederalisti. Si può affermare lo stesso per quanto riguarda i primi dieci Emendamenti costituzionali: essi furono l'attuazione di una promessa fatta dai Federalisti agli Antifederalisti, in quanto quest'ultimi si erano mostrati favorevoli all'emanazione della Costituzione solo se fosse stata inserita al suo interno anche una Carta dei diritti fondamentali. VARANO, BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 342. C. BASSU, M. BETZU, F. CLEMENTI, G. COINU, *Diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America. Una introduzione*, Torino, 2022, pp. 6-7.

¹⁶ Si ricordi quanto detto da Abraham Holmes, in occasione della *Massachusetts Convention* del 1788: «Ciò che dà un ulteriore lampo di orrore a queste cupe circostanze è la considerazione che il Congresso deve accertare, indicare e determinare che tipo di punizioni devono essere inflitte alle persone condannate per crimini. Non sono trattenuti da nessuna parte dall'inventare le punizioni più crudeli e inaudite e annetterle ai crimini; e non vi è alcun controllo costituzionale su di loro, ma che le rastrelliere e le forche possano essere tra gli strumenti più miti della loro disciplina». Traduzione fatta da chi scrive. A. HOLMES, *Massachusetts Ratifying Convention*, 30 gennaio 1788, Elliot 2:111, in *The Founders' Constitution*, Volume 5, Amendment VIII, Document 12, <https://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendVIII12.html>, data ultima consultazione 14.04.2024.

¹⁷ Il noto antifederalista Patrick Henry nella *Virginia Convention* del 1788: «Il Congresso, in base ai suoi poteri generali, può pienamente entrare negli affari della legislazione umana. Essi possono legiferare, nei casi penali, dal tradimento al reato più basso, il piccolo furto. Confido che, nella definizione dei crimini, saranno diretti da ciò da cui i saggi rappresentanti dovrebbero essere governati. Ma quando si arriva alle punizioni, non dev'essere lasciata alcuna libertà, né si deve dipendere dalla virtù dei rappresentanti. Cosa dice la nostra carta dei diritti [della Virginia]? – 'che non dovrebbero essere richieste una cauzione eccessiva, né inflitte multe eccessive, né irrogate punizioni crudeli ed insolite'. Non state, quindi, ora inviando quei gentiluomini che dovranno comporre il Congresso, a [...] definire punizioni senza questo controllo? Troveranno li sentimenti simili a questa carta dei diritti? Li lasciate liberi; fate di più: vi allontanate dal genio del vostro paese [...].» Traduzione fatta da chi scrive. Vedi *Debate in Virginia Ratifying Convention*, 16 giugno 1788, Elliot 3:447-48, 451-52, in *The Founders' Constitution*, Volume 5, Amendment VIII, Document 13, https://press-pubs.uchicago.edu/founders/print_documents/amendVIII13.html, data ultima consultazione 14.04.2024.

discrezionalità del legislatore e delle corti¹⁸. Dunque, se prima del 1791 si discuteva circa il suo inserimento nel testo costituzionale, a partire dal 1791 si cominciò ad interrogarsi circa la sua interpretazione¹⁹. Infatti, il divieto di pene *cruel and unusual* dell'Ottavo Emendamento è caratterizzato da estrema genericità; per questo, ci si chiedeva quali fossero le pene vietate e se il novero di tali punizioni dovesse essere quello a cui i *Framers* avevano pensato²⁰ oppure quello derivante dall'evolversi del contesto socioculturale²¹. Tuttavia, non è mai stato messo in discussione il fatto che la pena di morte non rientrasse nel divieto dell'Ottavo Emendamento.

Inoltre, a partire dagli anni Venti del Novecento la *U.S. Supreme Court*, pur cercando di mantenersi estranea all'amministrazione della giustizia penale statale²², intervenne per invalidare gli elementi di violazione dei diritti e di esercizio arbitrario del potere. In tale quadro, anche laddove la Corte si pronunciò su casi riguardanti reati capitali, comunque non dubitò mai della costituzionalità della pena di morte in sé e per sé considerata; piuttosto, i *Justices* si limitavano a valutare la costituzionalità (in particolare, la conformità alla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento) del procedimento di irrogazione di tale punizione.

3. *L'evoluzione del contesto sociopolitico statunitense a partire dagli anni Cinquanta del Novecento.* – Negli ultimi decenni del Novecento, le democrazie occidentali abbandonarono definitivamente la pena di morte, ma gli Stati Uniti rimasero l'eccezione. Tuttavia, nel panorama statunitense degli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento, c'erano tutte le premesse per un'auspicabile abolizione della pena capitale. Infatti, le élite liberali ritenevano che tale sanzione fosse diventata inutile, oltre che moralmente riprovevole; il favore da parte della popolazione aveva raggiunto il minimo storico ed il numero delle esecuzioni era in progressivo calo²³. Inoltre, i criminologi avevano finalmente smentito l'efficacia, soprattutto in termini di deterrenza, della pena di morte²⁴. Studiosi, tra i quali

¹⁸ FLEMING, *Louisiana's newest capital crime*, cit., pp. 717 ss.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Questo approccio originalista fu quello adottato dalla Corte Suprema in alcune prime sentenze sul tema: *Pervear v. The Commonwealth*, 72 U.S. 475 (1866); *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1878); *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890); *McDonald v. Massachusetts*, 180 U.S. 311 (1901).

²¹ Un'interpretazione in senso evolutivo del divieto di pene crudeli ed inusitate fu offerta dalla Corte Suprema a partire dalla sentenza *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910).

²² La Corte Suprema stessa ha affermato, a partire dalla sentenza *Pervear v. The Commonwealth*, 72 U.S. 475 (1866), che l'amministrazione della pena di morte è di competenza statale e questo si lega al fatto che l'Ottavo Emendamento dev'essere considerato come incorporato nella *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento, il quale mette nelle mani degli stati la responsabilità di garantire a tutti un giusto processo. G.H. GOTTLIEB, *Testing the death penalty*, in *Southern California Law Review*, 1960, XXXIV, pp. 268-281.

²³ Informazioni disponibili in *National Polls and Studies*, in *Death Penalty Information Center*, <https://deathpenaltyinfo.org/facts-and-research/public-opinion-polls/national-polls-and-studies>, data ultima consultazione 14.04.2024.

²⁴ A titolo esemplificativo, si ricordi come D.E.J. MACNAMARA, al tempo presidente dell'*American Society of Criminology*, aveva elencato dieci argomenti a sfavore della pena di morte che

Bowers, Pierce e Sellin²⁵, dedicarono molti dei loro scritti all'osservazione di come la diminuzione dell'irrogazione della pena di morte non fosse stata causa di un calo di criminalità; al contrario, essi attribuirono alle esecuzioni un "effetto contagioso" per il selvaggio esempio da esse offerto²⁶. A queste obiezioni, si aggiunsero anche quelle morali ed etiche condivise da una vasta fetta della società e dalle confessioni religiose²⁷. Ed ancora, molti personaggi politici, sia a livello statale sia a livello federale, si dichiararono apertamente abolizionisti; i Parlamenti di vari Stati stavano considerando seriamente progetti abolizionisti, tanto che nel 1965 si ebbe il numero più alto di abolizioni statali mai avute nell'arco di un anno²⁸.

Si ricordi, adesso, che la giustizia penale è di competenza statale, quindi gli unici modi per arrivare all'abolizione della pena di morte nell'intero panorama statunitense astrattamente sono due. Il primo è quello dell'abolizione attuata, da un lato, Stato per Stato (per via legislativa o per via giudiziaria) e, dall'altro lato, a livello federale (per via legislativa o giudiziaria). Il secondo è quello della dichiarazione di incostituzionalità della pena capitale da parte della Corte Suprema federale²⁹.

Infatti, se la Costituzione affida agli Stati la disciplina della giustizia penale³⁰, allora i poteri federali possono imporre l'abolizione della pena di morte agli Stati solo attraverso l'introduzione di un Emendamento alla Costituzione

riassumevano l'orientamento ampiamente diffuso tra i criminologi del tempo sul tema. Suggestiva fu la descrizione da lui offerta con riferimento a tale punizione: «[...] fallace da un punto di vista terminologico [...], inaccettabile da un punto di vista morale ed etico [...], applicata in modo pregiudizievole e discrezionale [...], più costoso delle sue alternative [...], [una barriera] per la riforma penale in atto», citato in J. MEGIVERN, *The death penalty. An historical and Theological Survey*, New York, 1997, p. 323, citato in GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 243.

²⁵ Ad esempio, T. SELLIN, *Capital Punishment*, New York, 1967. T. SELLIN, *The Penalty of Death*, Beverly Hills, 1980.

²⁶ Un celebre studioso, R. RANTOUL JR., pochi anni dopo avrebbe, a tal proposito, affermato «[...] dopo ogni caso in cui la legge viola la santità della vita umana, quella vita è ritenuta meno sacra dalla comunità in cui l'offesa è perpetrata». Traduzione fatta da chi scrive. In R.M. MORGENTHAU, *What Prosecutors Won't Tell You*, in *New York Times*, 7 febbraio 1995, citato in E.A. FATTAH, *Il dibattito in corso sulla pena di morte come deterrente*, seminario *The death penalty in the world*, Bologna, 28-30 ottobre 1982, http://www.ristretti.it/commenti/2016/aprile/pdf4/articolo_fattah.pdf, data ultima consultazione 14.04.2024.

²⁷ Nel 1968 il Consiglio Nazionale delle Chiese, l'organizzazione ecumenica più grande degli Stati Uniti, fece una richiesta congiunta di abolizione della pena capitale, ribadendo la sacralità della vita come dono di Dio. H.A. BEDAU, *The Issue of Capital Punishment*, in *Current History*, 1967, LIII, 312, pp. 82-116. Vedi anche GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 243.

²⁸ L'Oregon, lo stato di New York, l'Iowa, il Vermont, il West Virginia abrogarono la pena capitale nel 1965. Informazioni disponibili in *State by State*, in *Death Penalty Information Center*, <https://deathpenaltyinfo.org/states-landing>, data ultima consultazione 14.04.2024.

²⁹ GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 244. P. PASSAGLIA, *Abolizione della pena di morte per via giudiziaria ed il paradosso statunitense*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, XVIII, 4, pp. 849-882.

³⁰ Questo è quanto la stessa Corte Suprema afferma a partire dalla sentenza *Pervear v. The Commonwealth*; vedi *Pervear v. The Commonwealth*, 72 U.S. 475 (1866), p. 480. Si consideri che il fatto che l'amministrazione della pena di morte sia di competenza statale è legato al fatto che l'Ottavo Emendamento dev'essere considerato come incorporato nella *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento, il quale mette nelle mani degli stati la responsabilità di garantire a tutti un giusto processo. Vedi GOTTLIEB, *Testing the death penalty*, cit., pp. 268-281.

(opzione realisticamente non contemplabile)³¹ oppure con una dichiarazione, da parte della Corte Suprema, dell'incostituzionalità di tale punizione in sé e per sé.

Si comprende, dunque, che l'unico decisivo passo verso l'abolizione nazionale della pena di morte negli Stati Uniti può essere quello eventualmente condotto dalla Corte Suprema federale nell'ambito dell'esercizio del suo potere di *judicial review of legislation*: ciò che serviva era un'abolizione giudiziaria³² (non legislativa)³³.

Una simile prospettiva diventò progressivamente verosimile negli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento, in quanto la Corte Suprema stava manifestando il proprio sostegno nei confronti della tutela dei diritti civili tramite un'interpretazione estensiva ed evolutiva del testo costituzionale³⁴. Le pronunce della Corte Warren³⁵, infatti, stavano avendo una portata rivoluzionaria su molteplici fronti³⁶, primo fra tutti quello della desegregazione razziale³⁷.

Inoltre, sempre rimanendo sul piano federale, nel 1963³⁸ si instaurò una moratoria *de facto*³⁹ delle esecuzioni. Questo fu diffusamente concepito come il primo passo verso l'abolizione formale⁴⁰ della pena di morte a livello federale, la quale, si ricordi, non sarebbe stata vincolante anche a livello statale, ma avrebbe comunque rappresentato una fonte d'ispirazione per gli Stati⁴¹.

Diventa a questo punto necessario approfondire alcuni aspetti del contesto sociopolitico americano del periodo compreso tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta del Novecento.

Innanzitutto, se da un lato il movimento per i diritti civili ed il liberalismo stavano avanzando, dall'altro lato anche la resistenza ad essi aumentava, passando

³¹ Emendare la Costituzione statunitense richiede un procedimento aggravato, illustrato dall'articolo V della Costituzione statunitense; per questo motivo, oltre ai primi dieci Emendamenti, risalenti al 1791 e componenti il *Bill of Rights*, ci sono stati, ad oggi, solo altri diciassette Emendamenti.

³² Quest'espressione è usata da Paolo Passaglia in PASSAGLIA, *La condanna di una pena*, cit.

³³ GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., pp. 238 ss.

³⁴ Ivi, pp. 244-245.

³⁵ La Corte Suprema ebbe come *Chief Justice* Earl Warren dal 1953 al 1969.

³⁶ Lo studioso David Garland, non a caso, soprannomina la Corte Warren "macchina di riforma liberale".

³⁷ Si pensi alla celebre pronuncia della Corte Suprema nel caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Quest'ultima segnò il superamento del principio "*separate but equal*" affermato dalla stessa Corte nella sentenza *Plessy v. Ferguson* del 1896, promuovendo un'effettiva eguaglianza e il superamento della segregazione razziale. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

³⁸ Il giorno 15 marzo 1963 ebbe luogo l'esecuzione di Victor Feguer, un criminale noto per essere stato l'ultimo uomo ad essere sottoposto ad un'esecuzione federale prima della moratoria scaturita a partire dalla sua morte e terminata solo nel 2001.

³⁹ La moratoria *de facto* o informale è quella che «crea una sospensione di puro fatto dell'applicazione della pena di morte, ha tendenzialmente una resistenza minore rispetto a quella formalizzata, anche se ciò non deve condurre a sottovalutare il suo impatto potenziale». Questa è la definizione fornita dal giurista Paolo Passaglia in PASSAGLIA, *La condanna di una pena*, cit., p. 67.

⁴⁰ L'abolizione formale è l'eliminazione della pena di morte dall'ordinamento giuridico. L'abolizione formale può essere stabile o instabile, a seconda di vari fattori, molti dei quali non si possono prevedere *ex ante*, ma solo *ex post*. Un elemento che si può conoscere fin dall'inizio e che è rilevante per la durata e la stabilità dell'abolizione è la fonte che prevede l'abolizione. Ivi, p. 58.

⁴¹ Ivi p. 68.

dall'essere un fenomeno regionale (sudista) all'essere un fenomeno nazionale⁴². I promotori di tale movimento divulgarono i propri ideali, distorcendo a loro vantaggio la realtà dei fatti: per esempio, diffusero l'idea che l'aumento della criminalità fosse una diretta conseguenza delle violente proteste per i diritti civili; divulgarono anche l'immagine di una Corte Suprema che, con le sue pronunce, stava abusando del proprio potere e usurpando quello statale, dichiarando incostituzionali alcune secolari tradizioni del Sud⁴³.

Dinanzi a questo scenario, i politici repubblicani capirono come ottenere il voto degli elettori sudisti e della classe operaia bianca del Nord: avrebbero dovuto assicurare il ripristino delle tradizioni⁴⁴ e un maggior potere statale. Per questo, Richard Nixon, candidato repubblicano alle elezioni presidenziali del 1968, promise l'attuazione di un regime di *law and order*, che avrebbe compreso: la restituzione della dovuta centralità al potere statale⁴⁵, la riduzione dell'inedita crescente criminalità ed il recupero di alcuni valori persi⁴⁶. Egli pose, dunque, come uno dei pilastri della sua campagna elettorale anche il sostegno alla pena di morte.

Fino ad allora, la pena capitale non aveva rappresentato un terreno di scontro nelle elezioni (né statali, né federali) oppure, quando lo era stata in minima parte, non era stata determinante per il voto dell'elettorato in un senso o nell'altro. Tuttavia, a partire dagli anni Settanta, si assistette alla c.d. «*politicization of death penalty*»⁴⁷: Nixon e, successivamente, Reagan giocarono la carta del sostegno alla pena di morte per ottenere ampio consenso popolare. In particolare, essi promossero un'immagine di quella punizione al tempo ormai comunemente smentita dagli esperti: quella dell'esecuzione come deterrente, come purificazione della popolazione, come eliminazione di un pericolo⁴⁸.

⁴² I bianchi del Sud si erano fin da subito opposti al movimento per i diritti civili; i bianchi del Nord, invece, cominciarono a prendere parte alla resistenza solo a partire dall'inedito cambiamento demografico che si stava verificando negli anni Sessanta. Molte persone povere di colore, infatti, stavano migrando dalle città del Sud a quelle del Nord in cerca di lavoro; per questo motivo, gli operai bianchi del Nord si resero protagonisti di proteste per lo scarseggiare delle risorse, degli alloggi, delle opportunità lavorative etc.

⁴³ Si è detto pocanzi come il ruolo della Corte Suprema fu decisivo nella lotta alla segregazione razziale, tradizione secolare della cultura sudista.

⁴⁴ GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 274.

⁴⁵ I repubblicani sostenevano che il potere federale aveva oltrepassato i propri confini: a partire dal *New Deal* di Roosevelt e poi con la *Great Society* di Johnson; ma anche con le pronunce della Corte Warren, le quali avevano sradicato alcune remote tradizioni (soprattutto sudiste e conservatrici) in nome del liberalismo.

⁴⁶ GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 275.

⁴⁷ Questa è l'espressione con la quale l'illustre filosofo Hugo Bedau ha descritto il fenomeno in H.A. BEDAU, *The death penalty in America*, New York, 1998, p. 14. Non a caso, lo studioso Davide Galliani definisce la pena di morte come «da più politica delle pene» nel suo omonimo libro D. GALLIANI, *La più politica delle pene: la pena di morte*, Assisi, 2012.

⁴⁸ Hugo Bedau dedicò molto tempo allo studio della pena di morte e denunciò con forza l'erroneità dell'immagine che l'amministrazione Nixon voleva promuovere di essa. Vedi H.A. BEDAU, *The Nixon Administration and the Deterrent Effect of the Death Penalty*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 1973, XXXIV, 4, p. 563.

Una volta che Nixon divenne presidente, egli ebbe l'opportunità di nominare quattro *Justices*⁴⁹ della Corte Suprema federale e, in tali occasioni, scelse soggetti che, tra le altre cose, sostenevano la costituzionalità della pena di morte. Furono, come vedremo, proprio questi *Justices* gli autori delle *dissenting opinions* nella sentenza *Furman* (1972)⁵⁰ della quale ci andiamo ad occupare.

4. *Il caso Furman: la costituzionalità della pena di morte in sé e per sé al vaglio della Corte Suprema.* – Agli albori degli anni Settanta, alcuni *Justices* e alcune parti in causa⁵¹ ritenevano che molti aspetti propri della pena capitale fossero contrastanti con la *Cruel and Unusual Punishment Clause* dell'Ottavo Emendamento e con la *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento e, per questo motivo, fecero pressioni alla Corte Suprema affinché affrontasse la questione della sua costituzionalità⁵².

Questo non sarebbe stato affatto facile: se la Corte avesse affermato l'incostituzionalità della pena di morte in sé e per sé considerata, avrebbe ancora una volta (come era solita fare in quel periodo⁵³) interpretato evolutivamente la Costituzione e avrebbe potuto incontrare due obiezioni. Innanzitutto, avrebbe fornito un'interpretazione dell'Ottavo Emendamento che prescindeva dal Quinto e dal Quattordicesimo, i quali prevedono, seppur implicitamente, la pena di morte. In secondo luogo, la Corte non aveva ancora mai messo in discussione la costituzionalità di tale punizione, dunque avrebbe dovuto smentire tutta la sua precedente giurisprudenza⁵⁴.

⁴⁹ Warren Burger (*Chief Justice* dal 1969 al 1986), Harry Andrew Blackmun (*Associate Justice* dal 1968 al 1999), William Hubbs Rehnquist (*Associate Justice* dal 1972 al 1986 e *Chief Justice* dal 1986 al 2005) e Lewis Franklin Powell Jr. (*Associate Justice* dal 1972 al 1987).

⁵⁰ Si anticipi in questa sede che la sentenza *Furman* del 1972 fu la pronuncia con la quale la Corte Suprema statunitense dichiarò incostituzionale la pena di morte. Si avrà premura di precisare presto anche che, per l'esattezza, solo due *Justices* della maggioranza intendevano dichiarare l'incostituzionalità della pena di morte in sé e per sé considerata; gli altri, invece, riferirono l'incostituzionalità di tale pena solo a come essa veniva al tempo amministrata.

⁵¹ Un importante protagonista in questo contesto fu, per esempio, la *LDF* (*Legal Defense Fund*): fondata nel 1940 sotto la guida di Thurgood Marshall (diventato poi il primo *Justice* afroamericano della *U.S. Supreme Court*), la *LDF* si definisce come «la principale organizzazione legale americana che combatte per la giustizia razziale. Usando il potere della legge, della narrativa, della ricerca e delle persone, difendiamo e promuoviamo la piena dignità e cittadinanza dei neri in America» (vedi il sito ufficiale della *LDF*: <https://www.naacpldf.org/>). La *LDF* si era battuta anche contro la pena di morte, in particolare per due ragioni: da un lato, per il nesso che era sempre stato presente tra irrogazione di tale pena e la popolazione di colore; dall'altro lato, per il suo essere un affronto ai diritti civili per le minoranze ed i poveri. Un memorabile contributo fu apportato alla *LDF* da un suo membro, il brillante avvocato Anthony Amsterdam, che sarà nominato nei prossimi paragrafi, in quanto si occupò anche del caso *Furman*. Vedi R.V. BARRY, *Furman to Gregg: The judicial and Legislative History*, in *Howard Law Review*, 1979, XXII, p. 71. Vedi anche GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., pp. 250-251.

⁵² Come si è detto precedentemente, la dichiarazione di incostituzionalità della pena di morte in sé e per sé considerata da parte della Corte Suprema era l'unico (realistico) modo per arrivare all'abolizione nazionale della pena di morte. La Corte, tuttavia, ancora non si era mai pronunciata a proposito.

⁵³ Si è visto come la Corte Warren aveva interpretato la Costituzione statunitense in senso evolutivo e liberale.

⁵⁴ GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 525.

Agli inizi degli anni Settanta, l'unica Corte che aveva dichiarato incostituzionale la pena di morte in sé era stata la Corte Suprema della California nel caso *People v. Anderson*⁵⁵ del febbraio 1972: questo è stato il primo caso di abolizione giudiziaria⁵⁶. In tal caso, l'incostituzionalità fu ricondotta alla violazione dell'art. I Sez. VI della Costituzione californiana⁵⁷ e dell'Ottavo Emendamento della Costituzione federale (i quali hanno un testo pressoché identico). Qui la pena fu considerata di per sé, cioè indipendentemente dai metodi esecutivi utilizzati e dalla "giustizia" del processo capitale che la precede⁵⁸. Il testo sia della Costituzione federale, sia della Costituzione californiana fu, inoltre, interpretato evolutivamente: si affermò che la pena di morte era «crudele ed inusitata» considerando «l'evoluzione degli standard di decenza che segnano il progresso di una società in maturazione»⁵⁹. La Corte osservò, infatti, che tale punizione provoca forti sofferenze⁶⁰; che essa sminuisce la dignità dell'individuo e della società⁶¹; che essa non soddisfa nessuna di quelle finalità che, in passato, le erano state attribuite⁶²; che essa era diffusamente ripudiata a livello globale⁶³. Infine, la Suprema Corte californiana confermò che il legislatore gode della ampia discrezionalità nell'emanazione degli *statutes* penali (dunque nell'individuazione delle pene corrispondenti alla commissione dei reati), ma che l'ultima parola sulla costituzionalità di una pena spetta al potere giurisdizionale, il quale deve assicurarsi che il potere punitivo sia esercitato entro i limiti degli standard civili⁶⁴.

⁵⁵ *People v. Anderson*, 6 Cal. 3d 628 (1972).

⁵⁶ Questo è ciò che P. PASSAGLIA ha affermato durante la presentazione del suo volume *La condanna di una pena*, cit., fatta agli studenti del *STALS Sant'Anna Legal Studies* e disponibile alla visione al link <https://www.youtube.com/watch?v=DQKLOBXI-SY&t=298s>, data ultima consultazione 14.04.2024.

⁵⁷ La Costituzione della California (1849) all'art. 1, sezione VI, recitava: «Non sarà richiesta una cauzione eccessiva, né inflitte multe eccessive, né saranno inflitte punizioni crudeli ed insolite [...]»; testo disponibile in http://www.dircost.unito.it/cs/pdf/18490000_UsaCalifornia_eng.pdf, data ultima consultazione 14.04.2024. A partire dal 1974, tale divieto è stato spostato nella sezione 17; testo disponibile in https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CONS&division=&title=&part=&chapter=&article=I, data ultima consultazione 14.04.2024.

⁵⁸ *People v. Anderson*, 6 Cal. 3d 628 (1972), p. 646.

⁵⁹ Tale espressione viene recuperata dalla sentenza della Corte Supreme federale per il caso *Weems v. United States* (*Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910)). Vedi *People v. Anderson*, 6 Cal. 3d 628 (1972), p. 647.

⁶⁰ *People v. Anderson*, 6 Cal. 3d 628 (1972), p. 649.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Da un lato, non si poteva neanche pensare alla finalità consistente nella vendetta in quanto «incompatibile con una società illuminata». Dall'altro lato, l'effetto deterrente era stato ampiamente smentito dagli studiosi (come si è detto) ed anche quel minimo effetto di deterrenza che tale pena avrebbe potuto avere in astratto era, tuttavia, annullato nella pratica dalla non tempestività e dall'incertezza dell'esecuzione (elementi, d'altronde, necessari per garantire il giusto processo e per correggere eventuali errori giudiziari prima dell'esecuzione). Vedi *People v. Anderson*, 6 Cal. 3d 628 (1972), p. 652.

⁶³ *Ivi*, p. 653.

⁶⁴ *Ivi*, p. 640.

4.1. *La sentenza Furman: la condanna di una pena.* – Il 29 giugno 1972 la Corte Suprema federale si pronunciò su tre casi (*Furman v. Georgia*⁶⁵, *Jackson v. Georgia*⁶⁶, *Branch v. Texas*⁶⁷), nei quali la domanda era: «L'imposizione e l'esecuzione della pena di morte in questi casi costituisce una punizione crudele ed insolita dell'Ottavo Emendamento e del Quattordicesimo Emendamento?»⁶⁸.

Nell'opinione *per curiam*⁶⁹, si affermò, per la prima volta nella storia della giurisprudenza della Corte, che la pena di morte è «una punizione crudele ed insolita in violazione dell'Ottavo Emendamento e del Quattordicesimo Emendamento»⁷⁰; seguivano nove opinioni separate, nelle quali ogni *Justice* illustrò la propria posizione sul tema.

Le opinioni concorrenti furono quelle di Brennan, Marshall, Douglas, White e Stewart. I primi due dichiararono incostituzionale la pena di morte in sé e per sé considerata, fornendo un'interpretazione evolutiva dell'Ottavo Emendamento basata sugli «standard di decenza che segnano il progresso di una società in evoluzione»⁷¹. Gli altri tre si limitarono a ricondurre l'incostituzionalità della punizione alla sua arbitraria e discriminatoria amministrazione ed applicazione, contrastante con l'Ottavo e il Quattordicesimo Emendamento⁷².

I *Justices* Burger, Blackmun, Powell, Rehnquist⁷³ furono, invece, gli autori delle opinioni dissenzienti, le quali non furono impiegate per elogiare la pena di morte, ma per far luce su aspetti concernenti il ruolo della Corte Suprema federale, il principio della separazione dei poteri, la regola dello *stare decisis*⁷⁴ ed il federalismo⁷⁵.

⁶⁵ Il caso *Furman* aveva a oggetto la condanna a morte di William Henry Furman, un afroamericano condannato a morte dalla Georgia per omicidio capitale.

⁶⁶ Il caso *Jackson* aveva a oggetto la condanna a morte di Lucious Jackson, condannato a morte dalla Georgia per violenza sessuale capitale.

⁶⁷ Il caso *Branch* aveva ad oggetto la condanna a morte di Elmer Branch, condannato a morte dal Texas per violenza sessuale capitale.

⁶⁸ *Furman v. Georgia, Jackson v. Georgia, Branch v. Texas*, 408 U.S. 238 (1972), p. 239.

⁶⁹ La decisione *per curiam* è quella attribuita alla Corte stessa (o alla maggioranza di essa), senza che siano elencate le singole opinioni dei giudici. Essa può essere seguita da opinioni concorrenti e opinioni dissenzienti.

⁷⁰ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), p. 239.

⁷¹ Quest'espressione era stata usata per la prima volta nella sentenza *Trop v. Dulles* e si riferiva proprio al criterio da utilizzare per interpretare evolutivamente l'Ottavo Emendamento. Vedi opinione di Brennan, *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), pp. 257-306. Vedi anche opinione di Marshall, *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), pp. 314-374.

⁷² Vedi le opinioni di Douglas, White e Stewart in *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

⁷³ Vedi le opinioni di Powell, Blackmun, Burger, Rehnquist in *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

⁷⁴ Il principio dello *stare decisis* è tipico degli ordinamenti di *common law* e prevede che le precedenti decisioni (o meglio, una loro specifica parte, la *ratio decidendi*, cioè il principio giuridico sottostante che, applicato ai fatti, ha determinato quella determinata decisione) siano vincolanti, quando la fattispecie sottoposta a giudizio sia simile a quella già trattata in precedenza, nei confronti della stessa Corte o nei confronti di una Corte di pari grado (*stare decisis* in orizzontale) oppure per una Corte di grado inferiore (*stare decisis* in verticale). Negli Stati Uniti viene rispettato preponderantemente lo *stare decisis* in verticale, mentre in misura minore lo *stare decisis* orizzontale.

⁷⁵ L'elenco di queste tematiche viene posto, per esempio, da Powell nella sua *dissenting opinion*, vedi *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), p. 417.

In particolare, fu posto l'accento sul fatto che la Corte Suprema non detiene il potere di abolire la pena di morte⁷⁶; al contrario, solo il potere legislativo statale e federale e, in un secondo momento, il potere esecutivo, potevano intervenire in tal senso⁷⁷. Fu, al medesimo proposito, denunciato anche il mancato rispetto del *judicial restraint*⁷⁸ da parte dei *Justices* nell'esercizio del loro potere di *judicial review of legislation*⁷⁹. A conferma di ciò, venne evidenziato, ad esempio, come non fosse stato seguito dalla maggioranza il principio dello *stare decisis*, in quanto la Corte non aveva mai manifestato dubbi circa la costituzionalità della pena capitale in sé nelle precedenti pronunce⁸⁰.

Nonostante ciascun dissenziente si fosse concentrato su un elemento piuttosto che su un altro, tutti gli aspetti trattati nelle *dissenting opinions* erano profondamente connessi tra loro. Principi come la separazione dei poteri, lo *stare decisis*, i *checks and balances*, il *judicial restraint* ed il federalismo sono, infatti, talmente connessi tra di loro che la violazione dell'uno comporta anche quella degli altri⁸¹.

⁷⁶ Opinioni di Powell, Blackmun, Burger, Rehnquist in *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

⁷⁷ Opinione di Blackmun in *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), p. 410. Inoltre, il Justice Powell, nella sua opinione, affermò che la decisione della maggioranza della Corte sconfinava «in un ambito che rientrava pienamente nelle prerogative storiche del potere legislativo - statale o federale - di tutelare la popolazione attraverso la designazione di sanzioni per comportamenti vietati» e in un «tipo di decisione che il ramo legislativo è competente a formulare» e per il quale i *Justices* non sono attrezzati in quanto non eletti dal popolo. Vedi l'opinione di Powell in *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), p. 418.

⁷⁸ Con l'espressione *judicial restraint* si intende riferirsi ad un determinato modo di comportarsi che i *Justices* possono adottare: moderazione, autocontrollo, autolimitazione. Più precisamente ci si riferisce al *modus operandi* dei *Justices* che prendono la propria decisione solo in base alla legge e alle precedenti decisioni della Corte stessa. Inoltre, secondo il modello del *judicial restraint*, i giudici non possono agire come decisori politici, in quanto non ne hanno l'autorità, e devono limitarsi ad abbattere leggi che non sono evidentemente conformi a Costituzione. Il *judicial restraint* è stato definito come segue: «L'opinione secondo cui la Corte Suprema (e altri tribunali minori) non dovrebbe leggere le filosofie o le preferenze politiche dei giudici nella costituzione e nelle leggi e dovrebbe, ove ragionevolmente possibile, interpretare la legge in modo da evitare di indovinare le decisioni politiche prese da altre istituzioni governative come il Congresso, il Presidente e i governi statali all'interno delle loro sfere costituzionali di autorità. In tale prospettiva, i giudici non hanno alcun mandato popolare per agire come responsabili politici e dovrebbero rimettersi alle decisioni dei rami "politici" eletti del governo federale e degli stati in materia di definizione delle politiche fintanto che questi responsabili politici rimangono entro i limiti dei loro poteri come definiti dalla Costituzione degli Stati Uniti e dalle costituzioni dei vari stati». Tradotto da chi scrive da P.M. JOHNSON, *Judicial restraint*, in *A Glossary of Political Economy Terms*, http://webhome.auburn.edu/~johnspm/gloss/judicial_restraint.phtml, data ultima consultazione 14.04.2024.

⁷⁹ Il *judicial review of legislation* è il potere delle Corti di dichiarare un atto legislativo o esecutivo incostituzionale. Tale funzione non è prevista dalla Costituzione federale, ma venne introdotta con la sentenza *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Negli Stati Uniti si ha un controllo diffuso di costituzionalità, in quanto non esiste un giudice costituzionale *ad hoc*, ma spetta a ciascun giudice ordinario accorgersi dell'incostituzionalità di una legge e disapplicarla per il caso che sta giudicando. La Corte Suprema, in quanto organo di vertice del sistema giudiziario statunitense, può dichiarare incostituzionale una legge con efficacia *erga omnes*, cioè tale decisione sarà vincolante per tutti i giudici inferiori.

⁸⁰ Opinione di Powell in *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), pp. 414 ss.

⁸¹ Opinione di Rehnquist in *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), pp. 469-470.

4.2. *Interpretazione, conseguenze ed implicazioni della sentenza Furman.* – La sentenza *Furman*⁸² fu una delle pronunce più importanti della Corte Suprema. La sua portata fu rivoluzionaria: essa rimosse non solo le condanne a morte per gli imputati del caso *Furman*⁸³, ma anche quelle di circa seicento persone nel braccio della morte⁸⁴. In secondo luogo, essa impedì agli stati e al governo federale di chiedere la condanna a morte per gli imputati in attesa di processo, accusati di aver commesso un reato capitale⁸⁵. In terzo luogo, essa invalidò un gran numero di leggi statali⁸⁶ e di leggi federali⁸⁷. Infine, vietò l'emanazione di nuove leggi analoghe⁸⁸.

Nei giorni immediatamente successivi a tale pronuncia, gli abolizionisti pensarono di aver finalmente ottenuto una vittoria definitiva; tuttavia, ben presto tale convincimento fu smentito⁸⁹.

Infatti, i leader politici statali e federali⁹⁰ manifestarono la loro volontà di preservare la pena capitale, interpretando la sentenza *Furman* in modo tale da non ritenerla artefice di un'abrogazione *in toto* di tale punizione.

⁸² *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

⁸³ *Furman*, Jackson e Branch.

⁸⁴ Opinione di Powell in *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), p. 316.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ La sentenza *Furman* invalidò le leggi disciplinanti la pena di morte di trentanove stati e del *District of Columbia*.

⁸⁷ La sentenza *Furman* invalidò varie disposizioni dello *United States Code* (una raccolta di leggi federali degli Stati Uniti) e dell'*Uniform Code of Military Justice* («una legge federale che si applica a tutti i membri in servizio attivo, nonché ai membri attivati della Guardia Nazionale e della Riserva e agli studenti dell'accademia militare, nonché ad alcuni civili che prestano il servizio a sostegno dei militari durante la guerra»). Per maggiori informazioni *The Uniform Code of Military Justice (UCMJ)*, in *Military.com*, <https://www.military.com/join-armed-forces/the-uniform-code-of-military-justice-ucmj.html>, data ultima consultazione 14.04.2024).

⁸⁸ Opinione di Powell in *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), p. 316.

⁸⁹ Per esempio, anche gli stessi avvocati della *Legal Defense Fund* lo affermarono. Vedi L. EPSTEIN, J.F. KOBYLKA, *The Supreme Court and Legal Change: Abortion and the Death Penalty*, Chapel Hill, 1992, pp. 90-91. Lo stesso Anthony Amsterdam, che era stato il difensore di *Furman*, cominciò ad avere dubbi circa la portata effettiva della sentenza *Furman*, quando un incontro per abolizionisti da lui organizzato nel giorno del 7 luglio 1972 ebbe scarso successo e fu caratterizzato da poco entusiasmo. Proprio in tale occasione, egli dichiarò: «Questo gruppo mi fa seriamente domandare se vincere *Furman* sia stata una buona cosa in fin dei conti». Traduzione fatta da chi scrive. Vedi anche GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 261.

⁹⁰ Lo stesso Richard Nixon (Presidente degli Stati Uniti dal 1969 al 1974), durante una conferenza stampa del 30 giugno 1972, affermò che la sentenza *Furman*, secondo la sua interpretazione, intendeva abrogare *in toto* la pena capitale. Vedi trascrizione della conferenza riportata sul *The New York Times: Transcript of President Nixon's News Conference Emphasizing Foreign Affairs*, in *The New York Times*, 30 giugno 1972, <https://www.nytimes.com/1972/06/30/archives/transcript-of-president-nixons-news-conference-emphasizing-foreign.html>, data ultima consultazione 14.04.2024. Era passato solamente un giorno dalla pronuncia della sentenza *Furman* e già era stata resa questa importante dichiarazione pubblica nella quale si chiariva e delimitava la sua portata. EPSTEIN, KOBYLKA, *The Supreme Court and Legal Change*, cit., p. 84.

A livello federale, il presidente Nixon chiese al Congresso⁹¹ di ripristinare la pena di morte per alcuni reati federali, avendo premura di eliminare quegli aspetti che rendevano arbitraria, dunque incostituzionale⁹², la sua irrogazione⁹³.

A livello statale, molte nuove leggi penali disciplinanti la pena di morte furono emanate, nonostante a nessuno fosse chiaro se esse, alla luce della sentenza *Furman*, fossero conformi a Costituzione⁹⁴. Si intendeva così, da un lato, soddisfare un inedito crescente favore nutrito dalla popolazione per la pena capitale⁹⁵ e, dall'altro lato, sottolineare che la decisione della Corte⁹⁶ aveva sottratto loro potere ed autonomia, violando principi cardine del federalismo⁹⁷.

Le reazioni statali e federali furono la diretta conseguenza della natura conflittuale e confusa della sentenza *Furman*. In essa, infatti, la Corte risultò profondamente divisa sia circa il proprio ruolo, sia circa i profili di incostituzionalità della pena di morte⁹⁸. Il fatto che solo due *Justices*⁹⁹ avevano dichiarato incostituzionale la pena capitale in sé, mentre il resto della maggioranza aveva circoscritto l'incostituzionalità alla sua disciplina, lasciò aperta la possibilità di interpretare la sentenza come mera fonte di invalidazione delle modalità di condanna arbitrarie nei casi di reati capitali¹⁰⁰. Questo risulta evidentemente dalle leggi adottate successivamente alla sentenza *Furman*, che disciplinarono e razionalizzarono la pena di morte per rendere la sua applicazione conforme a Costituzione, o, più precisamente, conforme alle opinioni di Douglas,

⁹¹ Nixon presentò questa richiesta all'interno dello *State of Union*. Quest'ultimo è un messaggio annuale che il Presidente consegna al Congresso per descrivere la condizione del paese, i problemi più gravi della nazione e per proporre il suo programma annuale di legislazione.

⁹² Si ricordi che, nella sentenza *Furman*, alcuni *Justices* (in particolare, White, Stewart e Douglas) avevano ricondotto l'incostituzionalità della pena di morte esclusivamente alla sua applicazione arbitraria e discriminatoria.

⁹³ Vedi messaggio di Nixon sullo *State of Union* del 10 marzo 1973, *Radio Address About the State of the Union Message on Law Enforcement and Drug Abuse Prevention*, disponibile alla lettura in *The American Presidency Project*, <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/radio-address-about-the-state-the-union-message-law-enforcement-and-drug-abuse-prevention>, data ultima consultazione 14.04.2024.

⁹⁴ EPSTEIN, KOBYLKA, *The Supreme Court and Legal Change*, cit., p. 85.

⁹⁵ Ivi, p. 89. S. BANNER, *The Death Penalty: an American History*, Cambridge, 2002, p. 268.

⁹⁶ Il riferimento qui è ai *Justices* di maggioranza, che, agli occhi di molti, si stavano comportando come "giudici attivisti". Tale espressione viene comunemente usata con accezioni spesso diverse, a seconda della connotazione positiva o negativa che l'interlocutore vuole darle; in generale, si può affermare che essa è riferibile ai giudici che non si attengono al *judicial restraint*. Quindi è dalla definizione di *judicial restraint* che si arriva a comprendere anche in che cosa consista l'opposta tendenza del *judicial activism*. Per una definizione accurata di *judicial restraint*, vedi JOHNSON, *Judicial restraint*, cit.

⁹⁷ In proposito, molti ricordavano che, secondo la Costituzione statunitense, l'amministrazione della pena di morte è di competenza statale. Infatti, l'Ottavo Emendamento è come se fosse incorporato nella *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento, il quale mette nelle mani degli stati la responsabilità di garantire a tutti un giusto processo. GOTTLIEB, *Testing the death penalty*, cit. Inoltre, tale aspetto era stato più volte confermato anche dalla Corte Suprema stessa, ad esempio nella sentenza *Pervear v. The Commonwealth* (1866) (*Pervear v. The Commonwealth*, 72 U.S. 475 (1866)).

⁹⁸ GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 261.

⁹⁹ I *Justices* Brennan e Marshall.

¹⁰⁰ GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 261. M. RIEDEL, *The Death Penalty and Discretion: Implications of the Furman Decision for Criminal Justice*, in *Journal of Sociology and Social Welfare*, 1976, III, 6, pp. 649-655.

White e Stewart (i quali avevano individuato l'incostituzionalità della pena capitale nella sua irrogazione arbitraria e discriminatoria).

Dinanzi a questo scenario, gli abolizionisti, seppur delusi e scoraggiati, nutrivano ancora fiducia nel fatto che la Corte Suprema avrebbe presto dichiarato incostituzionali le nuove leggi¹⁰¹.

5. *La sentenza Gregg: la condanna di una disciplina.* – A distanza di soli quattro anni dalla sentenza *Furman*, i sostenitori della pena capitale rappresentavano, in modo piuttosto uniforme in tutta la nazione, la maggioranza¹⁰² e trentacinque stati, oltre al governo federale, avevano emanato nuovi *capital punishment statutes*¹⁰³.

Inoltre, la composizione della Corte aveva subito un mutamento: il *Justice* Douglas si era ritirato nel 1975, a causa delle sue gravi condizioni di salute, e John Paul Stevens¹⁰⁴ aveva preso il suo posto. L'esito di un'eventuale decisione dei *Justices* sulla pena di morte era diventato totalmente imprevedibile: la Corte era divisa in due¹⁰⁵ e il nuovo arrivato, Stevens, non si era mai pronunciato sul tema.

Il 2 luglio 1976 la Corte Suprema si pronunciò su alcuni casi¹⁰⁶ aventi ad oggetto l'amministrazione della pena di morte in Georgia, Florida, Texas, North Carolina e Louisiana; la domanda posta ai *Justices* era: i nuovi *capital punishment statutes*¹⁰⁷ sono conformi alla Costituzione, in particolare all'Ottavo e al Quattordicesimo Emendamento? I difensori degli imputati seguirono le linee guida dettate da Anthony Amsterdam¹⁰⁸: in particolare, essi cercarono di

¹⁰¹ EPSTEIN, KOBYLKA, *The Supreme Court and Legal Change*, cit., pp. 90 e 96.

¹⁰² BANNER, *The Death Penalty*, cit., p. 268. EPSTEIN, KOBYLKA, *The Supreme Court and Legal Change*, cit., p. 89. Vedi anche statistiche in *Gallup* che indica che nell'anno 1976 erano 66% a favore della pena di morte per omicidio, 26 % contrari, 8% senza opinione a riguardo. *Death Penalty*, in *Gallup*, <https://news.gallup.com/poll/1606/death-penalty.aspx>, data ultima consultazione 14.04.2024.

¹⁰³ Come è noto, gli *statutes* sono le leggi federali o statali; dunque, i *capital punishment statutes* sono leggi disciplinanti la pena di morte. BANNER, *The Death Penalty*, cit., p. 268.

¹⁰⁴ John Paul Stevens fu nominato *Associate Justice* da Gerald Ford, presidente repubblicano degli Stati Uniti d'America dal 1974 al 1977.

¹⁰⁵ Si ricordi che questo era emerso già nella sentenza *Furman*. Inoltre, era stato confermato nel 1975 quando la Corte trattò il caso *Fowler* (*Fowler v. North Carolina*, 428 U.S. 904 (1976)) e vide schierarsi quattro giudici per la costituzionalità della pena di morte e quattro per la sua incostituzionalità. In tale occasione, il *Justice* Douglas, viste le sue gravi condizioni di salute, non partecipò alla *conference* per la decisione del caso *Fowler*. Considerato lo stallo raggiunto dalla Corte (4 contro 4) e la protratta assenza del *Justice* Douglas, la Corte rimandò la decisione. Il caso sarà poi annullato (la condanna a morte di Fowler è stata annullata) da un *Memorandum Order* quando la Corte Suprema ha stabilito in *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976), l'incostituzionalità della pena di morte obbligatoria (del c.d. *mandatory sentencing*). BANNER, *The Death Penalty*, cit., p. 271. EPSTEIN, KOBYLKA, *The Supreme Court and Legal Change*, cit., p. 99.

¹⁰⁶ *Proffitt v. Florida*, 428 U.S. 242 (1976); *Jurek v. Texas*, 428 U.S. 262 (1976); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Roberts v. Louisiana*, 428 U.S. 325 (1976); *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976).

¹⁰⁷ Evidentemente ci si riferisce ai *capital punishment statutes* della Georgia, della Florida, del Texas, del North Carolina e della Louisiana.

¹⁰⁸ Si ricordi il cruciale ruolo intrapreso da Anthony Amsterdam già nel caso *Furman*. Ancora una volta, anche in questi nuovi casi, la *Legal Defense Fund* (come lo stesso Anthony Amsterdam) furono coinvolti: i difensori di Jurek, Woodson e Roberts erano parte della *LDF*. Sia quest'ultimi, sia i difensori di Proffitt, Jurek e Gregg presero a modello le ideologie e le strategie di Anthony Amsterdam.

dimostrare che le nuove leggi mantenevano elementi di discrezionalità e arbitrarietà, dunque di incostituzionalità¹⁰⁹. La strategia antiabolizionista, invece, si fondò sull'affermare la costituzionalità della pena di morte in sé e per sé, considerando l'originaria *ratio* dell'Ottavo Emendamento¹¹⁰; l'importanza del rispetto da parte della Corte del *judicial restraint*¹¹¹; la doverosità della soddisfazione del rinnovato sentimento, di gran parte della popolazione, favorevole alla pena capitale¹¹²; infine, smentendo la tesi degli abolizionisti, la differenza tra discrezionalità e arbitrarietà¹¹³.

La maggioranza dei *Justices* dichiarò conformi a Costituzione solo gli *statutes* della Georgia, della Florida e del Texas, in quanto solo le loro regole di irrogazione della pena capitale furono ritenute coerenti all'Ottavo e al Quattordicesimo Emendamento; ma, soprattutto, si escluse una volta per tutte, in modo chiaro ed esplicito¹¹⁴, l'incostituzionalità della pena di morte in sé e per sé considerata¹¹⁵.

La Corte inaugurò così un'opera di definizione delle caratteristiche necessarie per una "macchina della morte" conforme a Costituzione. Quest'attività di individuazione di regole *ad hoc*¹¹⁶ per un'irrogazione "costituzionale" della pena di morte, che ebbe inizio nel 1976, si continuerà a sviluppare fino ad oggi, come risulterà evidente dalle successive sentenze della Corte in materia, che saranno esaminate nel prossimo paragrafo.

6. *Gli sviluppi successivi tra razionalizzazione, democratizzazione e localizzazione della pena di morte.* – Si è visto che la pena di morte in sé e per sé considerata era stata dichiarata incostituzionale dalla sentenza *Furman*¹¹⁷; tuttavia, tale pronuncia fu, da subito, diffusamente interpretata non come abolizione della pena di morte, ma come indicazione della disciplina costituzionalmente legittima (cioè, conforme all'Ottavo e al Quattordicesimo Emendamento) di quella punizione. La successiva sentenza *Gregg*¹¹⁸ del 1976 confermò tale ultimo

¹⁰⁹ EPSTEIN, KOBYLKA, *The Supreme Court and Legal Change*, cit., pp. 100-102.

¹¹⁰ Ivi, p. 106.

¹¹¹ Come si è detto precedentemente, questo era stato un argomento utilizzato sia dai *Justices* dissenzienti nella sentenza *Furman*, sia successivamente più in generale dagli antiabolizionisti.

¹¹² EPSTEIN, KOBYLKA, *The Supreme Court and Legal Change*, cit., p. 105. Vedi anche C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *Courting Death: The Supreme Court and Capital Punishment*, Cambridge, 2016, p. 67.

¹¹³ EPSTEIN, KOBYLKA, *The Supreme Court and Legal Change*, cit., p. 107.

¹¹⁴ Lo studioso David Garland, infatti, definisce la sentenza *Gregg* come «la più importante affermazione della pena capitale mai espressa nel mondo occidentale in tempi recenti». Vedi GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 294.

¹¹⁵ Gli unici *Justices* che continuarono a ritenere la pena di morte incostituzionale in sé e per sé furono Brennan e Marshall, i quali, già nella sentenza *Furman*, si erano distinti dagli altri per lo stesso motivo.

¹¹⁶ Si parla a questo proposito dell'elaborazione, da parte della Corte, di un "*super due process*", cioè di un procedimento per i casi di reati capitali, caratterizzato da tutele e garanzie processuali più ampie rispetto a quelle previste comunemente per gli altri casi (quelle rientranti nel classico *Due Process*).

¹¹⁷ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

¹¹⁸ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

orientamento e inaugurò un percorso non di condanna della pena capitale¹¹⁹, quanto, invece, di condanna della sua disciplina¹²⁰. Da questo momento, i *Justices* si sono limitati ad individuare gli elementi intollerabili del supplizio capitale e a dichiararli incostituzionali, con una giurisprudenza che convenzionalmente viene suddivisa in tre macro-filoni: razionalizzazione, civilizzazione e democratizzazione della pena di morte.

In alcuni periodi, la Corte si dedicò alla razionalizzazione e alla civilizzazione; in altri, si concentrò sull'attuazione della democratizzazione, disconoscendo la propria responsabilità in materia e delegando le questioni alle istituzioni statali e locali¹²¹. In un primo momento, la Corte centralizzò la disciplina della pena capitale, dettando norme sostanziali e procedurali per regolare ogni aspetto dei processi capitali. Dalla seconda metà degli anni Ottanta, invece, attuò una "deregolamentazione" della "macchina della morte": i *Justices* misero un freno al proprio intervento, limitandosi a fornire mere linee guida per gli Stati¹²². Questo cambio di rotta fu dovuto a molti fattori, tra i quali la politica di *law and order*, il successo della filosofia del *judicial restraint* e un (correlato, se non conseguente) maggior sostegno alla pena di morte¹²³. Negli anni Duemila, infine, la Corte ha ripreso in mano, seppur tramite timidi e sporadici interventi, il progetto di razionalizzazione: se, da un lato, è voluta tornare a regolare alcuni aspetti della "macchina della morte", dall'altro lato si è adoperata per non sostituirsi platealmente al legislatore nelle questioni sociopolitiche (o, meglio, quelle ritenute tali da alcuni), ignorando l'opinione dominante, ma, al contrario, per esserne (o apparirne) la voce¹²⁴.

L'opera di razionalizzazione della pena capitale non è stata inaugurata da parte della Corte Suprema nella sentenza *Gregg*, ma è indubbiamente a partire da tale pronuncia che la sua portata divenne sostanziale¹²⁵. I *Justices* delinearono i tratti del c.d. «*super due process*»¹²⁶, introducendo standard atti a rendere

¹¹⁹ Di "condanna della pena" parla Paolo Passaglia in riferimento alla sentenza *Furman*, nella quale si "condanna" (sicuramente da parte dei *Justices* Brennan e Marshall) la pena di morte in sé e per sé.

¹²⁰ Dunque, se con riferimento alla sentenza *Furman*, che sembrava abolire la pena di morte in sé e per sé, si parla di "condanna della pena", nel caso della sentenza *Gregg* è più appropriato parlare di "condanna della disciplina".

¹²¹ GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 296.

¹²² Ivi, p. 300.

¹²³ Questi elementi sono stati descritti brevemente nei paragrafi precedenti.

¹²⁴ E. GRANDE, *La Corte suprema alla prova della politica*, in *MicroMega*, 2022, 1, pp. 176-186.

¹²⁵ GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 199.

¹²⁶ Il «*super due process*» o «*special due process*», come abbiamo brevemente anticipato nei paragrafi precedenti, è un'espressione che Garland usa per indicare quel processo capitale così come strutturato sulla base delle indicazioni della Corte Suprema a partire dalla sentenza *Gregg*. Per questa ragione viene chiamato anche «*post-Gregg capital trial*» da Banner in BANNER, *The Death Penalty*, cit., p. 293. In particolare, queste denominazioni si riferiscono a quella serie di garanzie necessarie per rendere il processo capitale (squisitamente peculiare rispetto agli altri processi penali) conforme a Costituzione, specificamente alla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento e alla *Cruel and Unusual Punishment Clause* dell'Ottavo Emendamento. GARLAND, *La pena di morte in America*, cit.

l'amministrazione della pena di morte conforme all'Ottavo e al Quattordicesimo Emendamento.

All'interno di questo primo filone, si collocano molteplici pronunce, tra le quali: *Gardner v. Florida* (1977)¹²⁷, *Lockett v. Ohio* (1978)¹²⁸, *Green v. Georgia* (1979)¹²⁹, *Godfrey v. Ohio* (1980)¹³⁰, *McKoy v. North Carolina* (1990)¹³¹ e *Zant v. Stephens* (1983)¹³². Esse disciplinano la discrezionalità della giuria nei processi capitali, cioè indicano criteri e regole che devono guidare i giurati¹³³. Viene posto al centro il principio di "individualizzazione"¹³⁴, che getterà le basi per la «privatizzazione del processo capitale»¹³⁵.

In secondo luogo, la Corte Suprema ha realizzato un'opera di civilizzazione, umanizzazione e moralizzazione della pena capitale, conformando quest'ultima ai valori e agli standard di decenza della società moderna.

A tal proposito, alcune pronunce hanno riguardato la costituzionalità (in particolare, la conformità all'Ottavo Emendamento) dei metodi di esecuzione o di alcuni loro aspetti; la maggior parte di esse si è concentrata soprattutto sul definire un "costituzionale" impiego dell'iniezione letale¹³⁶ (*Baze c. Rees* (2008)¹³⁷, *Glossip v. Gross* (2015)¹³⁸ e *Bucklew v. Precythe* (2019)¹³⁹). In esse la Corte ha dimostrato di voler non solo ridurre il più possibile la sofferenza del condannato durante

¹²⁷ *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349 (1977).

¹²⁸ *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978).

¹²⁹ *Green v. Georgia*, 442 U.S. 95 (1979).

¹³⁰ *Godfrey v. Georgia*, 446 U.S. 420 (1980).

¹³¹ *McKoy v. North Carolina*, 494 U.S. 433 (1990).

¹³² *Zant v. Stephens*, 462 U.S. 862 (1983).

¹³³ Per maggiori approfondimenti sul tema vedi L. SOTANG, *Deciding death: A legal and empirical analysis of penalty phase jury instructions and capital decision making*, tesi di dottorato, University of California, Santa Cruz, 1990, p. 48. L.L. NADER, *Walton v. Arizona: The Confusion Surrounding the Sentencing of Capital Defendants Continues*, in *Catholic University Law Review*, 2011, XL, 2, p. 477. GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 300.

¹³⁴ Il principio di "individualizzazione" può essere compreso leggendo il seguente passo: «[...] nei casi capitali il fondamentale rispetto per l'umanità alla base dell'Ottavo Emendamento [...] richiede la considerazione del carattere e dei precedenti dell'individuo reo e delle circostanze del singolo reato come parte indispensabile del processo di irrogazione della pena di morte». Traduzione fatta da chi scrive, vedi *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978), p. 604.

¹³⁵ «Privatizzazione del processo capitale» è un'espressione (il cui significato sarà illustrato nel corso di questo paragrafo) coniata da Zimring in F.E. ZIMRING, *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*, Bologna, 2009, p. 9.

¹³⁶ Si consideri che, al tempo della sentenza *Gregg*, i metodi più comuni per l'esecuzione erano la sedia elettrica e le camere a gas; poi, entro la fine del secolo scorso, l'iniezione letale prese il loro posto nella quasi totalità dei casi. Questo accadde per molteplici ragioni: ad esempio, l'iniezione letale era più economica e prometteva (almeno teoricamente) una minimizzazione del dolore. La cosa più importante, però, agli occhi degli antiabolizionisti, era il fatto che questa modalità di esecuzione rendeva (non sul piano sostanziale, ma piuttosto sul piano simbolico) la pena capitale più civile, moralmente accettabile e rispettosa della dignità umana. Zimring definì tale fenomeno come «modernizzazione» della pena di morte in ZIMRING, *La pena di morte*, cit., p. 90. BANNER, *The Death Penalty*, cit., p. 295.

¹³⁷ *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008).

¹³⁸ *Glossip v. Gross*, 576 U.S. 863 (2015).

¹³⁹ *Bucklew v. Precythe*, 587 U.S. ____ (2019).

l'esecuzione, ma soprattutto "addolcire"¹⁴⁰ l'immagine della pena di morte e minimizzare il disagio degli spettatori¹⁴¹, nonché della popolazione¹⁴².

A metà tra l'opera di razionalizzazione e umanizzazione, si colloca quel filone giurisprudenziale della Corte, sviluppatosi a partire dagli anni Duemila, che individua e delimita la rosa dei destinatari della pena di morte¹⁴³ (*Atkins v. Virginia* (2002)¹⁴⁴, *Roper v. Simmons* (2005)¹⁴⁵). Anche in questi casi, la Corte ha applicato i moderni standard di decenza, prendendo come parametro la legislazione statale.

Tra civilizzazione e democratizzazione, si pongono, invece, le pronunce della Corte Suprema che individuano i reati punibili con la pena capitale (*Coker v. Georgia* (1977)¹⁴⁶, *Kennedy v. Louisiana* (2008)¹⁴⁷). Si intende, da un lato, individuare con cauta moderazione il novero dei reati punibili con pena capitale sulla base degli *evolving standards of decency* (dunque civilizzando la pena di morte) e, dall'altro lato, conformarsi al sentimento popolare (rintracciabile anche attraverso gli *statutes* statali¹⁴⁸).

Infine, all'attività di democratizzazione, localizzazione e privatizzazione della pena di morte possiamo ascrivere le pronunce della Corte Suprema riguardanti i poteri e la composizione della giuria, nonché il ruolo della vittima e dei suoi cari nella *penalty phase*¹⁴⁹ del processo capitale. In particolare, con la

¹⁴⁰ L'immagine di una «dolce morte» è un'espressione con cui ci si riferisce all'iniezione letale in A.J. KERR, *Facing the Firing Squad*, in *Georgetown Law Journal Online*, 2015, CIV, pp. 76-77; anche T.V. KAUFMAN-OSBORNE, *From Noose to Needle: Capital Punishment and the Late Liberal State*, Ann Arbor, 2002, p. 182; entrambi citati da Alessandro Corda in A. CORDA, *L'incerto futuro dei metodi di esecuzione della pena di morte negli Stati Uniti. Scenari emergenti e prospettive dopo la sentenza Glossip v. Gross*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, LX, 1, p. 207.

¹⁴¹ Qui il riferimento è ai pochi ammessi ad assistere ad un'esecuzione capitale. Per maggiori approfondimenti sul tema BANNER, *The Death Penalty*, cit., p. 297.

¹⁴² Lo scopo della Corte era quello di mostrare ai presenti e di far immaginare alla popolazione «un accudimento clinico», una pena di morte con «sembianze esteticamente più apprezzabili». GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 304. DW. DENNO, *When Legislatures Delegate Death: The Troubling Paradox Behind State Uses of Electrocution and Lethal Injection and What It Says About Us*, in *Ohio State Law Journal*, 2002, LXIII, p. 192.

¹⁴³ F. MORETTA, *Pena di morte e minori: ecco come le neuroscienze entrano nelle aule dei tribunali degli Stati Uniti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2017, III, pp. 205-206.

¹⁴⁴ Essa dichiarò l'incostituzionalità dell'esecuzione del soggetto con ritardo mentale. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002). MORETTA, *Pena di morte e minori*, cit., p. 207.

¹⁴⁵ Essa affermò l'incostituzionalità dell'irrogazione della pena di morte ai minori di diciotto anni. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005). Per maggiori approfondimenti vedi MORETTA, *Pena di morte e minori*, cit.

¹⁴⁶ Essa dichiarò incostituzionale la pena di morte per il reato di stupro. *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977).

¹⁴⁷ Essa affermò l'incostituzionalità delle esecuzioni come pena per il reato di stupro commesso nei confronti di un minore. *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008).

¹⁴⁸ Nella sentenza *Kennedy*, per esempio, la Corte prese in considerazione il dato che, degli allora trentasei stati non abolizionisti, solo sei non avevano ancora escluso la pena di morte per il reato di stupro nei confronti di un minore. Questo fu interpretato dai *Justices* come una preponderante disapprovazione del popolo nei confronti dell'applicazione della pena capitale a tale fattispecie.

¹⁴⁹ A partire dalla sentenza *Gregg* (1976), si diffuse come modello di processo capitale conforme a Costituzione (in particolare, conforme all'Ottavo e al Quattordicesimo Emendamento) il *bifurcated trial*: un processo composto da una prima fase nella quale la giuria giudicava colpevole o innocente l'imputato e da una seconda fase dedicata, invece, alla determinazione della pena (pena di morte o ergastolo) da irrogare.

sentenza *Ring v. Arizona* (2002)¹⁵⁰ si affida la determinazione della pena nel processo capitale¹⁵¹ (o, meglio, nella *penalty phase*) alla giuria¹⁵², in ottemperanza dell'Ottavo e del Sesto¹⁵³ Emendamento.

Inoltre, avendo avuto i giurati, fin da sempre, un ruolo importante nei processi capitali, la Corte ha ritenuto di dover definire qualche aspetto riguardante la composizione e la selezione della giuria in tali delicati casi. Nelle sentenze *Witherspoon v. Illinois* (1968)¹⁵⁴, *Lockhart v. McCree* (1986)¹⁵⁵, *Morgan v. Illinois* (1992)¹⁵⁶ e *Turner v. Murray* (1986)¹⁵⁷ si nota, in particolare, l'impegno dei *Justices*, da un lato, a prevenire qualsiasi tipo di pregiudizio all'interno della giuria¹⁵⁸ (sia in materia di pena di morte¹⁵⁹, sia con riferimento alla razza¹⁶⁰) e, dall'altro lato, a garantire una composizione della giuria tale da «rappresentare la comunità»¹⁶¹.

Infine, in quest'attività di avvicinamento del processo capitale ai cittadini, si inserisce anche il fenomeno che Zimring ha soprannominato “privatizzazione del processo capitale”: si tratta di quella serie di novità che hanno trasformato la

¹⁵⁰ *Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584 (2002).

¹⁵¹ Si tenga presente che, negli Stati Uniti, i reati capitali non sono reati ai quali è applicata obbligatoriamente la pena di morte - infatti, il “*mandatory sentencing*” era stato dichiarato incostituzionale nelle sentenze *Robert v. Louisiana* (1976) e *Woodson v. North Carolina* (1976) - ma ai quali è applicabile la pena di morte.

¹⁵² Si consideri che, nel 2002, prima della sentenza *Ring*, ventinove stati (dei trentotto non abolizionisti, all'epoca) conferirono il potere di decidere la punizione (pena di morte o ergastolo) alla giuria, riservando un ruolo marginale o inesistente al giudice; invece, in cinque stati non abolizionisti il giudice aveva il potere di determinare la pena; infine, in quattro stati non abolizionisti la giuria si esprimeva in merito alla pena da irrogare, ma l'ultima parola in merito spettava al giudice. GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 312. W.J. BOWERS, W.D. FOGLIA, J.E. GILES, M.E. ANTONIO, *The Decision Maker Matters: An Empirical Examination of the Way the Role of the Judge and the Jury Influence Death Penalty Decision-Making*, in *Washington and Lee Law Review*, 2006, LXIII, pp. 931-1010.

¹⁵³ Il Sesto Emendamento recita: «In tutti i procedimenti penali, l'imputato gode del diritto ad un rapido e pubblico processo, da parte di una giuria imparziale dello Stato e della circoscrizione in cui stato commesso il delitto, circoscrizione preventivamente accertata dalla legge, e ad essere informato della natura e della causa dell'accusa [...]», testo disponibile al link <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-6/#:~:text=In%20all%20criminal%20prosecutions%2C%20the,of%20the%20accusation%3B%20to%20be>, data ultima consultazione 14.04.2024.

¹⁵⁴ *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510 (1968).

¹⁵⁵ *Lockhart v. McCree*, 476 U.S. 162 (1986).

¹⁵⁶ *Morgan v. Illinois*, 504 U.S. 719 (1992).

¹⁵⁷ *Turner v. Murray*, 476 U.S. 28 (1986).

¹⁵⁸ La *ratio* era quella di garantire una giuria imparziale ed indifferente secondo quanto previsto dalla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento e il diritto alla giuria del Sesto Emendamento.

¹⁵⁹ La sentenza *Witherspoon* ha ammesso la possibilità di escludere, durante il *voir dire* (la fase di selezione dei giurati) per un processo capitale, il soggetto così contrario alla pena di morte da non essere disposto neanche a prenderla in considerazione come opzione (il c.d. *Whiterspoon-excludable*). Questo fu, successivamente, confermato anche dalla sentenza *Lockhart*. Per ulteriori approfondimenti sul tema vedi B. LATZER, D. MCCORD, *Death Penalty Cases: Leading U.S. Supreme Court Cases on Capital Punishment*, Boston, 2010, capitolo 13. La sentenza *Morgan*, invece, ha dichiarato costituzionale la possibilità di escludere, su richiesta dell'imputato, il potenziale giurato che sia favorevole alla pena di morte a tal punto da ritenerla sempre applicabile nei casi di reato capitale.

¹⁶⁰ Questo aspetto è stato oggetto della sentenza *Turner*.

¹⁶¹ GARLAND, *La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo*, cit., p. 77.

penalty phase in una «competizione tra interessi di due parti private»¹⁶². La sentenza *Lockett v. Ohio* (1978)¹⁶³ aveva consentito alla giuria di basare la propria decisione, nella fase di scelta della pena da irrogare, anche su aspetti del carattere o del vissuto del criminale (ritenuto colpevole dalla stessa giuria nella prima fase del processo capitale), quindi su circostanze diverse da quelle inerenti alla sua responsabilità penale¹⁶⁴. Per questo, la sentenza *Payne v. Tennessee* (1991)¹⁶⁵ affermò la costituzionalità della presentazione ed illustrazione anche delle caratteristiche della vittima e del reato da essa subito, nonché del danno¹⁶⁶ arrecato ai suoi parenti¹⁶⁷. Così la Corte diede credito a quella nuova idea, diffusa a partire dagli anni Ottanta dagli antiabolizionisti, secondo la quale l'esecuzione capitale sarebbe parte di quel processo di guarigione (di “*closure*”¹⁶⁸) per i parenti e amici delle vittime.

Secondo vari studiosi del tema, gli antiabolizionisti hanno pensato di associare l'idea di “*closure*” a quella della pena di morte per “nobilitare” l'immagine di tale punizione e per renderla più facilmente condivisibile agli occhi della popolazione¹⁶⁹. Sempre secondo un parere ormai diffuso, questo simbolismo è stato strumentalizzato dai *Justices* antiabolizionisti, promuovendo una determinata idea della pena di morte, quindi istruendo i cittadini su come concepire l'esecuzione capitale e su cosa debbano provare di fronte ad essa¹⁷⁰.

La Corte ha, dunque, perseguito la democratizzazione, mettendo al centro del processo capitale la giuria (ma anche seguendo nuovi orientamenti ideologici popolari¹⁷¹) e il localismo, preservando l'autonomia degli Stati nell'amministrazione della pena di morte¹⁷². Essa ha voluto salvaguardare due capisaldi: la democrazia diretta e partecipativa, nonché la deferenza da parte delle istituzioni federali nei confronti dei poteri statali e locali (che altro non è che il cuore del federalismo statunitense)¹⁷³. I *Justices* hanno condiviso, secondo illustri

¹⁶² Questa è la definizione che fornisce lo stesso Zimring in ZIMRING, *La pena di morte*, cit., p. 98.

¹⁶³ *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978). Questa sentenza è stata nominata precedentemente con riferimento all'attività di razionalizzazione della pena di morte attuata dalla Corte Suprema.

¹⁶⁴ ZIMRING, *La pena di morte*, cit., p. 94.

¹⁶⁵ *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991).

¹⁶⁶ L'illustrazione, durante la *penalty phase*, del danno subito dai parenti della vittima prende il nome di *Victim Impact Statement (VIS)*. Quest'ultima consiste nella descrizione, all'interno di un documento scritto del *Death Penalty Prosecutor*, dell'impatto che il reato ha avuto su familiari e amici della vittima (*Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496 (1987), pp. 498-499); essa «può essere letta alla giuria [...] oppure i familiari possono essere chiamati a testimoniare su [queste] informazioni». Traduzione fatta da chi scrive, *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496 (1987). Vedi ZIMRING, *La pena di morte*, cit., p. 95.

¹⁶⁷ ZIMRING, *La pena di morte*, cit., p. 96; GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., pp. 312-313; BANNER, *The Death Penalty*, cit., p. 287.

¹⁶⁸ La “*closure*” può essere definita «sentimento di soddisfazione derivante dalla definitiva conclusione di un'esperienza brutta e scioccante», definizione fornita dal *Cambridge Dictionary of American English* citata in ZIMRING, *La pena di morte*, cit., p. 103.

¹⁶⁹ BANDES, *Victims, Closure, and the Sociology of Emotion*, cit., p. 3.

¹⁷⁰ Ivi, p. 7. ZIMRING, *La pena di morte*, cit., p. 100.

¹⁷¹ A tal proposito si è parlato anche della civilizzazione della pena di morte, cioè dell'adattamento della pena di morte a nuovi standard ideologici-culturali dettati appunto dai cittadini.

¹⁷² GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 204.

¹⁷³ Ivi, p. 205. Vedi anche ZIMRING, *La pena di morte*, cit., p. 125.

studiosi, il loro “fardello”¹⁷⁴ con le istituzioni locali democraticamente elette, nonché col popolo stesso per nascondersi dietro al volere della comunità, della giuria, dei parenti delle vittime. Un tale atteggiamento, in realtà, è proprio anche delle istituzioni decentralizzate, le quali, quando si tratta di esecuzioni capitali, vogliono sempre apparire come meri esecutori di una volontà, di un sentire popolare.¹⁷⁵ Si tratta, quindi, di una concatenazione di deleghe e decentramenti, alla quale anche la Corte Suprema ha partecipato, ponendo timidi limiti all’amministrazione della pena di morte e lasciando ampio spazio al potere degli Stati, al ruolo della giuria e delle parti in causa¹⁷⁶.

7. *Il lento declino della pena di morte: lo scenario attuale.* – Se a partire dagli anni Settanta la pena di morte godeva di notevole appoggio¹⁷⁷, tale tendenza ha iniziato ad invertirsi negli anni Duemila. Il sostegno popolare alla pena di morte è calato radicalmente¹⁷⁸; in molti stati essa è stata abolita¹⁷⁹ e in quelli che non l’hanno abolita essa si è progressivamente indebolita¹⁸⁰.

Questa evoluzione deriva da una pluralità di fattori: in primo luogo, dalla diminuzione del numero di omicidi commessi negli Stati Uniti¹⁸¹ e dall’incremento della professionalità degli avvocati difensori degli imputati nei processi capitali, che abbassa la probabilità dell’irrogazione della pena di morte¹⁸². Inoltre, i progressi scientifici, che hanno “smascherato” miriadi di errori giudiziari, hanno incoraggiato una forte titubanza nei confronti di una pena tanto irreversibile

¹⁷⁴ Cioè, tutte le delicate decisioni da prendere in tema di pena di morte.

¹⁷⁵ Questo è il fenomeno della c.d. “degovernamentalizzazione” dell’immagine della pena di morte. ZIMRING, *La pena di morte*, cit., p. 190. Vedi anche GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 53.

¹⁷⁶ Si ricordi, a tal proposito, il fenomeno della c.d. “privatizzazione del processo capitale”.

¹⁷⁷ Gli stati non abolizionisti rimasero tali (fecero eccezione solo il Massachusetts e il Rhode Island che abrogarono la pena capitale nel 1884) ed il numero di condanne a morte e di esecuzioni fu in continua crescita. C.S. STEIKER, J. M. STEIKER, *The Rise, Fall, and Afterlife of Death Penalty in the United States*, in *Annual Review of Criminology*, 2020, III, pp. 300-309.

¹⁷⁸ Nel 1994 si era raggiunto il picco nel sostegno popolare alla pena di morte: l’80% della popolazione era favorevole ad essa. Questa percentuale ha subito un progressivo calo fino ad arrivare al 53% nel 2023. Importante è anche il dato della progressiva contestuale crescita degli oppositori alla pena capitale (nel 2023 pari al 44%) e la quasi totale scomparsa degli astenuti (nel 2023 sono stati il 2%). Informazioni disponibili in *Death Penalty*, in *Gallup*, cit.

¹⁷⁹ Undici stati hanno abolito la pena capitale (per via legislativa o per via giudiziaria) e i governatori di tre stati hanno imposto una moratoria sulle esecuzioni. Informazioni disponibili in *State by State*, in *Death Penalty Information Center*, cit.

¹⁸⁰ C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *The Rise, Fall, and Afterlife of Death Penalty*, cit., p. 308.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*. Vedi anche C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *The Court and Capital Punishment on Different Paths: Abolition in Waiting*, in *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, 2023, XXIX, pp. 1-63.

come quella capitale¹⁸³. Si pensi anche all'introduzione, negli anni Ottanta, della *life sentence without parole*¹⁸⁴, opzione ormai comunemente prediletta¹⁸⁵. Infine, un ulteriore fattore che ha contribuito a diminuire la popolarità della pena di morte negli Stati Uniti è l'abolizione da parte delle altre democrazie occidentali¹⁸⁶. Questo ha posto una serie di ostacoli anche empirici all'impiego di tale punizione nel contesto statunitense: l'Unione Europea ha negato l'esportazione dei farmaci più comunemente usati per l'iniezione letale, così le esecuzioni sono diventate, oltre che sporadiche, estremamente costose¹⁸⁷. In tal modo si è allungato ulteriormente l'arco di tempo trascorso dai condannati nel braccio della morte¹⁸⁸, con tutte le conseguenze negative che ciò comporta in termini di antieconomicità, di inefficacia, nonché di brutalità della pena¹⁸⁹.

Alla luce di queste considerazioni, circa otto anni fa studiosi, giornalisti, politici e giudici hanno iniziato a ritenere che ci fossero tutti presupposti per una «*Furman II*»¹⁹⁰. Anche la composizione della stessa Corte Suprema, nel 2016, poteva indurre a reputare possibile che questo accadesse. Infatti, erano presenti quattro *Justices* di stampo liberale¹⁹¹, uno “*swing*” *Justice*¹⁹² e si attendeva la conferma della nomina proposta dall'allora Presidente Obama del *liberal* Merrick Garland.

Tale prospettiva è stata poi annullata dal fatto che la nomina di Garland non arrivò a perfezionarsi¹⁹³ e dall'avvento alla Casa Bianca, a seguito delle elezioni presidenziali del 2016, di Donald Trump. Quest'ultimo nominò tre *Justices*: Neil Gorsuch (per sopperire alla vacanza conseguente alla morte del *Justice* Scalia),

¹⁸³ Ad esempio, in Illinois la scoperta delle molteplici erronee condanne a morte comportò l'imposizione della moratoria delle esecuzioni nel 2000, la quale fu voluta dall'allora governatore George Ryan che aveva istituito una commissione di studiosi ed esperti per lo studio della peculiare punizione della pena di morte. Per approfondire il tema è interessante quanto Scott Turow (avvocato, scrittore e membro della Commissione Ryan) ha riportato in S. TUROW, *Ultimate Punishment: A Lawyer's Reflections on Dealing with the Death Penalty*, New York, 2003. La moratoria in Illinois andò avanti fino al 2011, quando ci fu l'abolizione della pena di morte per via legislativa. Vedi anche C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *The Court and Capital Punishment on Different Paths*, cit., p. 11.

¹⁸⁴ Cioè la condanna alla detenzione a vita, senza la possibilità di libertà condizionale.

¹⁸⁵ C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *The Court and Capital Punishment on Different Paths*, cit., p. 14.

¹⁸⁶ Per maggiori approfondimenti sul tema si consulti C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *Global abolition of capital punishment: contributors, challenges and conundrums*, in *Comparative Capital Punishment*, a cura di C.S. Steiker e J.M. Steiker, Northampton, 2019, pp. 388-410.

¹⁸⁷ C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *The Court and Capital Punishment on Different Paths*, cit., p. 21.

¹⁸⁸ Nel 2020 la media dei mesi trascorsi nel braccio della morte è stata di 227 mesi, secondo le statistiche disponibili in *Time on Death Row*, in *Death Penalty Information Center*, <https://deathpenaltyinfo.org/death-row/death-row-time-on-death-row>, data ultima consultazione 29.06.2024.

¹⁸⁹ C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *The Court and Capital Punishment on Different Paths*, cit., p. 26.

¹⁹⁰ «*Furman II*» è un'espressione impiegata in C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *Courting Death*, cit., p. 289, per far riferimento ad un'eventuale futura sentenza della Corte Suprema che vada a dichiarare incostituzionale la pena di morte, quindi che ponga in essere un'abolizione giudiziaria della pena capitale negli Stati Uniti. Vedi anche C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *The Court and Capital Punishment on Different Paths*, cit., p. 39.

¹⁹¹ I quattro *Justices* in questione erano: Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan.

¹⁹² Il *Justice* Kennedy.

¹⁹³ Il Senato, in conseguenza dell'ostruzionismo del partito repubblicano, non esaminò neanche la proposta di nomina presentata da Obama.

Brett Kavanaugh (al posto del *Justice Kennedy*, ritiratosi nel 2018) e Amy Coney Barrett (a seguito della morte della *Justice Ginsburg*). Si tratta di giudici dall'orientamento conservatore, originalista, nonché favorevoli al rigido rispetto del *judicial restraint* e contrari ad un'interpretazione della Costituzione secondo gli *evolving standards of decency*. Attualmente, dunque, la Corte Suprema è evidentemente schierata da un lato: quello conservatore e originalista, secondo il quale la pena di morte è costituzionalmente accettabile e l'approccio regolatore che i *Justices* hanno adottato in passato è un superamento dei limiti posti al proprio potere.

Inoltre, Donald Trump, nel corso del suo mandato presidenziale, ha avuto un ruolo fondamentale anche per la ripresa delle esecuzioni a livello federale¹⁹⁴. Nel 2016, l'ultima esecuzione federale risaliva al 2003, anno a partire dal quale si era affermata una moratoria *de facto* in ragione dell'assenza di un protocollo di esecuzione. Nel 2019 il *Federal Bureau of Prisons*¹⁹⁵, su istanza dell'allora Procuratore Generale William Barr, adottò un nuovo protocollo. A partire da quel momento, il Dipartimento di Giustizia preparò un calendario di esecuzioni da porre in essere e, negli ultimi sei mesi della presidenza Trump, ne furono svolte tredici. La Corte Suprema, in tale contesto, non pose ostacoli alla loro messa in atto, nonostante molte istanze presentatele coinvolgessero vari controversi aspetti della legge federale¹⁹⁶.

Per quanto riguarda, invece, l'attuale Presidente degli Stati Uniti, si ricordi che il democratico Joe Biden, durante la sua campagna elettorale, espresse chiaramente il suo favore per l'abolizione della pena di morte¹⁹⁷. Un importante passo in questa direzione è stata l'introduzione di una nuova¹⁹⁸ moratoria: il Procuratore Generale, Merrick Garland, ha sospeso le esecuzioni federali a partire dal 30 giugno 2021. Nel frattempo, il Dipartimento di Giustizia ha inaugurato

¹⁹⁴ C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *The Court and Capital Punishment on Different Paths*, cit., pp. 47-48.

¹⁹⁵ Il *Federal Bureau of Prisons (BOP)* è un'agenzia federale facente parte del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti, il quale si occupa della gestione e della regolamentazione della detenzione di coloro che sono stati dichiarati colpevoli di crimini federali. Il *Bureau* si occupa, in particolare, di garantire la sicurezza pubblica assicurandosi che i criminali federali scontino le loro pene detentive in strutture adeguatamente sicure e forniscono programmi di rientro per garantire il loro rientro nella comunità.

¹⁹⁶ Le tematiche coinvolte nei casi presentati alla Corte Suprema erano molteplici: la legittimità e legalità del nuovo protocollo d'esecuzione, in particolare gli aspetti legati allo svolgimento dell'iniezione letale, nuove problematiche e questioni derivanti dal diffondersi del Covid-19. C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *The Court and Capital Punishment on Different Paths*, cit., p. 49. Per maggiori approfondimenti, L. KOVARSKY, *The Trump Executions*, in *Texas Law Review*, 2022, C, 4, pp. 621-682.

¹⁹⁷ Joe Biden è stato il primo candidato alle presidenziali statunitensi a dichiararsi apertamente contrario alla pena di morte. L. CIANCI, *President Biden's Criminal Justice: Death to Death Penalty!*, in *DPCE Online*, 2023, LVI, numero speciale 1, pp. 308-313.

¹⁹⁸ L'ultima si era protratta dal 2003 fino al 2020.

un'opera di revisione delle politiche esecutive introdotte da Trump¹⁹⁹. Tuttavia, successivamente, l'amministrazione Biden, lungi dal mantenere l'impegno preso durante la campagna elettorale, si è mossa in maniera confusa e contraddittoria per poi mettere da parte il tema della pena capitale federale.

Dinanzi al quadro pocanzi illustrato, molti studiosi escludono un'abolizione della pena di morte nel prossimo futuro; tuttavia, si parla di «*abolition in waiting*»²⁰⁰, proprio perché il processo di lento declino che la pena di morte sta vivendo pare irreversibile.

In conclusione, si può affermare che «il sistema della pena capitale attualmente vigente ha una funzione in primo luogo comunicativa», «non riguarda le esecuzioni»: si tratta di «minacce e non di azioni, di prefigurazione della morte e non della sua messa in atto»²⁰¹. Molteplici sono, a tal proposito, le immagini e i simbolismi impiegati dai reazionisti come strumenti per «educare»²⁰² la popolazione a considerare la pena di morte come: un obbligo costituzionale²⁰³, un veicolo di giustizia²⁰⁴, uno strumento di deterrenza, dunque, di riduzione della criminalità²⁰⁵, l'unica pena proporzionata a reati molto gravi²⁰⁶ e, infine, parte del processo di «*closure*» dei parenti delle vittime²⁰⁷.

È proprio di «metafore» che è opportuno parlare, perché oggi la pena di morte negli Stati Uniti non è uno strumento penale e non svolge una vera e propria funzione giuridica, ma è una «risorsa per lo scambio politico e per il consumo culturale» che opera soprattutto su un piano immaginario²⁰⁸. Questo, tuttavia, non esclude che tale punizione non abbia implicazioni meno potenti dal punto di vista degli effetti politici ed economici, nonché, soprattutto, dal punto di vista di coloro che vivono nel braccio della morte e che subiscono l'esecuzione.

¹⁹⁹ Merrick Garland, a tal proposito, affermava: «Sono state sollevate gravi preoccupazioni circa il continuo uso della pena di morte in tutto il paese, inclusa l'arbitrarietà nella sua applicazione, l'impatto disparato sulle persone di colore e il numero preoccupante di esoneri in capitale e altri casi gravi». Vedi *Department of Justice Formally Pauses Federal Executions to Review Trump Death-Penalty Regulations*, in *Death Penalty Information Center*, <https://deathpenaltyinfo.org/news/departement-of-justice-formally-pauses-federal-executions-to-review-trump-death-penalty-regulations>, data ultima consultazione 16.06.2024.

²⁰⁰ C.S. STEIKER, J.M. STEIKER, *The Court and Capital Punishment on Different Paths*, cit., p. 63.

²⁰¹ GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 347.

²⁰² S.A. BANDES, *Victims, Closure, and the Sociology of Emotion*, in *Law and Contemporary Problems*, 2009, LXXII, 2, p. 7.

²⁰³ L'esecuzione venne dipinta dal presidente Bush come strumento di giustizia per le vittime, non di vendetta, come afferma anche Eva Cantarella in E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e Roma*, Milano, 2011, p. 14.

²⁰⁴ *Execution was «Justice»*, in *USA Today*, 12 giugno 2001, p. D7, citato in GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 371, nota 74.

²⁰⁵ GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 91.

²⁰⁶ E. CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, Milano, 2007, p. 95. Vedi anche GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 93.

²⁰⁷ Vedi GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p.94. Vedi anche ZIMRING, *La pena di morte*, cit., p. 103.

²⁰⁸ R. BARTOLI, *David Garland, «La pena di morte in America. Un'anomalia nell'era dell'abolizionismo». Riflessioni a margine del libro*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, LVII, 1, p. 452. GARLAND, *La pena di morte in America*, cit., p. 346.

LA GOVERNANCE MULTILIVELLO PER IL RIPRISTINO DEGLI ECOSISTEMI URBANI

BEATRICE BALDINI*

Nel discorso intorno all'urgente sfida climatica un'attenzione crescente è riposta sulla modalità di pensare e progettare le città, non più concepite come semplici "spazi urbani", ma alla stregua di ecosistemi da ripristinare. In questa direzione si muovono le varie azioni intraprese a seguito dell'adozione del Green Deal, complessivamente volte a proteggere e restaurare l'intero spazio naturale europeo. Ciò a partire dalla Biodiversity Strategy fino alla recente proposta di una Nature Restoration Law. Partendo dall'esame di questi documenti, fino a calarsi a livello nazionale, il contributo cercherà di comprendere quale sia il ruolo svolto dalle città nella governance climatica europea.

In the discourse around the urgent climate challenge, increasing attention is placed on the way of thinking and designing the cities, which are no longer conceived as simple "urban spaces", but as ecosystems to be restored. This is the direction taken by the various actions taken following the adoption of the Green Deal, aimed at protecting and restoring the entire European natural space. This starts from the Biodiversity Strategy to the recent proposal of a Nature Restoration Law. Starting from the examination of these documents, up to the national level, the contribution will try to understand the role cities play in European climate governance.

SOMMARIO: 1. Ripensare lo spazio urbano a partire dal verde. – 2. Tra forma e sostanza: il controverso ruolo delle città in Europa. – 3. Il rapporto bi-centrico nella *Nature Restoration Law*. – 4. Al di là dell'aspetto formale: il ruolo attivo delle città. – 5. Spunti conclusivi.

1. *Ripensare lo spazio urbano a partire dal verde.* – Nel discorso sulla lotta al cambiamento climatico, un riferimento sempre più incalzante riguarda l'esigenza di ripensare il modo di progettare lo spazio urbano¹.

¹ Lo hanno spiegato E. CARLONI, M. VAQUERO PINEIRO, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, XXXVI, 4, pp. 865-894, mettendo in luce come il discorso «sulla città quale soggetto storico» risale «al passaggio dal XX al XXI secolo». Negli ultimi anni si sono moltiplicati sia i fondi a supporto delle città, tra cui *Urban*

* Dottoranda in diritto amministrativo presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

Infatti, nonostante già la Dichiarazione di Stoccolma del 1972² abbia riconosciuto la necessità che «nella pianificazione edile e urbana» si tengano in considerazione e si evitino «gli effetti negativi sull'ambiente»³, i risultati raggiunti rimangono insoddisfacenti. L'area urbana continua a produrre il maggior quantitativo di emissioni di gas serra, nonché a essere una delle cause primarie dell'inquinamento globale⁴, esemplificando così la duplice dimensione del cambiamento climatico: al contempo globale e locale⁵.

In questo scenario, il legislatore europeo, grazie all'avvio del tortuoso processo di approvazione di un regolamento per il ripristino della natura (c.d. *Nature Restoration Law*)⁶, ha esternato la volontà di curare la questione urbana

Innovative Action, InvestEuFund, Horizon2020, European Structural Investment Funds, nonché progetti, come il *CityAdaptProject*, e missioni di promozione di modelli innovativi di città, come l'*EU Mission Climate Neutral Smart Cities*. In tema di *smart cities*, sempre più spesso menzionate nelle agende politiche regionali e locali, si v. *Le smart cities al tempo della resilienza*, a cura di G.F. Ferrari, Milano, 2022; C. NAPOLI, *La smart city tra ambizioni europee e lacune italiane: la sfida della sostenibilità urbana*, in *Le Regioni*, 2019, XLVII, 2, pp. 445-481; G. PANATTONI, *Le Smart Connected Cities: i fattori di insicurezza e (s)fiducia dei cittadini*, in *Diritto Pubblico*, 2023, 2, pp. 622-659; S. ANTONIAZZI, *Smart City: diritto, competenze e obiettivi (realizzabili?) di innovazione*, in *federalismi.it*, 2019, 10, pp. 2-24.

² In Europa la prima riflessione formale sulle città risale al 1994, ovvero alla *Carta delle città europee per uno sviluppo durevole e sostenibile*, preparatoria alla Comunicazione del 1997 *La problematica urbana: orientamenti per un dibattito europeo*, COM(1997) 197. Per una ricognizione degli interventi europei si v. *Le città e l'Unione europea. La dimensione urbana tra percorsi storici e dinamiche di europeizzazione*, a cura di L. Grazi, Bologna, 2012.

³ Così dispone la Dichiarazione di Stoccolma al punto 15, individuando «il ruolo e la responsabilità della pianificazione e progettazione urbana nella ricerca di un equilibrio sostenibile tra risorse e sviluppo, di fronte al rischio di un collasso planetario nel corso del XXI secolo». Ne spiega i riflessi F. ALBERTI, *Civic design per una nuova urbanità responsabile*, in *BDC*, 2020, 1, p. 28.

⁴ Per un'illustrazione del ruolo delle città a livello europeo si rinvia allo studio condotto dal Dipartimento tematico Diritti dei cittadini e affari costituzionali del Parlamento europeo, *The role of cities in the institutional framework of the European Union. Study for the AFCO COMMITTEE*, 2017. Oppure si v. A. PAPISCA, *International law and human rights as a legal basis for the international involvement of local governments*, in *City Diplomacy: The Role of Local Governments in Conflict Prevention, Peacebuilding, and Post-Conflict Reconstruction*, a cura di A. Musch, L'Aia, 2008, pp. 34-35, il quale spiega che nel sistema europeo è conferita larga visibilità ai governi locali e regionali grazie all'attività svolta dal Comitato europeo delle regioni, dotato di poteri consultivi. A ciò si aggiungono i molteplici *networks* tra governi locali, sia formali che informali, sorti a partire dal 1980. Per citarne qualcuno, si pensi all'EUROCITIES, al CEMR e all'ICLEI. Per una ricognizione, anche sul piano storico, dell'emersione di tali reti transazionali si rinvia a H. SCHROEDER, H. BULKELEY, *Global cities and the governance of climate change: what is the role of law in cities?*, in *Fordham Urban Law Journal*, 2009, XXXVI, 2, pp. 315-319. Con riguardo ai compiti di questi *networks*, essi, oltre a consentire alle città di influenzare il processo di *decision-making* relativo all'agenda urbana, permettono di plasmare «the content of the relevant European legal instruments, with the Commission asking for their feedback on the objectives and award criteria for its twinning grants». Lo scrive M. DE VISSER, *The future is urban: the progressive renaissance of the city in EU Law*, in *Journal of International and Comparative Law*, 2020, VII, p. 402, il quale peraltro illustra sei funzioni rivestite dalle città in Europa: esse servono a implementare il diritto, sono il luogo in cui si esprimono valori umani quali l'eguaglianza e l'inclusione, sono capofila nell'attività di *decision-making*, permettono di ridurre il divario tra attori pubblici e privati, svolgono funzione di *policy-developers* e, infine, consentono di portare gli interessi urbani nel processo decisionale europeo.

⁵ J. GUPTA, K. VAN DER LEEUW, H. DE MOEL, *Climate change: a 'glocal' problem requiring 'glocal' action*, in *Journal of Integrative Environmental Sciences*, 2007, IV, pp. 139-148.

⁶ La *Nature Restoration Law* ha ottenuto l'approvazione dal Parlamento europeo con 329 voti a favore, 275 contrari e 25 astensioni lo scorso febbraio. Per poter entrare in vigore, tuttavia, la legge deve ancora ottenere il supporto da almeno il 55% dei Paesi membri, cioè, essere approvata dal Consiglio dell'Unione europea. Il testo originale presentato dalla Commissione europea al

andando oltre ai tradizionali atti di natura *soft*⁷. Ciò avviene in continuità con il disegno complessivamente realizzato dal *Green Deal* nel 2019⁸, in base al quale solo passando per il recupero della «piena funzionalità dei diversi ecosistemi» è possibile il «ripristino dell'intero spazio naturale europeo»⁹, sì da (tentare di) raggiungere l'obiettivo di neutralità climatica entro il 2050. Difatti, la proposta di regolamento considera le città alla stessa stregua degli altri ecosistemi da ripristinare¹⁰. Con riguardo ai mezzi da utilizzare a tal fine, la *Nature Restoration Law* è coerente alla *Biodiversity Strategy*¹¹, in quanto fa leva sul progressivo aumento del verde urbano da parte degli Stati membri (art. 6). Le infrastrutture verdi e le soluzioni basate sulla natura divengono gli strumenti per «fornire servizi ecosistemici essenziali, tra cui la riduzione e il contenimento del rischio di catastrofi naturali [...], il raffrescamento, le attività ricreative, la depurazione dell'acqua e dell'aria»¹². In sostanza, la Commissione europea si fa portavoce dell'analisi scientifica che sottolinea il carattere multifunzionale del verde, il quale, se «oggetto di politiche pubbliche mirate»¹³, può garantire «benefici per il

Parlamento è COM(2022) 304. Il testo emendato si può trovare al link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-g-2023-0277_EN.html, consultato il 7.6.2024.

⁷ Per una ricognizione delle comunicazioni adottate dall'Unione in tema di città e ambiente si rinvia a F. LEONZIO, *Città e tutela dell'ambiente. Quale ruolo all'interno dell'Unione europea?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2023, XXV, 4, pp. 1065-1086. Egli rileva che i «plurimi documenti sul tema dello sviluppo urbano sostenibile e il contemporaneo finanziamento di progetti urbani innovativi è stato identificato come *acquis* urbano». Le ragioni dell'assunzione di strumenti giuridici non vincolanti sono spiegate da DE VISSER, *The future is urban*, cit., p. 405, facendo riferimento al fatto che l'Unione interviene con mere capacità di coordinamento e supporto, senza cioè essere dotata di competenza diretta. Questo non preclude alle città di essere delle «*regulatory partner*» dell'Unione, come del resto affermato anche da M. FINCK, *Subnational Authorities in EU Law*, Oxford, 2017, p. 59, laddove scrive che «*SNAs are no longer merely agents of their State but also of the international or transnational regulatory system*».

⁸ COM(2019) 640.

⁹ E. CHITI, *Chiaroscuro: la tutela degli ecosistemi nel contesto del Green Deal*, in *Diario di diritto pubblico*, 2024,

<https://www.diariodidirittopubblico.it/chiaroscuro-la-tutela-degli-ecosistemi-nel-contesto-del-green-deal/>, consultato il 2.6.2024, scrive che «il ripristino della natura è un obiettivo definito in termini generali. Ad esso si accompagnano, però, vari obiettivi specifici, relativi a singoli ecosistemi, quali quelli marini, forestali, agricoli e urbani. Il disegno generale e quello relativo ai singoli ecosistemi acquistano senso l'uno rispetto all'altro. Il recupero della piena funzionalità di specifici ecosistemi contribuisce al ripristino dell'intero spazio naturale europeo».

¹⁰ Gli altri ecosistemi da ripristinare sono quello terrestre, costiero, marino e di acqua dolce. Tra gli studi condotti in materia di servizi ecosistemici si v. R. COSTANZA, R. D'ARGE, R. DE GROOT, S. FARBER, M. GRASSO, B. HANNON, K. LIMBURG, S. NAHEEM, R.V. O'NEILL, J. PARUELO, R.G. RASKIN, P. SUTTON, M. VAN DEN BELT, *The value of the world's ecosystem services and natural capital*, in *Ecological Economics*, 1998, XXV, pp. 3-15. Gli Autori definiscono i beni e i servizi degli ecosistemi come «un flusso di materia, energia e informazioni dagli *stock* capitali naturali che produce benefici per l'uomo».

¹¹ Si tratta della Comunicazione COM(2020) 380. In dottrina, mette in risalto il rapporto di funzionalità del ripristino degli ecosistemi all'obiettivo di neutralità climatica E. CHITI, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal Europeo*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2022, IX, 2, pp. 468-477; Id., *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2021, 3, pp. 130-148.

¹² COM(2022) 304, p. 25.

¹³ Come rilevato dal rapporto pubblicato da ISPRA, n. 118/2010, di A. CHIESURA, *Verso una gestione ecosistemica delle aree verdi urbane e peri-urbane. Analisi e proposte*, p. IX.

benessere umano e per la biodiversità»¹⁴. In tal senso, il verde diviene la chiave per integrare in modo armonioso e sostenibile, pure in un'area fortemente antropizzata, le dimensioni economiche, sociali e ambientali¹⁵, facendo sì che un maggiore accento sia posto sulle ultime due¹⁶.

Sul piano giuridico, l'evoluzione tratteggiata è rilevante perché consente di riflettere sul ruolo delle città in Europa, nonché di far luce sui rapporti intercorrenti tra i differenti livelli spaziali: urbano, statale ed europeo. Pertanto, avendo riguardo all'obiettivo di promuovere la diffusione del verde urbano, il contributo si interroga sulle complesse caratteristiche della *governance* climatica, passando, in primo luogo, dall'analisi della regolazione sovranazionale prima citata e, poi, da quella nazionale e locale.

2. *Tra forma e sostanza: il controverso ruolo delle città in Europa.* – Prima di esaminare la norma specificatamente dedicata agli ecosistemi urbani, per comprendere i riflessi della *Nature Restoration Law* in punto di *governance*, è opportuno compiere una breve premessa sullo *status* delle autorità subnazionali in Europa. Esso è da sempre al centro del dibattito tra coloro che risaltano il dato formale, emergente dai Trattati europei, e coloro che esaltano il dato sostanziale, ovvero il ruolo attivamente svolto dalle città. Invero, malgrado il perdurante silenzio del diritto primario sui compiti e sul ruolo delle entità locali e regionali,

¹⁴ Resolution 69, 2016 IUCN, World Conservation Congress, Hawaii, USA; in letteratura si rinvia a M. PINEDA-PINTO, N. FRANTZESKAKI, C.A. NYGAARD, *The potential of nature-based solutions to deliver ecologically just cities: Lessons for research and urban planning from a systematic literature review*, in *Ambio*, 2022, LI, pp. 168-182.

¹⁵ Si tratta delle dimensioni tradizionalmente ricondotte allo sviluppo sostenibile (sul punto si rinvia a F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritto delle generazioni future*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2010, pp. 13-42 e, per una ricostruzione storica del concetto, a J.A. DU PISANI, *Sustainable development – historical roots of the concept*, in *Environmental Sciences*, 2006, III, pp. 83-96). Com'è stato più autorevolmente affermato in dottrina, la formula "sviluppo sostenibile" non esaurisce il modo in cui può essere inteso il concetto di sostenibilità; lo sviluppo sostenibile sottende la ricerca di un compromesso tra esigenze di crescita economica e di conservazione dello stato naturale per un periodo di tempo indefinito, la sostenibilità è invece «capace di assumere contenuti diversi in relazione a politiche e obiettivi differenti» (CHIFI, *Verso una sostenibilità plurale?*, cit., p. 146). In particolare, l'ultimo Autore menzionato ha messo in luce come, soprattutto a partire dalla *Biodiversity Strategy*, si assiste a una declinazione del concetto in termini di «sostenibilità degli ecosistemi».

¹⁶ CHIESURA, *Verso una gestione ecosistemica*, cit., pp. 15 ss. vengono analizzate le funzioni del verde urbano avendo riguardo alla dimensione ambientale, sociale ed economica, nonché riportando gli studi condotti in materia dalla letteratura scientifica. In particolare, il verde ha una funzione ecologico-ambientale in quanto favorisce la mitigazione e l'adattamento ai cambiamenti climatici, riduce le isole di calore, protegge la biodiversità, regola il microclima. Esso possiede, altresì, funzioni igienico-sanitarie, sociali e ricreative, protettive, culturali e didattiche. I benefici che lo stesso apporta alla salute (anche psicologica) si riflettono sul piano economico. Peraltro, i risvolti economici si notano per l'incremento del turismo, per la riduzione di esternalità negative, per la riqualificazione edilizia e del mercato immobiliare. Tuttavia, i profili economici vengono considerati di riflesso, cioè come effetti mediati delle politiche sul verde. L'analisi mostra, infatti, che è essenziale garantire – tramite il verde – una sostenibilità forte, cioè mantenere «una quantità minima di componenti e processi naturali». La triplice funzione del verde si scorge nel progetto URGE (*Urban Green Environment – Development of Urban Green Space to improve the Quality of Life in Cities and Urban Regions*), finanziato dalla Commissione europea, che ha promosso l'elaborazione non solo di criteri sociali, ecologici e gestionali per lo sviluppo del verde, ma anche economici.

queste ultime hanno esteso il loro campo d'intervento, sotto molteplici versanti, sia a livello europeo che internazionale¹⁷.

Fermandosi al dato strettamente formale, le tracce lasciate dalle autorità subnazionali nel diritto primario hanno iniziato a comparire solo in modo graduale e, comunque, non in misura significativa. Dopo una prima fase in cui la politica regionale europea era incentrata «nella riduzione del divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni»¹⁸, il Trattato di Maastricht ha istituito il Comitato europeo delle regioni per dotare le autonomie territoriali di un organo – titolare di poteri consultivi – rappresentativo dei loro interessi dinanzi alle istituzioni europee¹⁹. Il passo più importante è stato poi impresso a Lisbona nel 2007, quando il Trattato sull'Unione Europea è stato arricchito sotto due versanti: da un lato, è stata riconosciuta la presenza del «sistema delle autonomie locali e regionali» nella struttura fondamentale degli Stati membri, (art. 4, par. 2); dall'altro, è stato rafforzato il principio di sussidiarietà verticale affiancando, anche in questo caso, il livello regionale e locale a quello centrale (art. 5, par. 3).

Tuttavia, nonostante tali disposizioni sembrino aprire il diritto europeo alle articolazioni territoriali, le stesse non definiscono le funzioni conferite alle

¹⁷ La letteratura è densa di opere che segnalano la rilevanza delle città a livello internazionale acquisita con il superamento di una fase in cui erano del tutto ignorate. Si possono, a titolo esemplificativo, richiamare J.E. NIJMAN, *Renaissance of the city as Global Actor. The Role of Foreign Policy and International Law Practices in the Construction of Cities as Global Actors*, in *The transformation of foreign policy: drawing and managing boundaries from antiquity to the present*, a cura di G. Hellmann, A. Fahrmeir, M. Vec, Oxford, 2016, pp. 209-241, dove viene illustrato che la globalizzazione, l'urbanizzazione e il decentramento territoriale hanno trasformato il modo in cui gli Stati e le città dialogano. Questi fenomeni hanno infatti condotto le città a insegnare agli Stati come agire a livello globale, nonché implicato l'instaurazione di un rapporto immediato tra di esse e le istituzioni internazionali. Sul punto si veda J. KLABBERS, *Inter-legality, cities, and the changing nature of authority*, in *Research Handbook on International Law and Cities*, a cura di H.P. Aust e J.E. Nijman, Cheltenham, 2021, pp. 419-429, dove viene concluso che «after all, it is clear that cities exercise authority, and, in a legal universe increasingly characterized by overlapping legal spaces and the absence of both spatial and temporal hierarchy». Nel medesimo volume, H.P. AUST, *The Emerging role of cities in international law – introductory remarks on practice, scholarship and the Handbook*, pp. 1-15, porta una serie di evidenze sul ruolo attivo rivestito dalle città nello spazio globale. Dopo una lunga fase «statocentrica», nel 1992 vi è stata un'importante svolta con la Dichiarazione di Rio De Janeiro, adottata dalla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo. Essa ha favorito l'introduzione della *Local Agenda 2021*, ma anche la creazione di reti come il C40 – *Climate Leadership Group*. Un ulteriore momento significativo è stato il 2006 con i tre scritti di David Barron. Questi hanno dato avvio alla riflessione sull'attivismo delle città nella partecipazione a *forum* e a programmi come l'UN-Habitat. A partire da tali scritti, la letteratura si è interrogata sulla possibilità di non considerare più le città come mere sub-unità amministrative degli stati.

Il cambiamento climatico è uno dei tanti ambiti in cui si scorge l'influenza reciproca tra sfera globale e locale. Per esempio, PAPISCA, *International law and human rights*, cit., pp. 27-44, approfondisce il ruolo delle città per la protezione dei diritti umani. Partendo da tale tema e interrogandosi sullo *status* dei governi locali nella *global governance*, l'Autore individua tre forme di intervento delle città funzionali ad attuare l'art. 28 della Dichiarazione delle Nazioni Unite e a conferire effettività al diritto internazionale. Queste tre linee di intervento sono: la partecipazione a programmi o organizzazioni internazionali, il coinvolgimento nel processo di *decision-making* e la gestione autonoma di programmi tramite strutture associative e accordi tra città.

¹⁸ V. ANTONELLI, *Le autonomie locali: una questione europea*, in *Amministrazione In Cammino*, 2012, p. 6, <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2012/05/15/le-autonomie-locali-una-questione-europea/>, consultato il 7.6.2024.

¹⁹ La base legale del Comitato europeo delle regioni consiste nell'art. 13, par. 4, TUE e negli artt. 300, 305, 306 e 307 del TFUE.

autorità subnazionali. In dottrina è stato messo in luce, infatti, che l'art. 4 del TUE si limita a riconoscere l'identità sovrana degli Stati membri, lasciando che il sistema delle autonomie locali meriti di essere richiamato solo in quanto parte integrante del singolo Stato²⁰. Analogamente, il principio di sussidiarietà verticale rimette alle Nazioni, qualora l'intervento dell'Unione in materie di competenza concorrente non si rivelasse adeguato, la scelta in ordine all'attribuzione decentrata delle competenze regolatorie. In entrambi i casi, il legislatore europeo si rivolge agli Stati istaurandovi un rapporto di natura bilaterale, mentre lascia «la morfologia giuridica delle autonomie territoriali» priva di una rilevanza esterna ai confini nazionali²¹.

Queste norme hanno rappresentato un appiglio per sostenere la tesi secondo cui gli enti subnazionali rimangono estranei o, come affermato dalla letteratura straniera, “outsider” al diritto europeo: gli Stati membri sono gli unici organi dotati di identità sovrana che conferiscono autorità all'Unione, per questo possiedono uno *status* grazie al quale svolgere un ruolo attivo nello spazio comunitario. Il diritto europeo, in tal senso, rimarrebbe indifferente alla ripartizione delle competenze effettuata da ciascun Paese, ripartizione che, dunque, mantiene una rilevanza meramente domestica²².

Dall'approccio formalistico si distanzia quello funzionale, basato sull'incontestabile crescente importanza assunta dalle autorità locali, prime fra tutte le città, sotto vari punti di vista e grazie a diversi canali, nella fase conclusiva del XX secolo. Basti pensare che, già nel 1989, la Corte di giustizia dell'UE, nel

²⁰ A tal proposito, FINCK, *Subnational Authorities in EU Law*, cit., p. 11 e p. 101, nell'approfondire le interpretazioni compiute degli artt. 4 e 5 del TUE, segnala la dottrina che ha rilevato come dette norme attribuiscono solo in apparenza uno *status* alle autorità subnazionali, le quali – quantomeno sul piano letterale – sono di fatto considerate alla stregua di una caratteristica costituzionale degli Stati membri, a cui ne è demandata la disciplina. Inoltre, nonostante parte della dottrina sostenga che la modifica dell'art. 5, par. 3, TUE, effettuata dal Trattato di Lisbona, abbia condotto al riconoscimento di una *governance* multilivello, il dato letterale della citata norma orienta verso una diversa conclusione. In particolare, l'art. 5 «*is not designed to orchestrate the collaboration between various actors in multi-level Europe but rather to designate which actor, to the exclusion of others, has regulatory competence. When making that assessment no formal attention is given to SNAs as sites of regulatory authority*».

²¹ L'espressione è di ANTONELLI, *Le autonomie locali*, cit., pp. 8 ss., il quale ritiene che già a partire dal Trattato di Maastricht vi sia stata un'inversione di rotta rispetto «all'approccio di tipo “statalista”, incentrato sull'intangibilità della sovranità statale e sull'indifferenza delle medesime istituzioni europee della morfologia giuridica delle autonomie territoriali».

²² Nell'«*outsider narrative*», contrapposta alla c.d. «*insider narrative*», le autorità subnazionali non trovano spazio nella struttura “costituzionale” europea: solo l'Unione e gli Stati membri sono dotati di poteri regolatori. Ciò poiché il diritto primario europeo riconosce una serie di diritti e di poteri unicamente a essi, da sempre visti come i “*masters*” dei Trattati. Per esempio, viene annoverato il diritto di agire dinanzi alla Corte di giustizia dell'UE, oppure l'insieme di poteri di cooperazione riconosciuti da varie disposizioni dei Trattati (si pensi agli artt. 326 e 328 TFUE). Al contempo, gli Stati sono destinatari di obblighi, la cui violazione è fonte di responsabilità e motivo di avvio della procedura di infrazione *ex art. 260 TFUE*. Quanto ai sostenitori della tesi contrapposta – senza alcuna pretesa di esaustività – si può dire che fanno leva sulle molteplici funzioni svolte dalle autorità subnazionali per la definizione e l'attuazione degli obiettivi europei. Per dimostrarne la rilevanza, costoro illustrano una serie di casi concreti nei quali è spesso assente l'intermediazione degli Stati membri. A tal riguardo si rinvia a FINCK, *Subnational Authorities in EU Law*, cit., pp. 61-101 e pp. 110-190.

caso *Fratelli Costanzo v. Comune di Milano* (C-103/88)²³, ne ha ribadito la funzione di implementazione del diritto europeo, demandando anche a esse l'attuazione degli obblighi comunitari. Si aggiunga che, gradualmente, dette autorità hanno mostrato di agire come soggetti interni alla regolazione europea influenzando il processo di *policy* e *decision making*, soprattutto grazie alla partecipazione alle molteplici reti formali e informali emerse nel corso del tempo. Tali strutture reticolari²⁴, proliferando tanto nello spazio comunitario quanto internazionale, hanno rappresentato un canale per veicolare gli interessi urbani a livello sovranazionale, nonché per ridurre il divario tra istanze cittadine e autorità pubbliche²⁵.

La sostanziale estensione dell'intervento locale è poi approdata in testi normativi quali il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (all'interno delle «disposizioni dedicate a politiche settoriali»²⁶) e il Libro Bianco sulla *Governance* europea del 2001. Quest'ultimo, per esempio, nel tentativo di delineare un modello decisionale basato su di un sistema circolare e non verticistico²⁷, in cui sia favorita la partecipazione della società civile, fa leva sul coinvolgimento di tutti i livelli di governo.

Con riguardo specifico alle aree urbane, in ragione dell'assenza di attribuzioni in materia in capo all'Unione²⁸, occorrerà attendere il 2016 per l'introduzione di un'agenda (dunque uno strumento di natura *soft*) a esse dedicata. Essa rispecchia il progressivo affermarsi dell'«*Urban age*»²⁹ e spinge ulteriormente verso la tessitura di una *governance* multilivello dove a dialogare non siano più –

²³ Nel caso citato, la Corte ha sostenuto che il diritto europeo, qualora entri in contrasto con quello nazionale, si applica a «*all organs of the administration, including decentralized authorities such as municipalities*». Pertanto, per garantire l'effetto utile dello stesso, a prescindere dallo *status* riconosciuto alle municipalità, «*cities must ascertain whether national legislation is incompatible with Union law*». Lo scrive DE VISSER, *The future is urban*, cit., p. 397.

²⁴ E. CHITI, *Decentralisation and Integration into the Community Administrations: A New Perspective on European Agencies*, in *European Law Journal*, 2004, X, 4, p. 426, richiama degli studi sul fenomeno delle reti, definite come «*a set of relatively stable relationships that are non-hierarchical and interdependent in nature, between a variety of corporate actors*». Per ulteriori approfondimenti bibliografici in materia si rinvia alla nota n. 4.

²⁵ DE VISSER, *The future is urban*, cit., pp. 396-404; FINCK, *Subnational Authorities in EU Law*, cit., pp. 10-27 e, con specifico riferimento alla questione ambientale, M. FINCK, *Above and Below the Surface: The Status of Sub-National Authorities in EU Climate Change Regulation*, in *Journal of Environmental Law*, 2014, XXVI, pp. 443-472.

²⁶ ANTONELLI, *Le autonomie locali*, cit., p. 12, richiama, con riguardo agli enti locali, gli «artt. 123, 124 125 TFUE in materia di politica economica, [l'] art. 170 TFUE in tema di reti transeuropee, [l'] art. 196 TFUE in materia di protezione civile». Con riguardo agli enti regionali richiama l'«art. 13 TFUE in relazione al patrimonio regionale, [l'] art. 96 TFUE in materia di trasporti, [l'] art. 167 TFUE in materia di cultura, [l'] art. 191 TFUE in materia di ambiente».

²⁷ M. PICCHI, *Uno sguardo comunitario sulla democrazia partecipativa*, in *Astrid Rassegna*, 2009, XCV, 12, p. 10; ANTONELLI, *Le autonomie locali*, cit., p. 10; D. FERRI, *L'Unione europea sulla strada della democrazia partecipativa?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2011, XXXII, 2, pp. 305 ss.

²⁸ L'assenza di attribuzioni in materia urbana ha portato l'Unione Europea a intervenire «con strumenti di *soft law* o con strumenti normativi tradizionali formalmente riferiti ad altri ambiti ma con conseguenze indirette notevoli sullo sviluppo urbano». Così scrive C. PINELLI, *Città oltre lo Stato?*, in *La città come istituzione, entro e oltre lo Stato*, a cura di G. Allegri, L. Frosina, A. Guerra, A. Longo, Roma, 2023, pp. 47-48.

²⁹ E. GLAESER, *Il trionfo delle città*, Milano, 2011, *passim*.

secondo una logica bi-centrica – esclusivamente gli Stati e l’Unione, bensì anche le città e gli altri *stakeholders*³⁰.

Si tratta di un assetto – caratterizzato da policentrismo e porosità del diritto³¹– destinato a emergere con chiarezza quando si affrontano le questioni ambientali. In tali questioni si è, infatti, parlato di “problemi globali” per la forza con cui la necessità di fissare obiettivi comuni a livello sovranazionale interagisce con quella di sperimentare, a livello decentrato, soluzioni per la mitigazione e l’adattamento al cambiamento climatico³². L’area urbana subisce un largo quantitativo degli effetti dell’inquinamento e, nel cercare di porvi rimedio, si colloca in prima linea l’elaborazione di piani, strategie, regolamenti, nonché di una serie di buone pratiche, da un lato, attente ai bisogni prioritari della comunità di riferimento, dall’altro, idonee a influenzare positivamente la regolazione di matrice europea³³. Allo stesso tempo, interventi isolati delle città si rivelerebbero inadeguati ad affrontare un problema, come il cambiamento climatico, presente in tutte le parti del globo. Da qui l’esigenza di un loro coordinamento tramite *targets*, *standards* e progetti di matrice quantomeno europea. In questi termini, gli obiettivi sovranazionali richiedono l’elaborazione e l’attuazione di politiche a livello locale e danno vita a un «approccio globale basato sul territorio»³⁴. In definitiva, partendo dai bisogni e dalle vulnerabilità della realtà cittadina, le azioni locali contribuiscono alle finalità di «fenomeni che superano i confini nazionali» e che sono in grado di «deteritorializzarsi» fino a raggiungere «l’arena mondiale»³⁵.

3. *Il rapporto bi-centrico nella Nature Restoration Law.* – Il percorso avviato dal *Green Deal* segue questa linea di sviluppo, poiché, pur menzionando poche volte le aree urbane, ha favorito la proliferazione di fondi di investimento europei, nonché iniziative di natura *soft* che vedono il coinvolgimento diretto delle

³⁰ Si tratta dell’*Urban Agenda* elaborata con il Patto di Amsterdam. Per maggiori dettagli si rinvia al sito istituzionale <https://www.urbanagenda.urban-initiative.eu>, consultato il 5.6.2024. Nel 2018 è stata peraltro adottata una risoluzione dal Parlamento europeo intitolata *Role of cities in the institutional framework of the Union*, P8 TA (2018) 0273, che riconosce il ruolo pilota di regioni e città nello sviluppo delle strategie europee, in quanto molte questioni di portata globale sono originate e risolte a livello locale. Ciò, secondo la risoluzione, contribuisce a rinforzare «*the multi-level governance system of the Union*».

³¹ Il policentrismo indica il fenomeno in base al quale i vari attori, compresi quelli locali, dialogano sia verticalmente che orizzontalmente instaurando rapporti reciproci. Il termine porosità allude all’interazione tra le norme create ai diversi livelli della *governance*, nonché all’influenza che ciascun livello esercita sugli altri nell’attività di *law-making*. Lo spiega nel dettaglio FINCK, *Subnational Authorities in EU Law*, cit., pp. 17 ss.

³² GUPTA, VAN DER LEEUW, DE MOEL, *Climate change: a ‘glocal’ problem requiring ‘glocal’ action*, cit., pp. 139-148.

³³ Per prendere visione di buone pratiche elaborate a livello urbano si rinvia alla Piattaforma Nazionale Adattamento al Cambiamento Climatico di ISPRA (<https://climadat.isprambiente.it/>), nonché alla banca dati GELSO (<https://gelso.sinanet.isprambiente.it/>), data ultima consultazione 5.6.2024.

³⁴ D. BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, Milano, 2024, p. 178.

³⁵ Ivi, p. 167.

autorità locali³⁶. Peraltro, puntando sulla transizione verde delle città³⁷, la Commissione sembra voler compiere un passo importante in uno scenario in cui le aree urbane sono le perduranti assenti della normativa di portata vincolante: ha dedicato una specifica disposizione, all'interno della proposta di Regolamento sul ripristino della natura, agli ecosistemi urbani. La legge – che una volta entrata in vigore sarà direttamente applicabile dagli Stati membri – riveste quindi una rilevanza simbolica, in quanto supera il silenzio mantenuto dal diritto cogente sulle città, ancorché non le consideri in quanto tali, bensì alla stregua degli altri ecosistemi da ripristinare. In aggiunta, ciò potrebbe servire a cristallizzare il ruolo dei governi locali sul piano formale oltre che su quello sostanziale.

Per comprendere, però, il vero angolo di visuale della *Nature Restoration Law*, occorre esaminarne combinatamente una serie di norme, ovvero gli artt. 6, 11, 17 e 18; il primo articolo riguarda gli ecosistemi urbani, mentre i successivi concernono le azioni richieste dall'Unione per proteggerli.

La versione originale dell'art. 6 prevedeva l'obbligo, in capo agli Stati membri e con un raggio d'azione parametrato al 2030, di garantire l'assenza di perdita netta di spazi verdi urbani o di copertura arborea rispetto al 2021. Inoltre, stabiliva che, entro il 2040, gli Stati membri si sarebbero dovuti adoperare per aumentare la superficie totale nazionale di spazi verdi urbani del 3% rispetto al 2021 e di almeno il 5% entro il 2050. Infine, sempre entro quest'ultimo anno, avrebbe dovuto essere assicurata una copertura di verde minima del 10% in città, paesi e periferie. A seguito degli emendamenti compiuti nel 2023 dal Parlamento europeo, la portata dei citati obblighi è stata notevolmente ridimensionata. Infatti, è genericamente richiesto di realizzare – avendo riguardo agli ecosistemi urbani presenti nella totalità del territorio nazionale – un progressivo aumento degli spazi verdi urbani e della copertura arborea, nonché di evitare una riduzione dell'estensione di detti spazi a partire dalla data di entrata in vigore della legge. Per realizzare tali obiettivi, gli Stati membri dovranno compiere un'attività di mappatura degli ecosistemi urbani presenti in tutte le loro città, paesi e periferie, strumentale all'elaborazione di un Piano nazionale di ripristino della natura (art. 11, par. 2, lett. b). Dopodiché, gli stessi dovranno monitorare, almeno ogni tre anni e utilizzando un adeguato *set* di indicatori (art. 17, par. 5), la complessiva area degli spazi verdi urbani e di copertura arborea presente negli ecosistemi urbani. La

³⁶ A tal proposito, BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, cit., pp. 123 ss. mette in luce il carattere “glocale” del *Green Deal* riportando alcune iniziative che hanno demandato ai governi locali l'attuazione di obiettivi e programmi sovranazionali.

³⁷ Di recente LEONZIO, *Città e tutela dell'ambiente*, cit., pp. 1075-1078, ha illustrato vari progetti finanziati dall'UE a seguito dell'adozione del *Green Deal*. Parallela alla transizione ecologica delle città è quella digitale, promossa con vari strumenti. Per esempio, si pensi all'Opinione del Comitato europeo delle regioni *Smart cities: new challenges for a just transition toward climate neutrality – how to implement the SDGs in real life?*, 2020/C39/17, oppure alla Comunicazione *Plasmare un'Europa resiliente ai cambiamenti climatici – La nuova strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici*, COM(2021) 82.

procedura si conclude richiedendo, ogni tre anni, il compimento di un'attività di *report* alla Commissione³⁸, la prima delle quali deve essere effettuata entro il 2028.

Fermandosi a queste disposizioni, il ruolo politico-istituzionale delle città nella *governance* climatica rimane nascosto³⁹. Esse sembrano semmai essere relegate all'oggetto dell'azione statale. Da un lato, l'Unione richiede, infatti, ai soli Paesi membri l'adempimento agli obblighi di cui all'art. 6 tramite l'imposizione di un'attività di pianificazione, di monitoraggio e di *report* dei risultati. Dall'altro lato, gli Stati sono chiamati a identificare gli ecosistemi urbani all'interno delle città, dei paesi e delle periferie. Le aree urbane non vengono considerate in quanto istituzioni, ma per il patrimonio naturale che possiedono. Peraltro, non è chiaro se i confini dell'ecosistema urbano coincidano con l'intera estensione spaziale delle città, o se, parlando di ecosistema, l'Unione si riferisca unicamente alle porzioni del terreno cittadino dotate di soluzioni naturali. Qualora si optasse per questa seconda soluzione, verrebbe risaltata la tipologia di servizio erogato, facendo sì che il concetto di ecosistema serva a comprendere in un'unica categoria una pluralità di soluzioni basate sul verde e messe a disposizione dall'amministrazione alla cittadinanza. Al contrario, qualora l'intera città venisse concepita come ecosistema, emergerebbe il tentativo di rafforzamento della visione relazionale tra uomo e biodiversità. In questo senso, la legge si servirebbe del verde per far risaltare, secondo un approccio ecosistemico, «le interdipendenze tra il sistema naturale e il sistema umano» presenti anche in un contesto «altamente antropizzato» come la città⁴⁰. Ciò potrebbe essere visto come il segnale di un'integrazione maggiore tra la dimensione sociale e quella naturale, con un *focus* sui valori ambientali ed ecologici.

³⁸ Questo modello procedurale ricalca quanto previsto dal Regolamento UE n. 1119/2021 in relazione alla *governance* sull'energia. Come spiegato nel dettaglio da BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, cit., p. 132 ss., la normativa richiede agli Stati membri l'adozione di Piani nazionali integrati per l'energia e il clima (PNIEC) e rimette alla Commissione «un potere di valutazione periodica». Sulla *governance* in materia di energia si rinvia anche a L. AMMANNATI, *La transizione energetica nell'Unione Europea. Il nuovo modello di governance*, in *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, a cura di G. De Maio, Napoli, 2019, pp. 11 ss.

³⁹ Si consideri che, come approfondito da G. ALLEGRI, *La città come istituzione entro e oltre lo Stato. Una prefazione tra tradizioni costituzionali e innovazioni tecno-sociali*, in *La città come istituzione*, cit., pp. 9 ss., la riflessione giuspubblicistica sul ruolo politico-istituzionale delle città è cresciuta nel corso dell'ultimo trentennio. È un ripensamento che parte dell'idea di un diritto delle città, dove queste ultime sono «intese come soggetto istituzionale di mediazioni e trasformazioni urbane, spazio di autogoverno locale e di promozione sociale, nell'evoluzione degli Stati costituzionali, tra dimensione sovra-statale, processi federali e neo-municipalismo, in quella “pluralità di ordini” reticolari e di “istituzioni multiple” [...]».

⁴⁰ Lo si trova scritto nel rapporto ISPRA, n. 118/2010, CHIESURA, *Verso una gestione ecosistemica*, cit., p. 36. Riferendosi al concetto di ecosistema, si assume un approccio ecologico, promotore di un'integrazione olistica volta a «rimuovere le barriere tra l'economia umana, le aspirazioni sociali e l'ambiente naturale, [mantenendo] le strutture naturali e le funzioni dell'ecosistema». F. APPIOTTI, I. BIANCHI, M. DALLA FONTANA, G. LUCERTINI, F. MAGNI, D. MARANGO, *Pianificazione e cambiamento climatico: concetti e approcci*, in *Italia '45-'45. Radici, Condizioni, Prospettive. Atti della XVIII Conferenza Nazionale SIU*, a cura di F. Musco, M. Di Venosa, Roma-Milano, 2015, p. 581.

Sul piano nazionale, inoltre, la norma in commento può servire a estendere a favore delle città una serie di obblighi previsti nella normativa primaria⁴¹ e nel novellato art. 9 della Costituzione a favore degli ecosistemi genericamente intesi⁴².

Al di là di queste possibili linee interpretative, è chiaro che, assumendo gli ecosistemi quali oggetto dell'azione pubblica, l'Unione rimetta l'intera sequenza degli adempimenti agli Stati membri, senza compiere alcun riferimento alle loro articolazioni territoriali. Emerge, cioè, la visione bi-centrica dei rapporti tra Unione e Stati membri propria dell'*outsider narrative*.

Un parziale allontanamento da tale logica si scorge nell'art. 12, par. 2, lett. n, il quale richiede agli Stati di includere le informazioni attinenti ai bisogni delle comunità locali nella fase di elaborazione della sintesi del processo di preparazione del Piano di ripristino.

Un'apertura ancor maggiore al ruolo potenzialmente attivo delle autorità subnazionali si evince, invece, nel punto della Proposta dedicato ai risultati attesi. Qui viene chiarito che la legge avrà un forte impatto su ogni livello territoriale e che, per questo, ciascuna autorità pubblica dovrà contribuire nell'attività di monitoraggio e di mappatura dei servizi ecosistemici erogati, nonché nell'attività di pianificazione e finanziamento dei Piani. Dal combinato disposto dell'art. 12 e tale ultima considerazione emerge il primo segnale di un possibile coinvolgimento delle autorità locali e, dunque, anche delle città, tanto nella fase a monte di definizione del Piano, quanto nella fase a valle di una sua implementazione. Tale segnale si evince con più nitore esaminando ulteriori documenti volti a promuovere la transizione verde, nonché accennando all'esperienza italiana in materia.

4. *Al di là dell'aspetto formale: il ruolo attivo delle città.* – Il primo documento utile per scorgere il coinvolgimento attivo delle città nell'implementazione e regolazione degli obiettivi comunitari è rappresentato dalla Strategia sulla Biodiversità. Essa, rappresentando una tappa fondamentale

⁴¹ M. MONTEDURO, *Ma che cos'è questa "resilienza"? Un'esplorazione del concetto nella prospettiva del diritto delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2023, 1, pp. 26-27, richiama la l. 394/1991, il d.lgs. 152/2006, il d.lgs. 34/2018 oltre che, per esempio, la l.r. Puglia n. 67/2018, che, «introducendo il comma 2-bis nell'art. 1 della l.r. 12 aprile 2001, n. 11, stabilisce che «la Regione, nell'esercizio delle proprie funzioni e nell'ambito della programmazione territoriale, socio-economica e ambientale finalizzata al perseguimento dello sviluppo sostenibile, garantisce che le decisioni amministrative, anche quelle istruttorie o endoprocedimentali, relative ai progetti e agli interventi che soggiacciono alle disposizioni recate dalla parte II del decreto legislativo del 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), siano assunte nel rispetto delle esigenze di salvaguardia e di tutela [...] della resilienza degli ecosistemi incisi».

⁴² La dottrina nazionale ha copiosamente trattato della riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 della Cost. operata con l. cost. 1/2022. Si vedano R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2022, XXI, 1, pp. 7-26; F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *ApertaContrada*, 28 febbraio 2022, <https://www.apertacontrada.it/2022/02/28/la-riforma-bilancio-dellart-9-cost-e-la-riforma-programma-dellart-41-cost-nella-legge-costituzionale-n-1-2022-suggestioni-a-prima-lettura/>, consultato il 7.6.2024; D. AMIRANTE, *La "reformette" dell'ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, XXIV, 2, pp. 5-14; oppure si veda il numero 2022, XLIII, 4, *Ambiente e Costituzione*, di *Istituzioni del Federalismo*.

nel percorso di ripristino della natura, prevede una specifica azione dedicata alle zone urbane e peri-urbane, coerente alla volontà europea di promuovere la transizione verde delle città⁴³. In particolare, tale azione si rivolge immediatamente alle “*towns and cities*” con almeno 20.000 abitanti⁴⁴, richiedendo a esse di sviluppare degli *Urban Greening Plans* entro il 2030. A questo fine, la Commissione ha elaborato una bozza di linee guida per la fase di preparazione, azione e successiva attuazione dei piani di cui le città dovranno dotarsi⁴⁵. Esse spronano l'utilizzo di un modello di co-creazione che favorisca la «collaborazione fra pubbliche amministrazioni e cittadinanza»⁴⁶.

Allontanandosi dalla *Nature Restoration Law*, la Strategia si rapporta direttamente con le città, incentivandole all'adozione di strumenti urbanistici specifici. Questi ultimi consistono in piani di natura volontaria e dal contenuto ampiamente discrezionale, elaborati garantendo il coinvolgimento della società civile. Ciò vale a confermare che, per l'esecuzione degli obiettivi fissati dal legislatore europeo e per la regolazione della materia ambientale, sia essenziale un percorso che combini l'approccio *bottom up* con quello *top-down*⁴⁷. Invero, alle linee guida della Commissione si affianca la regolazione creativa di matrice urbana, frutto «della relazione fiduciaria» tra l'amministrazione pubblica locale e «la capacità delle comunità sociali di dare soddisfazione ai bisogni» emergenti⁴⁸. In sostanza, quali portavoce di realtà complesse, dove interagiscono conflittualmente molteplici interessi, le città – anche grazie al «coinvolgimento dei cittadini attivi»⁴⁹ – adeguano gli obiettivi europei alle specificità delle istanze locali⁵⁰.

⁴³ In quanto promuove «ecosistemi integri, infrastrutture verdi e soluzioni basate sulla natura dovrebbe essere sistematicamente integrata nella pianificazione urbana, [...], così come nella progettazione degli edifici e delle loro pertinenze». COM(2020) 380, p. 14.

⁴⁴ L'espressione “*town*” è diversa da quella di “*city*”, la cui definizione è stata elaborata dall'Unione Europea partendo dal concetto di “*functional urban area*”. In particolare, i criteri indicati dall'OECD fanno leva sulla densità della popolazione con l'obiettivo di evitare di incorrere negli eterogenei criteri di matrice amministrativa impiegati dai vari Stati membri. Una città, considerata dal punto di vista funzionale, richiede che almeno il 50% della sua popolazione viva in un centro urbano, composto da almeno 50.000 abitanti. La “*town*” richiede, invece, un quantitativo di popolazione inferiore al 50%. Maggiori dettagli si riscontrano nello scritto di L. DIJKSTRA, H. POELMAN, P. VENERI, *The EU-OECD Definition of a functional urban area, OECD Regional Development Working Papers*, n. 11/2019.

⁴⁵ Commissione europea, *Urban Nature Plan Guidance*, draft.

⁴⁶ Come rilevato in materia di consumo del suolo da L. RICCI, *La triade “rigenerazione, ambiente e consumo” nel “modello circolare”*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2023, 2, p. 10.

⁴⁷ F. MAGNI, F. MUSCO, *Verso una città climate proof: strumenti e politiche innovative per il governo del territorio in uno scenario di cambiamento climatico*, in *Atti della XIX Conferenza Nazionale SIU. Cambiamenti. Responsabilità e strumenti per l'urbanistica al servizio del Paese*, Roma-Milano, 2017, p. 772, dove viene messo in luce come sia «impossibile immaginare lo sviluppo di una strategia di successo senza la corretta integrazione e l'idoneo bilanciamento di entrambi [gli approcci]. Non si tratta di un controsenso perché l'agire di un processo “dal basso” ha spesso bisogno di avere un *frame* di riferimento proveniente da un livello di governo superiore che lo promuove».

⁴⁸ Secondo quanto affermato da ALLEGRI, *La città come istituzione entro e oltre lo Stato. Una prefazione tra tradizioni costituzionali e innovazioni tecno-sociali*, cit., p. 17.

⁴⁹ P. PIRAS, *L'uso sostenibile del suolo e la città giusta*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2023, 2, p. 144.

⁵⁰ In tal modo, esse divengono interlocutori indispensabili dell'Unione per il conseguimento dei suoi obiettivi, come peraltro emerge dall'analisi compiuta, a partire dalla sentenza del 2018 n. 339 del

A questo dialogo verticale tra città e autorità sovranazionali si aggiunge il rapporto orizzontale, favorito dalla Commissione avviando l'iniziativa *Green City Accord*⁵¹. Essa incentiva i sindaci delle città aderenti al progetto a diffondere buone pratiche in cinque diverse aree di intervento⁵². L'adesione all'accordo è di carattere volontario, ma una volta effettuata scatta l'obbligo per i firmatari di rispettare una serie di indicatori nell'attività di monitoraggio dei risultati progressivamente raggiunti⁵³. Le città si assumono, inoltre, l'impegno di elaborare dei *report*, tanto nella fase di avvio del progetto che durante il suo svolgimento. D'altra parte, il soddisfacimento dei requisiti tecnici è incentivato dall'Unione Europea riconoscendo ai governi locali il titolo per ottenere «un finanziamento per la realizzazione delle attività relative al *Green Deal*»⁵⁴.

Gli esempi prospettati danno vita a una «struttura a-gerarchica, [informale] e fatta di collegamenti [sia verticali che] orizzontali», di cui la Commissione si serve per svolgere un'attività di «coordinamento e indirizzo» nei confronti degli enti territoriali⁵⁵. Questi ultimi, nel caso dell'azione prevista dalla Strategia sulla Biodiversità, sono orientati da strumenti *soft* e rimangono titolari di ampi margini di manovra nel perseguimento delle finalità sovranazionali. Nel secondo caso, la creazione di una rete tra pari può condizionare positivamente il rispetto degli impegni assunti, sia perché spinge i sindaci a voler conservare una buona reputazione, sia perché garantisce l'accesso a fondi di finanziamento. In ambedue le ipotesi, le autorità subnazionali e, in prima battuta, le città «partecipano al dialogo» con l'Unione senza la necessaria intermediazione degli Stati membri, potendo (e dovendo) assumere «decisioni autonome» con riguardo a tutti i profili riguardanti gli aspetti attuativi⁵⁶. In tal modo, le aree urbane contribuiscono alla realizzazione di una *governance* «multi-scalare»⁵⁷, dove «tanti centri del potere», svolgenti «funzioni analoghe»⁵⁸, sono coordinati dall'alto e, al contempo,

Tribunale di I grado dell'Unione Europea, da F. GIGLIONI, *Le città e l'inquinamento atmosferico nel diritto europeo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2019, XXV, 4, pp. 447 ss.

⁵¹ Per uno studio sui rapporti orizzontali tra città si rinvia a N. VAN DER HEIDEN, *A Multi-level Governance Analysis of Urban Foreign Policy: The Role of the EU in City-to-City Cooperation*, in *Zurich Open Repository and Archive*, 2010, https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/44096/1/Paper_Ghent_def_NicovanderHeiden-1.pdf, consultato il 7.6.2024.

⁵² Le aree di intervento sono: l'aria, l'acqua, la biodiversità, l'economia circolare, l'inquinamento acustico e vengono elencate dalla Commissione Europea, *Green City Accord. Clean and Healthy Cities for Europe*, p. 2.

⁵³ Commissione Europa, *Green City Accord. Clean and Healthy Cities for Europe. GCA Mandatory Indicators Guidebook*, 2022.

⁵⁴ BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, cit., p. 124. Le opportunità di finanziamento sono visionabili al [link](https://environment.ec.europa.eu/topics/urban-environment/green-city-accord/funding-opportunities_en) https://environment.ec.europa.eu/topics/urban-environment/green-city-accord/funding-opportunities_en, consultato il 5.6.2024.

⁵⁵ BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, cit., p. 170.

⁵⁶ Così Ivi, p. 168.

⁵⁷ E. GUALINI, «Governance» dello sviluppo locale e nuove forme di territorialità: mutamenti nell'azione dello stato, in *Rivista italiana di scienza politica*, 2006, XXXVI, 1, p. 32.

⁵⁸ Le espressioni sono di BEVILACQUA, *Il Green New Deal*, cit., p. 179. Peraltro, l'Autore, a p. 126, si riferisce a questo fenomeno di «coordinamento tra l'UE e i governi locali», ma anche «di cooperazione tra attori che lavorano sullo stesso livello» parlando di «glocalismo».

cooperano tra di loro per permettere la circolazione di modelli positivi di contrasto al cambiamento climatico.

In tale quadro di riferimento, l'esperienza italiana mostra sia il ruolo attivo delle città – quale che sia la loro veste istituzionale⁵⁹ – nella regolazione del verde urbano, che la scala multilivello in cui il loro intervento si inserisce. Infatti, gli enti locali, le Regioni e lo Stato, ciascuno secondo le rispettive competenze, concorrono al governo del territorio⁶⁰, realizzando gli interventi a tutela del verde di volta in volta definiti da una «strategia pianificatoria permanente» articolata lungo più scale d'azione⁶¹.

A livello nazionale è stata adottata la l. 14 gennaio 2013, n. 10, recante *Norme per lo sviluppo degli spazi verdi urbani*, la quale ha anzitutto permesso l'avvio di un percorso di riorganizzazione amministrativa tramite l'istituzione del Comitato per lo sviluppo del verde pubblico competente a elaborare un Piano nazionale del verde (art. 3). Il Comitato, a discapito della lettera della legge, ha optato per l'adozione di linee guida nel 2017⁶² e di una Strategia nazionale nel 2018, per stabilire «i criteri cui devono attenersi e le modalità con cui devono agire le amministrazioni interessate alla redazione di *autentici piani territoriali*»⁶³. Nel prosieguo, la strategia spiega che la competenza a dotarsi di detti piani spetta, a seconda dei casi, alle Regioni, alle Città Metropolitane o ai Comuni, ai quali, in ogni caso, compete l'assunzione di azioni per la realizzazione materiale degli interventi.

In effetti, la citata legge, all'art. 6, richiede agli enti territoriali di promuovere «l'incremento degli spazi verdi urbani, delle “cinture verdi” intorno alle conurbazioni per delimitare gli spazi urbani, [...]», nonché di adottare misure volte a favorire «il risparmio e l'efficienza energetica, l'assorbimento delle polveri sottili, la riduzione dell'effetto “isola di calore estiva”». Inoltre, ancorché la norma non obblighi i singoli Comuni a dotarsi di strumenti pianificatori dedicati al verde, li ha onerati (*ex art. 2, c. 1, lett. c e art. 7, c. 2*) di «censire gli alberi piantati in aree urbane di proprietà pubblica e gli alberi monumentali»⁶⁴. Qualche Regione, dal

⁵⁹ Sulle problematiche intorno alla veste istituzionale della città, si rinvia a M. ROVERSI MONACO, *La città nell'ordinamento giuridico*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, XXXVI, 4, pp. 977 ss., il quale spiega come l'impiego di criteri amministrativi per delimitare i confini degli enti locali non sempre conduce a esiti coincidenti con quelli derivanti dall'utilizzo dei criteri europei di definizione dei confini della città.

⁶⁰ Per un approfondimento del riparto delle competenze nel governo del territorio si rinvia a F. FABRIZZI, *Il sistema degli enti locali in materia ambientale*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone, Bologna, 2016, pp. 125-131.

⁶¹ G. MARI, *Il verde urbano pubblico e la pubblicizzazione del verde privato*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2018, LXI, 1, pp. 39 ss.

⁶² Denominate *Linee guida per la gestione del verde urbano e prime indicazioni per una pianificazione sostenibile* e assunte dal suddetto Comitato, istituito presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

⁶³ Strategia nazionale del verde urbano, *Foreste urbane resilienti ed eterogenee per la salute e il benessere dei cittadini*, p. 4. Il corsivo è nostro.

⁶⁴ M. BROCCA, *Note in tema di verde urbano*, in *AmbienteDiritto*, 2021, XXI, 1, p. 13.

canto suo, ha obbligato i Comuni a realizzare infrastrutture verdi e soluzioni basate sulla natura⁶⁵.

Nonostante l'approccio meramente orientativo della normativa statale, alcune città – peraltro anche prima dell'intervento legislativo del 2013 – hanno regolamentato la gestione del verde non solo con il tradizionale piano regolatore generale⁶⁶ o con ordinanze e delibere *ad hoc*⁶⁷, ma anche con piani settoriali, regolamenti specifici e forme di amministrazione condivisa⁶⁸.

Una funzione centrale è svolta dal Piano del verde, concepito come strumento di governo del territorio spontaneo e non vincolante, funzionale a delineare una visione strategica dell'assetto naturale e semi-naturale della città; tramite la sua adozione, l'amministrazione locale mira a definire e regolare le linee di gestione del verde, integrando la pianificazione urbanistica generale in un orizzonte temporale medio-lungo⁶⁹. Al suo fianco si pone il Regolamento del verde, che ha una valenza per lo più prescrittiva su aspetti sia procedurali che sostanziali, soprattutto relativi «alla progettazione, attuazione, manutenzione, del verde pubblico e privato»⁷⁰. Infine, in armonia con le indicazioni delle linee guida europee sopra citate, qualche città ha concepito le aree verdi, indipendentemente dal loro regime proprietario, alla stregua di una «risorsa comune capace di generare benefici per l'intera collettività», cioè alla stregua di un bene comune «irrinunciabile per la salute e la qualità della vita dell'intera popolazione»⁷¹. Funzionalizzare il verde al «soddisfacimento dei bisogni essenziali di carattere primario»⁷² di una certa comunità ha permesso di sperimentare una regolamentazione co-decisa, fondata su una «rinnovata relazione tra istituzioni

⁶⁵ Come spiega BROCCA, *Note in tema di verde urbano*, cit., p. 13, l'art. 20, c. 6, della l.r. Marche 23 febbraio 2005, n. 6, ha imposto l'obbligo di dotarsi di Piani del Verde ai Comuni della Regione.

⁶⁶ Si segnala il Piano Regolatore Generale di Roma che, all'art. 72, c. 4, promuove «azioni prevalentemente di tutela e salvaguardia degli ecosistemi, [...] azioni prevalentemente di ripristino e riqualificazione ambientale delle aree compromesse, [...] interventi [...] anche al fine di garantire continuità della rete ecologica; azioni prevalentemente finalizzate alla preservazione o ampliamento dei valori naturalistici».

⁶⁷ Come sottolineato nel rapporto realizzato da ISPRA, n. 118/2010, CHIESURA, *Verso una gestione ecosistemica*, cit., p. 3.

⁶⁸ Per amministrazione condivisa s'intende «l'insieme delle attività basate sulla partecipazione e sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura, la rigenerazione e lo sviluppo dei cd. beni comuni urbani» in C. TUBERTINI, *Sviluppare l'amministrazione condivisa attraverso i principi di sussidiarietà (verticale) e leale collaborazione: riflessioni e proposte*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, XL, 4, p. 971. La gestione condivisa e la rigenerazione di beni comuni tra amministrazione e cittadini avvengono spesso tramite i patti di collaborazione. «L'attivazione spontanea dei cittadini» ha consentito «sperimentazioni amministrative sempre più profonde e innovative». Così G. MARLETTA, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, in *Diritto Amministrativo*, 2023, 2, p. 441.

⁶⁹ S. COLLINA, *Strumenti di pianificazione del verde urbano in Italia. Studio sulle principali città italiane*, in ISPRA, <https://www.isprambiente.gov.it/it/attivita/formeducambiente/stage-e-tirocini/ricerca-stage/strumenti-di-pianificazione-del-verde-urbano-in>, consultato il 5.6.2024.

⁷⁰ Così nel rapporto ISPRA, n. 118/2010, CHIESURA, *Verso una gestione ecosistemica*, cit., p. 4. Il regolamento del verde «trova legittimazione nella potestà regolamentare propria degli enti locali (art. 117, comma 6, Cost.)» come scritto da BROCCA, *Note in tema di verde urbano*, cit., p. 13. L'A. spiega altresì il contenuto normalmente posseduto da detti regolamenti.

⁷¹ MARI, *Il verde urbano pubblico*, cit., p. 47.

⁷² PIRAS, *L'uso sostenibile del suolo*, cit., p. 145.

municipali e società civile»⁷³. A mero titolo esemplificativo si pensi a Livorno, che si è dotata di un regolamento sull'amministrazione condivisa nel 2019 (reg. n. 61/2019). Tale regolamento ha rappresentato la base giuridica per stimolare attori pubblici e privati a stipulare dei patti di collaborazione per curare il verde di una piazza della città. Con simili accordi le parti si assumono impegni reciproci: da un lato, i cittadini acquisiscono «un ruolo attivo e responsabile»⁷⁴, svolgendo attività di pulizia e di manutenzione, dall'altro, l'amministrazione fornisce un supporto di carattere tecnico e operativo.

Tuttavia, malgrado la presenza di simili esperienze, solo undici tra i centododici capoluoghi di provincia si sono dotati di piani a protezione del verde⁷⁵. A fronte del carattere eterogeneo dell'esperienza italiana, il percorso promosso dalla *Biodiversity Strategy* e dal *Green City Accord* potrebbe incentivare anche le altre città a disciplinare la materia, nonché aiutare a garantire una maggiore uniformità tanto nella tipologia di strumento urbanistico utilizzato, quanto nei risultati raggiunti. Viceversa, la *Nature Restoration Law* irrobustirebbe il coordinamento statale, dal momento che determinerebbe l'adozione di un piano nazionale attinente anche alla tutela del verde, supplendo in parte al vuoto lasciato dal Comitato per lo sviluppo del verde pubblico. Tuttavia, proprio la portata trasversale del Piano di ripristino, previsto dalla *Nature Restoration Law*, impone alle autorità nazionali di considerare l'interazione tra esso e la ricca regolazione settoriale già presente (di cui quella attinente al verde rappresenta solo un esempio), così che siano fronteggiati i rischi di conflittuali sovrapposizioni tra diversi strumenti urbanistici⁷⁶.

5. *Spunti conclusivi.* – Muovendosi dall'analisi della *Nature Restoration Law* il contributo ha cercato di sottolineare il ruolo delle città nella *governance*

⁷³ D. FESTA, *La città tra innovazione sociale e commonification*, in *La città come istituzione*, cit., p. 75.

⁷⁴ Come affermato da G. PISANI, *L'amministrazione condivisa al centro di un nuovo modello di solidarietà*, in *Sociologia del diritto*, 2022, XLIX, 1, p. 21. Altri esempi di amministrazione condivisa si scorgono a Bologna, che in effetti è la prima città italiana a essersi dotata di un *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani*. Tale regolamento, dapprima adottato nel 2014, è stato aggiornato nel 2023 e affiancato da un nuovo *Patto per l'Amministrazione condivisa*. A tal proposito, si rinvia ad A. ARCURI, *La dimensione territoriale dell'amministrazione condivisa: i casi del Comune di Bologna e della Regione Toscana*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, XLIII, 3, p. 604. L'Autore, peraltro, spiega l'evoluzione del concetto di amministrazione condivisa partendo dalla definizione elaborata da Gregorio Arena negli anni '90 e illustra l'evoluzione odierna della normativa.

Sulla gestione del verde in forma condivisa si rinvia a MARI, *Il verde urbano pubblico*, cit., pp. 48 ss. Sull'amministrazione condivisa quale forma di autogoverno si veda A. MAGNAGHI, *Dalla partecipazione all'autogoverno della comunità locale: verso il federalismo municipale solidale*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 3, p. 143.

⁷⁵ Sulla base dei risultati ottenuti con l'ultima analisi ISTAT condotta in materia di verde urbano nel 2021. V. <https://www.istat.it/it/archivio/verde+urbano>, consultato il 5.6.2024.

⁷⁶ ROVERSI MONACO, *La città nell'ordinamento*, cit., p. 989; CHITI, *Chiaroscuro: la tutela degli ecosistemi*, cit., 2024; M. DE DONNO, *A margine del post di Edoardo Chiti. La tutela europea degli ecosistemi e le prospettive per il governo del territorio italiano*, in *Diario di diritto pubblico*, 2024, <https://www.diariodidirittopubblico.it/a-margine-del-post-di-edoardo-chiti-la-tutela-europea-degli-ecosistemi-e-le-prospettive-per-il-governo-del-territorio-italiano/>, consultato il 7.6.2024.

climatica europea, avendo particolare riguardo alla regolazione del verde urbano. Si tratta di un ambito in cui l'assunzione di una visione d'insieme – che non si fermi, cioè, alla lettera delle disposizioni cogenti – ha consentito di ridurre la contraddizione presente tra il dato formale e il dato sostanziale.

Ripercorrendo l'analisi svolta, si è visto che l'accostamento tra spazi urbani ed ecosistemi all'interno dell'art. 6 della proposta di regolamento produce (almeno) tre distinti, ma correlati, effetti: in primo luogo, esso vale ad assumere un approccio ecologico anche in un'area altamente antropizzata come la città, permettendo – tramite la promozione del verde – di integrare il sistema umano con quello naturale. In secondo luogo, nel contesto nazionale, rende le aree urbane destinatarie di obblighi di protezione posti a tutela degli ecosistemi non solo da fonti di rango primario, ma anche di rango costituzionale. In terzo luogo, essa riduce le città a essere l'oggetto dell'azione statale. Il che è confermato dal complesso novero di disposizioni che articolano la sequenza degli adempimenti per il ripristino della natura rivolgendosi esclusivamente agli Stati membri. Negli strumenti di c.d. *hard law*, le città rimangono, quindi, l'oggetto passivo dell'azione statale.

Senonché, volgendo lo sguardo a esperienze successive all'adozione del *Green Deal*, il rapporto bi-centrico della *Nature Restoration Law* sfuma. In particolare, esso sfuma nella Strategia sulla Biodiversità in ragione dell'elaborazione di un'azione rivolta direttamente alle città, nonché avendo riguardo alla rete tra i sindaci aderenti al *Green City Accord*.

La contraddizione tra forma e sostanza rispecchia la tradizione comunitaria, nella quale il ruolo attivo delle autorità subnazionali è riscontrabile solo al di là del diritto primario. Al contempo, una spiegazione di tale contraddizione potrebbe risiedere nella *ratio* della *Nature Restoration Law*, ovvero promuovere un approccio ecologico anche per il sistema urbano. In tal senso, l'unico modo per legare la realtà artificiale delle città alla natura è far leva sul concetto di ecosistema che, come detto, non può che essere l'oggetto di obblighi rimessi alle varie amministrazioni pubbliche.

La natura “*glocal*” del cambiamento climatico si fa, però, timidamente spazio nella proposta di regolamento dove, anche se solo nella parte dedicata ai risultati attesi, accenna all'importanza di un coinvolgimento delle entità territoriali per la fase di preparazione del Piano di ripristino della natura, per la sua implementazione e per l'attività di regolazione.

Quest'ultima attività si riscontra già a livello nazionale dove il governo del territorio è uno tra i campi privilegiati per rintracciare esempi di *governance* multilivello. Invero, ancorché in modo particolarmente eterogeneo, varie città hanno regolamentato il verde con diversi strumenti urbanistici, tra cui piani settoriali. Ciò è avvenuto, in taluni casi⁷⁷, prima della normazione nazionale, che, peraltro, una volta intervenuta, ha al più cercato di promuovere la diffusione del verde coordinando dall'esterno l'azione locale. Se ciò, da un lato, conferma come

⁷⁷ Per esempio, Milano si è dotata di un Piano del Verde nel 2006.

le città siano astrattamente in grado di attivarsi di propria iniziativa, dall'altro, sottolinea la necessità che esse non siano lasciate agire da sole. Del resto, in Italia, il numero complessivo di Comuni che si sono dotati di un piano settoriale per la protezione del verde, oltre a lasciare nel complesso insoddisfatti, permette di far emergere il ruolo debole rivestito dallo Stato in tale materia.

In questo scenario, la *Nature Restoration Law*, qualora riuscisse a vedere la luce, potrebbe avere degli esiti diametralmente opposti: o rafforzare il ruolo dello Stato grazie alla pianificazione allo stesso demandata, o determinare una situazione di maggiore incertezza a causa della sovrapposizione tra piani simili. In questo momento, però, non si può ignorare come gli emendamenti apportati alla versione originale del testo abbiano spinto verso la direzione di indebolire la portata della legge.

IL DIRITTO DELLO SPAZIO EXTRA-ATMOSFERICO E LE SUE FONTI

Glorie passate e tendenze evolutive recenti

GABRIELE REDIGONDA*

Nel breve periodo che intercorre tra il 1967 ed il 1976 sono entrati in vigore i principali trattati volti a regolare le attività svolte nello spazio extra-atmosferico. Nonostante la portata generale dei principi in essi stabiliti, lo sviluppo di nuove tecnologie satellitari e di lancio e la comparsa di nuovi soggetti (in particolare privati) impegnati nello svolgimento di attività spaziali hanno reso evidente la necessità di un'evoluzione del diritto dello spazio. Questo contributo si propone dunque di analizzarne le tendenze evolutive recenti, a partire dall'attenzione riservata allo spazio nel diritto interno e dell'Unione Europea, così come la produzione di numerosi strumenti di soft law a livello internazionale. Un fenomeno che, se da un lato riflette la difficoltà di trovare convergenze in consessi multilaterali al crescere degli interessi nazionali e della polarizzazione delle relazioni tra Stati, dall'altro pare facilitare il rispetto delle norme prodotte da parte degli attori interessati.

During the years between 1967 and 1976 the four main treaties making up the binding regulatory framework for space activities at the international level entered into force. Notwithstanding the forward-looking nature of the principles set by these treaties, the developments of new satellite and launch technologies, as well as the involvement of new actors (especially private) in space activities, raised the need of an evolution of space law. This paper is therefore aimed at outlining recent evolutionary trends, starting from the focus of national and EU law on space and acknowledging the agreement on international soft law instruments and measures. On the one hand, these trends show the difficulty of reaching consensus in multilateral fora around binding rules, in view of growing national interests and the polarisation of international relations; on the other hand, the new instruments would facilitate compliance of space actors with the above-mentioned measures.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Il Trattato sullo spazio extra-atmosferico (OST). – 1.2. La Convenzione sulla Responsabilità (LIAB). – 1.3. La Convenzione sull'Immatricolazione (REG). – 1.4. L'Accordo sul salvataggio degli astronauti (ARRA). – 2. L'evoluzione delle attività nello spazio extra-atmosferico. – 3. Nuovi strumenti di diritto dello spazio. – 4. Conclusioni.

* Dottorando in diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974-5640 © 2024 G. Redigonda. 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://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

1. *Introduzione.* – La (prima) “corsa allo spazio” nella seconda metà del secolo scorso, a cominciare dal lancio del primo satellite, Sputnik 1, nel 1957, ha portato ad un rapidissimo sviluppo di tecnologie satellitari e di lancio, così come alla convergenza degli interessi dei principali Stati impegnati in attività spaziali riguardo ai principi giuridici fondamentali applicabili allo spazio extra-atmosferico. Tale consenso è alla base della stipula di quattro importanti convenzioni capaci ancora oggi di fungere da punto di riferimento di una branca, quella del diritto dello spazio, che appare tuttavia in rapida evoluzione secondo coordinate differenti da quelle caratteristiche della produzione dei primi strumenti di diritto pattizio.

Nel presente lavoro si analizzeranno i seguenti accordi: il Trattato sui principi che regolano le attività degli Stati nell’esplorazione e nell’uso dello spazio extra-atmosferico (OST), la Convenzione sulla responsabilità internazionale per i danni causati da oggetti spaziali (LIAB), la Convenzione sull’immatricolazione degli oggetti lanciati nello spazio extra-atmosferico (REG), e l’Accordo sul salvataggio degli astronauti, il ritorno degli astronauti e la restituzione degli oggetti lanciati nello spazio (ARRA). Ad essi si aggiunge l’Accordo che regola le attività degli Stati sulla Luna e sugli altri corpi celesti¹.

Infine, a trattati aventi ad oggetto specificamente lo spazio extra-atmosferico si aggiungono altri accordi che regolano materie affini, quali ad esempio il Trattato sulla messa al bando parziale degli esperimenti nucleari, firmato a Mosca nel 1963 ed entrato rapidamente in vigore, il cui fine è quello di vietare detonazioni (test) di armi nucleari in atmosfera, nello spazio extra-atmosferico e sott’acqua².

Si osserva in questo contesto come la convergenza di cui sopra sia stata raggiunta in previsione (anziché in conseguenza) di possibili sviluppi, anche drammatici, delle attività svolte in orbita; non si è aspettato, dunque, che si producesse un danno inestimabile prima di procedere alla negoziazione di norme, ad esempio, sulla responsabilità³. Tale processo di produzione normativa si è così differenziato da quello avvenuto in altri settori, ove invece all’urgenza di porre

¹ Questa convenzione, meglio nota come “*Moon Treaty*”, è stata aperta alla firma nel 1979 ed è poi entrata in vigore nel 1984. Dato che, però, solo 18 Stati – nessuno dei quali con particolari capacità in ambito spaziale, mancando in particolare le ratifiche degli Stati Uniti e della Russia, la quale ha meramente firmato l’accordo – l’hanno sino ad oggi ratificata (v. Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, *Status of International Agreements Relating to Activities in Outer Space as at 1st January 2024*, www.unoosa.org, <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/status/index.html> data ultima consultazione 15.03.2024), questa non ha assunto un grande rilievo nell’ambito dello studio del diritto dello spazio extra-atmosferico; più di recente si è addirittura registrato il recesso dell’Arabia Saudita. Così, tra gli altri, G. CATALANO SGROSSO, *Diritto internazionale dello spazio*, Vicchio, 2011, p. 138.

² *Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space, and Under Water*, aperto alla firma a Mosca nel 1963, meglio noto come *Partial Test Ban Treaty* per la previsione di un regime limitativo soltanto parziale degli esperimenti nucleari in atmosfera, nello spazio extra-atmosferico e negli spazi subacquei.

³ Cfr. M.E. DE MAESTRI, *La responsabilità civile e le attività spaziali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, 4, pp. 954 e 955.

rimedio a situazioni fuori controllo si risponde con un'apposita regolamentazione⁴. Questa encomiabile particolarità degli strumenti di diritto dello spazio, osservata però da una diversa prospettiva, può anche spiegare una certa inadeguatezza di alcune disposizioni alla soluzione dei casi concreti poi realmente verificatisi.

1.1 *Il Trattato sullo spazio extra-atmosferico (OST)*. – Due tra gli elementi fondanti del Trattato sui principi che regolano le attività degli Stati nell'esplorazione e nell'uso dello spazio extra-atmosferico, ivi compresi la Luna e gli altri corpi celesti del 1967, meglio conosciuto come “*Outer Space Treaty*” (OST), risiedono nell'utilizzo pacifico dello spazio a beneficio dell'umanità intera (Artt. I, primo par., e II OST)⁵ e nel rispetto del diritto internazionale generale (Art. III OST)⁶. Dunque, si applicheranno le norme previste dal diritto internazionale generale, ad esempio in tema di responsabilità, a meno di una norma derogatoria di livello convenzionale. Ciò costituisce un ottimo strumento per porre rimedio alle eventuali lacune della disciplina prevista dai trattati, come si vedrà in seguito.

Quanto poi al contenuto della disciplina, l'articolo VII imputa allo Stato di lancio la responsabilità per i danni causati dal proprio oggetto spaziale. Si sottolinea come sia prevista una responsabilità solo per danni causati nei confronti di uno Stato che sia anch'esso parte del Trattato. Ciò esclude quindi i Paesi estranei all'OST, ma anche le organizzazioni internazionali. L'articolo VII può correttamente essere inquadrato nell'ambito di quella che propriamente è detta “*liability*”, cioè una responsabilità associata al previo verificarsi di un danno. A questa, che ha come naturale conseguenza quella degli strumenti riparatori, si affianca un tipo di responsabilità che sta a monte dell'elemento del danno, focalizzandosi invece sulla prevenzione dello stesso. Si tratta di quella che la dottrina ha definito “*responsibility*” e che descrive il contenuto dell'articolo VI dell'OST⁷.

Questa attività preventiva, volta a scongiurare i rischi insiti nelle attività spaziali, si sostanzia nello specifico nella autorizzazione e nel controllo (“*authorization and continuing supervision*”⁸) delle attività dei privati, per le quali lo

⁴ È questo il caso di settori quali quello relativo alla non proliferazione di armamenti o alla lotta al cambiamento climatico e alla protezione di ecosistemi particolarmente colpiti da quest'ultimo.

⁵ L'art. I afferma: «*The exploration and use of outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, and shall be the province of all mankind.*».

E ancora l'art. II: «*Outer space, including the Moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means.*».

⁶ Tale articolo recita: «*States Parties to the Treaty shall carry on activities in the exploration and use of outer space, including the Moon and other celestial bodies, in accordance with international law [...]*».

⁷ La distinzione tra *liability* e *responsibility* è in particolare trattata in CATALANO SGROSSO, *Diritto internazionale dello spazio*, cit., p. 111.

⁸ Art. VI, OST.

Stato diviene responsabile⁹. È uno dei punti più rilevanti della disciplina, raggiunto all'esito di un compromesso diplomatico tra le posizioni dei due maggiori attori, soprattutto all'epoca di stipulazione dell'accordo, nel panorama spaziale: Stati Uniti ed Unione Sovietica¹⁰. Il risultato è una formula pienamente compatibile con il principio di utilizzazione pacifica dello spazio, che può così essere garantito interamente dal controllo statale sulle attività private¹¹.

A chiusura di questo primo sistema, ancora elementare ma non privo di disposizioni centrali per la ricostruzione del diritto vigente, è posto l'articolo VIII del Trattato del 1967. Qui si anticipa il tema della registrazione degli oggetti spaziali, intuendone l'estrema rilevanza nell'ambito della responsabilità, anche alla luce della prassi statale in materia.

Sui temi della responsabilità per danni e della registrazione sono stati successivamente negoziati due trattati *ad hoc*.

1.2. *La Convenzione sulla Responsabilità (LIAB)*. – La Convenzione sulla responsabilità internazionale per i danni causati da oggetti spaziali, adottata nel 1971 con Risoluzione 2777 (XXVI) dell'Assemblea Generale e aperta alla firma nel marzo 1972 (più frequentemente “*Liability Convention*”, LIAB, o semplicemente nel seguito “*Convenzione*”), è entrata in vigore il primo settembre 1972. A gennaio 2024 la Convenzione risultava ratificata (o anche oggetto di procedure di accessione e successione) da ben 100 Stati, contro le poco superiori ratifiche dell'OST, cresciute da 112 a 114 nel corso del 2023¹². In particolare, la Convenzione è ratificata dalla maggior parte dei Paesi che svolgono attività spaziali di una certa rilevanza¹³.

In prospettiva storica – parallelamente allo svolgimento dei lavori della Commissione del Diritto Internazionale in tema di responsabilità internazionale degli Stati, che, iniziati nel 1953, sono culminati in un Progetto definitivo di

⁹ Si osserva come la canalizzazione della responsabilità verso lo Stato per le attività svolte dai privati rappresenti proprio l'elemento su cui Conforti costruisce l'unica possibilità di configurazione di una responsabilità senza illecito, ossia il cui fondamento risieda interamente nel rischio prescindendo dall'elemento oggettivo dell'antigiuridicità (B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2021, XII ed., pp. 478-481).

¹⁰ I primi, favorevoli al fatto che il Trattato tenesse in considerazione il crescente ruolo dei privati nelle attività spaziali, si scontrarono con il tentativo dell'URSS di opporsi a qualsiasi forma di privatizzazione dello spazio extra-atmosferico.

¹¹ Per una chiara descrizione di questa dinamica tra Stati Uniti ed Unione Sovietica v. CATALANO SGROSSO, *Diritto internazionale dello spazio*, cit., p. 111. Incidentalmente il tema è trattato anche in F.G. VON DER DUNK, *Too-Close Encounters of the Third Party Kind: Will the Liability Convention Stand the Test of the Cosmos 2251-Iridium 33 Collision?*, in *Space, Cyber, and Telecommunications Law Program Faculty Publications*, University of Nebraska-Lincoln, 2010, p. 202. Più specificamente a proposito della piena compatibilità del disposto dell'articolo VI con i suddetti principi v. CATALANO SGROSSO, *Diritto internazionale dello spazio*, cit., p. 112.

¹² V. Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, *Status of International Agreements*, cit.

¹³ Si procederà qui ad evidenziare solo alcuni dei tratti della disciplina convenzionale, indicando in nota alcuni riferimenti utili ad un ulteriore approfondimento.

articoli solo nel 2001¹⁴ – l'intensificazione delle attività spaziali e quindi dei rischi ad esse connessi, ha portato il Comitato delle Nazioni Unite per l'uso pacifico dello spazio (COPUOS) ad interessarsi di responsabilità per danni causati da oggetti spaziali già a partire dagli anni Sessanta, anche al fine di integrare la disciplina piuttosto generica già prevista dall'OST¹⁵. In ogni caso, l'articolo XXIII della Convenzione del 1972 fa salvi i trattati precedenti sul tema, cosicché il principio affermato nell'articolo VI dell'OST in tema di responsabilità rappresenta ancora oggi uno dei capisaldi della regolamentazione dello spazio extra-atmosferico in tema di responsabilità.

In primo luogo, l'obiettivo della Convenzione è quello di delineare con chiarezza il regime di responsabilità vigente in caso di danni causati da oggetti spaziali¹⁶. In secondo luogo, vi è l'intento di fornire una disciplina dettagliata quanto alla procedura di tutela delle vittime del suddetto danno, anche al fine di rafforzare la cooperazione internazionale, elemento chiave del successo delle missioni spaziali odierne¹⁷.

Sotto il profilo della tipologia di responsabilità prevista dalla Convenzione, dopo un primo articolo focalizzato sul tentativo di dare una definizione delle principali nozioni utili, tra cui quella di "oggetto spaziale", gli articoli II e III esplicitano la scelta delle parti contraenti. Questa consiste nell'utilizzo delle due categorie della responsabilità oggettiva assoluta e del regime colposo. In particolare, la prima è prevista per i danni prodotti da un oggetto spaziale al suolo e ad aeromobili in volo. Si tratta del regime maggiormente innovativo a livello di teoria generale, tanto da essere ancora oggi utilizzato come principale esempio di

¹⁴ Cfr. tra gli altri ampiamente M. SPINEDI, A. GIANELLI, M.L. ALAIMO, *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Milano, 2006 e CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., pp. 424-426.

¹⁵ I progetti presentati al Comitato da Ungheria, Belgio e Stati Uniti, poi affiancati da quelli italiano e indiano, confluirono nel 1971 nel testo definitivo della bozza del trattato (Cfr. CATALANO SGROSSO, *Diritto internazionale dello spazio*, cit., pp. 111-113 ed i lavori preparatori della Convenzione in *Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*, [www.unoosa.org](https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/travaux-preparatoires/liability-convention.html), <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/travaux-preparatoires/liability-convention.html>, data ultima consultazione 15.04.2024).

¹⁶ Rispetto alle previsioni dell'OST la Convenzione del 1972 non manca di innovare in tema di ambito applicativo della disciplina pattizia, nonostante la diffusa ratifica dei due trattati stemperi tale novità. In particolare, il regime previsto dagli articoli II e III della Convenzione, di cui si dirà subito, non restringe l'insieme delle possibili vittime dei danni ai soli Stati parti, bensì fa riferimento ai danni provocati al suolo, ad aeromobili in volo o ad oggetti spaziali indipendentemente dal fatto che abbiano un collegamento con uno Stato parte, così discostandosi dalla previsione dell'articolo VII dell'OST. Inoltre, all'articolo XXII primo par. della Convenzione si estende ancora l'ambito di applicazione, pur con alcune precisazioni, anche alle organizzazioni internazionali (la ricostruzione dell'ambito di applicazione qui proposta è prevalentemente tratta dai contributi di CATALANO SGROSSO, *Diritto internazionale dello spazio*, cit., pp. 113, 115 e 116 e F. LYALL, P.B. LARSEN, *Space Law: a Treatise*, Abingdon, 2018, p. 98): «*In this Convention [...] references to States shall be deemed to apply to any international intergovernmental organization which conducts space activities [...]*».

¹⁷ Gli scopi della Convenzione sono esplicitati nel suo Preambolo, che riconosce: «*the need to elaborate effective international rules and procedures concerning liability for damage caused by space objects and to ensure, in particular, the prompt payment under the terms of this Convention of a full and equitable measure of compensation to victims of such damage [...]*».

responsabilità oggettiva assoluta e come strumento di comparazione con diverse tipologie di responsabilità adottate in altri sistemi normativi.

Sul fronte opposto, e in particolare per i danni causati ad altri oggetti spaziali, il regime è quello della responsabilità per colpa. Dal confronto con il diritto internazionale generale emerge chiaramente come anche quest'ultimo abbia carattere derogatorio rispetto alla responsabilità oggettiva relativa che caratterizza i rapporti tra Stati in assenza di un regime più specifico¹⁸.

In risposta al secondo degli obiettivi prospettati dal suo Preambolo, la Convenzione prevede poi un'attenta regolamentazione della procedura conseguente alla produzione di un danno che faccia sorgere la suddetta responsabilità a tutela delle vittime¹⁹.

1.3. *La Convenzione sull'Immatricolazione (REG)*. – La Convenzione sull'immatricolazione degli oggetti lanciati nello spazio extra-atmosferico (anche “*Registration Convention*”, REG, o nel seguito “*Convenzione sull'Immatricolazione*”), del 1975, pone in capo agli Stati un onere di creazione e gestione di registri di immatricolazione, mentre a livello di Nazioni Unite avviene una raccolta dei dati comunicati dai singoli Stati che resta a disposizione di tutti i membri. La rilevanza del tema della immatricolazione degli oggetti spaziali risale ai principi contenuti nel Trattato sullo Spazio (OST), in particolare al suo articolo VIII²⁰.

¹⁸ Il riferimento è alla posizione di CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., pp. 440-444, secondo cui il regime di responsabilità oggettiva costituirebbe categoria residuale nell'ambito della disciplina della responsabilità degli Stati.

¹⁹ Un primo canale percorribile è quello diplomatico (Artt. IX-XIII LIAB). È previsto che la richiesta di risarcimento sia presentata con questa modalità entro un anno dal verificarsi dei danni o dall'identificazione dello Stato responsabile, o dalla effettiva conoscenza dei fatti suddetti (Art. X LIAB). Si osservano anche due peculiarità della suddetta richiesta: da una parte essa può essere presentata anche da Stati diversi da quello di nazionalità della vittima, dall'altra non è previsto il requisito del previo esaurimento dei rimedi interni allo Stato responsabile. Si tratta di due istituti posti a tutela delle vittime dei danni causati da oggetti spaziali, una delle cui caratteristiche è quella di essere potenzialmente molto ingenti.

In caso di insuccesso della prima modalità di composizione della controversia, la Convenzione prevede la possibilità di presentare la richieste di risarcimento ad una Commissione («*Claims Commission*») costituita *ad hoc* e composta da tre membri, dei quali due designati rispettivamente dalle due parti (soltanto uno, di comune accordo, in caso di un numero maggiore di uno di soggetti legittimati passivi), il terzo di nomina concordata o delegata al Segretario Generale delle Nazioni Unite (Artt. XIV-XX LIAB). La formazione della Commissione è però possibile solo entro un anno dall'avvio della procedura diplomatica e solo su richiesta di una delle parti.

²⁰ Tale articolo afferma infatti: «*A State Party to the Treaty on whose registry an object launched into outer space is carried shall retain jurisdiction and control over such object, and over any personnel thereof, while in outer space or on a celestial body [...]*».

La necessità di un sistema del tipo di quello realizzato dalla Convenzione sulla Responsabilità risale agli albori delle attività spaziali e già nel 1965, ancora in tema di gestione dei *debris* tramite lo schema del “traffico nello spazio extra-atmosferico”, se ne affermava con forza il bisogno (Cfr. R. CARGILL HALL, *Comments on Traffic Control of Space Vehicles*, in *Journal of Air Law and Commerce*, 1965, vol. XXXI, 4, p. 330). Un primo passo in questa direzione, seppure di carattere non vincolante, era stato compiuto dall'Assemblea Generale nel 1961 con la Risoluzione n. 1721. Si richiedeva, infatti, a tutti gli Stati «*launching objects into orbit or beyond to furnish information promptly to the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, through the Secretary-General, for the registration of launchings*»,

Oltre ad incrementare la vincolatività del disposto, obiettivo perfettamente raggiunto con la stipula della Convenzione sull'Immatricolazione, un punto su cui la dottrina insisteva già dagli anni Sessanta attiene alla capacità della normativa di uniformare la prassi degli Stati quanto al tipo di oggetti registrati e alla quantità e qualità delle informazioni fornite²¹. Su questo secondo profilo, nonostante l'indicazione di categorie di dati piuttosto specifiche da parte dell'articolo IV della Convenzione sull'Immatricolazione, la prassi statale è rimasta poco uniforme²², in linea del resto con l'interesse a ridurre il numero di oggetti facilmente collegabili ad un certo Stato, per ragioni di carattere militare e di limitazione della responsabilità²³. Per completezza si osserva poi che non tutti gli Stati capaci di lanciare oggetti nello spazio sono oggi parte della Convenzione del 1976, che conta oggi 75 parti²⁴, cosicché per coloro che non ne sono membri l'unico riferimento resta la precedente Risoluzione 1721 del 1961²⁵. A ciò consegue che l'U.

e inoltre al «*Secretary-General to maintain a public registry of the information furnished*» (Ris. Ass. Gen. ONU n. 1721 (XVI), *International Cooperation in the Peaceful Uses of Outer Space*, Parte B, 20.12.1961).

²¹ Cfr. CARGILL HALL, *Comments*, cit., pp. 330-331.

²² È possibile consultare le comunicazioni dei vari Stati in ordine all'iscrizione nel registro degli oggetti spaziali lanciati in *United Nations Register of Objects Launched into Outer Space*, www.unoosa.org, <https://www.unoosa.org/oosa/en/spaceobjectregister/submissions/states-organisations.html> data ultima consultazione 15.04.2024.

²³ Proprio in questo caso, infatti, si manifestano quei comportamenti degli Stati che si oppongono ad un eccessivo ampliamento della categoria degli oggetti spaziali ed implicitamente pretendono per un allargamento della classe dei detriti. Questa, infatti, se definita come distinta rispetto a quella degli oggetti spaziali, fa sì che i primi siano sottratti alla responsabilità per danni.

Sul punto sono stati fatti due significativi passi in avanti, pur senza intaccare il cuore del problema, e quindi senza modificare nettamente la prassi statale (Cfr. tra gli ultimi LYALL, LARSEN, *Space Law*, cit., pp. 79-80). Il primo risale al 2007, con la Risoluzione 62/101 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in tema di incremento della precisione, completezza e tempestività dei dati forniti in sede di registro degli oggetti spaziali (Ris. Ass. Gen. ONU n. 62/101, *Recommendations on Enhancing the Practice of States and International Intergovernmental Organizations in Registering Space Object*, 17.12.2007). Poi, nel 2010, lo U. N. Office for Outer Space Affairs (UNOOSA) ha fornito il «*Registration Information Submission Form*», con l'intenzione di uniformare l'attività delle amministrazioni statali nella comunicazione dei dati relativi ai satelliti lanciati.

Nonostante ciò, sono forse maggiori i passi indietro, da leggersi in parallelo al nuovo protagonismo delle imprese private nell'ambito delle attività spaziali. Non è difficile immaginare che questi soggetti optino per uno Stato di registro tale da approfittare del ridotto controllo (affidato allo Stato di registro dall'articolo VIII dell'OST) svolto da alcuni Paesi quanto alle attività spaziali o delle prassi nazionali favorevoli in tema di registrazione (Cfr. LYALL, LARSEN, *Space Law*, cit., pp. 87-88). Questo fenomeno della «scelta» dello Stato di registro, detto «*flag of convenience*», è reso possibile dal fatto che la Convenzione sull'Immatricolazione richiede che solo uno degli Stati che abbiano un collegamento con l'oggetto ne registri i dati. Nello specifico si tratta della previsione del secondo paragrafo dell'articolo II della Convenzione sull'Immatricolazione, secondo cui:

«2. *Where there are two or more launching States in respect of any such space object, they shall jointly determine which one of them shall register the object in accordance with paragraph 1 of this article, bearing in mind the provisions of article VIII of the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, and without prejudice to appropriate agreements concluded or to be concluded among the launching States on jurisdiction and control over the space object and over any personnel thereof.*»

²⁴ Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, *Status of International Agreements*, cit.

²⁵ V. a proposito i riferimenti alla nota 19. La forte disuniformità della prassi statale in tema di registrazione di oggetti spaziali impedisce ad oggi il riconoscimento di valore consuetudinario alle norme di cui a tale Risoluzione, seppure sviluppi legati ad una crescente necessità di gestione del traffico spaziale possano portare nel futuro ad un'inversione di tale tendenza divergente della prassi.

N. *Office for Outer Space Affairs* (UNOOSA) tiene due registri, uno per i membri della convenzione e uno per gli altri Paesi²⁶.

Gli aspetti sin qui evidenziati sono da leggersi considerando che la Convenzione sull'immatricolazione degli oggetti lanciati nello spazio extra-atmosferico rappresenta un fondamentale strumento a disposizione della comunità internazionale per «rafforzare la portata ed il valore della Convenzione sulla Responsabilità per i danni causati da oggetti spaziali»²⁷. Questo è dovuto al fatto che «il riferimento a dati certi permette il riconoscimento di eventuali responsabilità concernenti le missioni»²⁸, ossia i dati forniti dagli Stati di lancio sono necessari per collegare un oggetto spaziale ad un certo Stato, creando così i presupposti per l'imputazione della responsabilità.

1.4. *L'Accordo sul salvataggio degli astronauti (ARRA)*. – *L'Agreement on the Rescue and Return of Astronauts* del 1968 (ARRA), o nel seguito anche “Accordo sul salvataggio degli astronauti” oppure semplicemente “Accordo”) è prevalentemente teso a disciplinare la cooperazione internazionale necessaria in caso di rischi per il personale impegnato in missioni umane nello spazio. Alcune disposizioni concernono anche il recupero degli oggetti spaziali, mentre altre (riferite primariamente agli astronauti) possono forse essere estese a questi ultimi.

Nel primo gruppo rientrano in particolare le norme in tema di diffusione di informazioni legate alla conoscenza di eventi che mettano in pericolo la vita degli astronauti. Si prescrive una immediata comunicazione con lo Stato di lancio e, nel caso di impossibilità, una diffusione pubblica della notizia. Allo stesso tempo deve essere informato il Segretario Generale delle Nazioni Unite, affinché anch'esso provveda a diffondere elementi utili a dare assistenza ai soggetti in pericolo²⁹. Per quanto riguarda specificamente gli oggetti, il primo paragrafo dell'articolo V impone anch'esso un obbligo di informazione, ma di portata minore rispetto al precedente³⁰. Quando però vi siano in effetti dei soggetti in pericolo o già danneggiati da un oggetto spaziale, ci si domanda se, data la coincidenza di *ratio*, si possa estendere la previsione dell'articolo I con la richiesta che la comunicazione sia immediata.

²⁶ Come indicato in CATALANO SGROSSO, *Diritto internazionale dello spazio*, cit., p. 171.

²⁷ Ivi, p. 169.

²⁸ *Ibidem*

²⁹ La disciplina è contenuta nell'articolo I del suddetto Accordo.

³⁰ L'articolo V recita: «*Each Contracting Party which receives information or discovers that a space object or its component parts has returned to Earth in territory under its jurisdiction or on the high seas or in any other place not under the jurisdiction of any State, shall notify the launching authority and the Secretary-General of the United Nations*».

Scompare il requisito dell'immediatezza, dato che quest'ultimo obbligo informativo non è posto tanto a tutela di soggetti che siano in pericolo, quanto orientato al recupero dell'oggetto da parte di quella che viene indicata come «autorità di lancio». La norma in questione fu pienamente rispettata dallo Stato canadese nel 1978, a seguito della precipitazione del satellite russo Cosmos 954, con la notifica al Segretario Generale delle Nazioni Unite del ritrovamento di 27 frammenti del suddetto oggetto spaziale (Cfr. O. A. VOLYNSKAYA, *Landmark Space-Related Accidents and the Progress of Space Law*, in *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht - German Journal of Air and Space Law*, 2013, vol. LVII, 2, p. 223).

Una disposizione, invece, direttamente applicabile al caso degli oggetti spaziali è contenuta nel quarto paragrafo dell'articolo V dell'Accordo. Vi è qui la previsione di un obbligo in capo allo Stato di lancio di porre immediato rimedio, pur sotto il controllo dello Stato danneggiato, ad eventuali ulteriori danni che possano prodursi a partire dall'oggetto spaziale³¹. La violazione della norma sull'immediatezza dell'intervento integra pienamente il presupposto utile a far sorgere la responsabilità internazionale dello Stato danneggiante³².

Un ultimo profilo di interesse concerne l'alquanto attuale scenario di recupero di oggetti nello spazio. Nonostante gli enormi costi, missioni di recupero di interi satelliti, o addirittura di detriti, sono oggi in via di sperimentazione³³. Risulta a tal proposito molto difficile, però, pensare ad un'estensione dell'ambito di applicazione delle disposizioni dell'Accordo ARRA a questo settore delle attività spaziali, data la totale estraneità di questi profili rispetto agli obiettivi dell'Accordo stesso³⁴.

2. *L'evoluzione delle attività nello spazio extra-atmosferico.* – Nei circa cinquanta anni successivi alla produzione dei trattati analizzati si è assistito ad una significativa crescita delle attività spaziali con un impatto rilevante sullo spazio extra-atmosferico stesso, presupposto fondamentale per comprendere le linee evolutive del diritto dello spazio – sia a livello internazionale che interno, come si mostrerà nel seguito – e comprenderne gli effetti.

Tra i variegati *trend* riscontrabili nel settore spaziale sono in particolare identificabili tre direttrici, che permettono di selezionare quei fenomeni legati allo sviluppo tecnologico oppure a fattori economici o strategici capaci di influenzare la conseguente evoluzione del diritto dello spazio. Tali direttrici riguardano in particolare il numero e la tipologia di soggetti impegnati in attività spaziali, i profili di sicurezza e difesa legati all'utilizzo di tecnologie orbitanti e considerazioni quanto alla sostenibilità dello spazio extra-atmosferico.

Quanto al primo aspetto, si osservano in particolare tre tendenze evolutive in termini di soggetti impegnati in attività spaziali, storicamente svolte principalmente da soggetti pubblici, tipicamente agenzie spaziali, delle maggiori potenze geopolitiche quali Stati Uniti e Russia. Infatti, dei circa cento Paesi che oggi gestiscono almeno un satellite in orbita, più della metà hanno iniziato lo

³¹ L'esempio più immediato è rappresentato dalla contaminazione del territorio che può originare dalla presenza di componenti radioattive precipitate sul suolo terrestre a seguito del rientro non controllato di un satellite con a bordo del materiale nucleare.

³² Si propende per l'inquadramento di tale responsabilità nel regime della responsabilità oggettiva assoluta, in quanto il danno resta causato da un oggetto spaziale. Però, la violazione di una norma positiva permette di qualificare il fatto come illecito, così integrando la fattispecie di cui all'articolo VI secondo par. della Convenzione del 1972, e conseguentemente non ammettendo l'esonero per colpa grave dello Stato danneggiato.

³³ V. ad esempio nel caso della missione dimostrativa *End-of-Life Services* di Astroscale (ELSA-d).

³⁴ Un'opinione a favore dell'estensione dell'ambito applicativo dell'Accordo al di là dei limiti interpretativi del trattato stesso è presente in CATALANO SGROSSO, *Diritto internazionale dello spazio*, cit., pp. 138-139.

svolgimento di attività spaziali negli ultimi quindici anni. Tra i nuovi ingressi troviamo in particolare anche numerosi Stati africani e sudamericani³⁵. A questo si aggiunge il fatto che gli attori statali che oggi realizzano e gestiscono i satelliti non sono più rappresentati dalle sole agenzie spaziali, ma comprendono ormai anche università e centri di ricerca, grazie al ridotto costo di produzione e messa in orbita di satelliti di piccolissime dimensioni che rispondono (anche) alle esigenze di studio di tali enti. Inoltre, nel settore spaziale si registra ormai da tempo un ruolo sempre più preponderante di attori privati, con autonoma realizzazione, lancio e gestione di satelliti; a questo *trend* deve aggiungersi il fatto che tali imprese sembrano preferire sistemi di piccoli satelliti in bassa orbita, spesso dispiegati in vere e proprie “costellazioni”, rispetto alla realizzazione di singoli satelliti di maggiori dimensioni posizionati nella lontana orbita geostazionaria; ciò è giustificato dalle particolari potenzialità di questo approccio per la fornitura di servizi di telecomunicazioni ed osservazione della terra, ma allo stesso tempo pone problemi di coordinamento crescenti tra diversi operatori, come detto più ampiamente nel seguito³⁶.

L'utilizzo dello spazio per il raggiungimento di obiettivi di difesa, e più in generale di sicurezza, rappresenta poi un fattore centrale di evoluzione del settore delle attività spaziali. In particolare, varie tipologie di tecnologie spaziali sono utilizzate nei conflitti odierni per fornire supporto logistico (osservazione di attività ostili, telecomunicazioni sicure, ecc.) alle truppe ed all'aviazione. Non a caso, proprio in coincidenza dell'inizio della guerra in Ucraina, si è assistito all'attacco cibernetico all'infrastruttura di terra di un sistema satellitare utilizzato, tra gli altri, anche dalle forze militari ucraine³⁷. In parallelo si assiste allo sviluppo di numerose armi antisatellite, capaci cioè di danneggiare oggetti orbitanti in modo parziale o totale, temporaneo o permanente. Alle più risalenti armi di tipo cinetico che permettono il lancio di un razzo dalla superficie terrestre o da una certa posizione in orbita che intercetta il satellite-obiettivo, in possesso di un numero molto limitato di Stati, si sono aggiunte tecnologie più economiche ed allo stesso tempo più efficaci come quelle di tipo cibernetico (alterazione dei dati trasmessi, ad esempio) ed elettronico (come nel caso dei fenomeni di *spoofing* e *jamming*), più facilmente accessibili a Stati di minori dimensioni ed anche a soggetti non statali. La proliferazione di tali armi rappresenta un fattore particolarmente rilevante anche in virtù del riconoscimento degli *asset* spaziali come “infrastruttura critica”, nozione che risulta rilevante al fine dell'applicazione

³⁵ Sono invece da considerarsi attori già affermatasi da tempo nel contesto spaziale Paesi come Cina, Giappone ed India.

³⁶ T. HROZENSKY, G. REDIGONDA, C. BEAHAN, D. LEICHTE, C. VOGT, *Space Safety and Sustainability Momentum. Four considerations for future policy-making*, Vienna, 2023, ESPI Reports, www.espi.or.at, <https://www.espi.or.at/reports/space-safety-and-sustainability-momentum/>, data ultima consultazione 15.04.2024, pp. 20 ss.

³⁷ C. POIRIER, *The War in Ukraine from a Space Cybersecurity Perspective*, Vienna, 2022, ESPI Reports, www.espi.or.at, <https://www.espi.or.at/reports/new-espi-short-report%2e%80%95the-war-in-ukraine-from-a-space-cybersecurity-perspective/>, data ultima consultazione 15.04. 2024, pp. 1 ss.

di specifiche norme in tema di protezione della stessa, già effettuato da alcuni Paesi europei come Norvegia e Regno Unito, ma anche nell'ambito del diritto dell'Unione attraverso le due Direttive 2555 e 2557 del 2022³⁸. Infine, un ulteriore fattore di complessità in questo ambito deriva dal crescente utilizzo di tecnologie spaziali con tipica funzione duale, cioè a fini sia civili che militari, data l'alta resilienza delle stesse e la qualità dei dati raccolti.

La terza direttrice attiene invece al tema della sostenibilità delle attività svolte nello spazio extra-atmosferico, ad oggi pacificamente rientrante nella categoria di "ambiente" ai sensi del diritto internazionale³⁹, con importanti conseguenze, qui non approfondite, in termini di norme di diritto dell'ambiente applicabili⁴⁰. La nascita di problematiche legate alla suddetta sostenibilità è in particolare legata all'aumento esponenziale del numero dei satelliti (da poco più di 200 unità lanciate nel 2013 a quasi 3000 nel 2023), spesso nella già richiamata forma di vere e proprie costellazioni di centinaia o migliaia di oggetti di modeste dimensioni, in particolare in orbite basse, in contrapposizione alla più lontana orbita geostazionaria ancora utilizzata per alcuni importanti servizi di telecomunicazione. Alla crescente popolazione di satelliti si aggiunge una maggiore complessità nelle fasi di lancio, spesso oggi multi-satellite, e spostamento dei singoli oggetti in orbita, al fine di raggiungere ciascuno la propria orbita finale (diversa spesso per oggetti posti in orbita da uno stesso lanciatore). La problematica qui delineata sembra aver riscosso particolare attenzione a più livelli: in primo luogo, il tema risulta centrale nell'ambito delle attività dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e delle sessioni del COPUOS⁴¹, cui si accompagnano i riferimenti allo stesso fatti dal Segretario Generale delle Nazioni Unite nel recente *Policy Brief* pubblicato in tema di spazio

³⁸ Direttiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativa a misure per un livello comune elevato di cibersecurity nell'Unione, e Direttiva (UE) 2022/2557 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativa alla resilienza dei soggetti critici.

³⁹ Tra gli altri v. G. PAVESI, *Legal Consequences of Environmental Pollution in Outer Space*, in *A Fresh View on the Outer Space Treaty*, a cura di A. Froehlic, Cham, 2018, p. 28; LYALL, LARSEN, *Space Law*, cit., p. 250; CATALANO SGROSSO, *Diritto internazionale dello spazio*, cit., p. 130. Posizione che si ritiene avvalorata dalle affermazioni fatte dalla Corte Internazionale di Giustizia nel 1996 nel Parere concernente la liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari al paragrafo 29:

«The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons could constitute a catastrophe for the environment. The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment».

⁴⁰ Si pensi all'applicazione, tra le altre, della *no harm rule* rispetto ad un territorio non sottoposto a sovranità degli Stati e del principio precauzionale.

⁴¹ V. ad esempio la più recente Agenda dei lavori del sottocomitato legale del COPUOS, che include esplicitamente il tema dei «*legal mechanisms relating to space debris mitigation and remediation measures*» (Legal Subcommittee: 2024. Sixty-third session (15-26 April 2024), *Annotated Provisional Agenda*), www.unoosa.org, <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/lsc/2024/index.html> - ag, data ultima consultazione 15.04.2024).

extra-atmosferico⁴²; in secondo luogo, numerose strategie e politiche spaziali nazionali e dell'Unione Europea (UE) indicano come prioritaria l'attenzione da riservare ai temi di sostenibilità e sicurezza dello spazio extra-atmosferico⁴³, con conseguenze già visibili in termini di produzione di norme a tutela delle stesse, di cui si dirà poco più avanti. Infine, si registra un numero crescente di iniziative di soggetti privati con il fine di definire *standard* condivisi per la gestione dei satelliti in orbita e la riduzione dei detriti spaziali⁴⁴.

3. *Nuovi strumenti di diritto dello spazio.* – Gli sviluppi tecnologici e gli altri fenomeni descritti creano da un lato una necessità di adattamento del diritto dello spazio, che deve ora confrontarsi con la soluzione di problematiche difficilmente immaginabili negli anni Sessanta e di permettere la coesistenza di crescenti interessi da parte di un numero sempre più alto di soggetti, dall'altro l'esigenza che queste evoluzioni tecnologiche siano orientate ordinatamente da regole specifiche e che ne riflettano i caratteri fondamentali. Come esempio di questo secondo aspetto, si pensi alla necessità di trovare una convergenza su norme di gestione del "traffico" di satelliti nelle varie orbite, le quali presuppongono una attenta analisi delle caratteristiche tecniche degli stessi in termini di identificazione e manovrabilità.

In questo contesto, la produzione di diritto pattizio dal carattere vincolante sembra non beneficiare più della convergenza che permise la stipulazione dei quattro trattati negli anni Sessanta e Settanta del Novecento. Più che ad una distanza di posizioni tra i principali blocchi geopolitici presenti oggi come un tempo, l'assenza di successi nelle iniziative di negoziazione di convenzioni in tema di spazio sembra invece dipendere da una molteplicità di interessi e dalla diversità di attori coinvolti, tali da necessitare una produzione normativa che rifletta questa complessità. D'altra parte, resta anche da considerare che i principi delineati dai trattati sopra descritti conservano ancora una certa capacità di rispondere alle principali problematiche odierne, pur richiedendo una integrazione da parte di altre fonti normative per essere effettivamente applicati. A queste considerazioni deve però contrapporsi un esempio, pur isolato, di produzione di norme vincolanti con ampia convergenza sul piano internazionale. Trattasi dell'attività di negoziazione che si svolge con cadenza quadriennale in sede di Unione Internazionale delle Telecomunicazioni (ITU), organizzazione internazionale che conta ad oggi 193 Stati membri ed agenzia specializzata delle Nazioni Unite con funzioni di attribuzione (ed allocazione) delle bande spettrali, che porta ad una periodica modifica del trattato "*Radio Regulations*". Ciò è di particolare importanza per il settore spaziale in quanto ciascun satellite posto in orbita

⁴² United Nations, *Our Common Agenda. Policy Brief 7. For All Humanity – the Future of Outer Space Governance*, 2023, [www.unoosa.org, https://www.unoosa.org/oosa/en/documents/doc/policy-brief.html](https://www.unoosa.org/oosa/en/documents/doc/policy-brief.html), data ultima consultazione 15.04.2024.

⁴³ HROZENSKY, REDIGONDA, BEAHAN, LEICHTE, VOGT, *Space Safety*, cit., pp. 2-4.

⁴⁴ Ivi, pp. 8-9.

necessita di poter usufruire di una particolare banda di spettro al fine di poter svolgere le sue operazioni. Si osserva già qui che, proprio in virtù della maggior facilità riscontrata in sede di ITU di produrre regole vincolanti di diritto internazionale, si è recentemente tentato di attribuirle crescenti competenze in tema di sostenibilità delle attività spaziali, pur con difficoltà di coordinamento con altri soggetti, a cominciare dal COPUOS.

Proprio i lavori di quest'ultimo danno invece conto dell'utilizzo di nuovi strumenti alternativi ai trattati per la regolamentazione di alcuni settori del diritto dello spazio. Tra questi si trova nuovamente il tema della sostenibilità: il COPUOS ha infatti prodotto due strumenti, tipicamente di *soft law*, in questo ambito, rispettivamente le Linee Guida per la mitigazione dei detriti spaziali⁴⁵, del 2007, e le più recenti Linee Guida per la sostenibilità di lungo periodo delle attività spaziali⁴⁶, del 2019. Questi strumenti sono stati affiancati dalla produzione e aggiornamento di specifici *standard* per la mitigazione dei detriti spaziali da parte dell'Organizzazione internazionale per la standardizzazione (ISO)⁴⁷, dall'adozione di simili strumenti da parte del Comitato di coordinamento inter-agenzie per i detriti spaziali (IADC), nonché nell'ambito di iniziative di soggetti privati come CONFERS, la Space Safety Coalition, la Satellite Industry Association, ecc.⁴⁸; l'ITU stessa ha prodotto una serie di Risoluzioni in tema di mitigazione dei detriti spaziali⁴⁹.

Esempi simili a quello della sostenibilità delle attività spaziali possono trovarsi in settori attigui, come in materia di sicurezza. In questo ambito, se da un lato si osservano chiare difficoltà nel portare avanti una proposta di trattato con l'obiettivo di prevenire la militarizzazione dello spazio e l'uso della forza contro oggetti spaziali (PPWT), incagliata nell'assenza di una precisa definizione di "arma" e nella difficoltà di verificare la conformità dei comportamenti degli Stati alle disposizioni contenute nel testo proposto, si assiste nondimeno alla nascita di Gruppi di Esperti (GGE) o Gruppi di Lavoro (OEWG) dedicati specificamente al

⁴⁵ Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, *Space Debris Mitigation Guidelines of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space*, 2007, www.unoosa.org, <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/topics/space-debris/compendium.html>, data ultima consultazione 15.04.2024.

⁴⁶ Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, *Guidelines for the Long-term Sustainability of Outer Space Activities of the COPUOS*, 2019,, https://spacesustainability.unoosa.org/content/the_guidelines, data ultima consultazione 15.04.2024.

⁴⁷ In particolare, si segnala ISO 24113:2023, *Space systems. Space debris mitigation requirements*, 2023, cui si aggiungono ISO 19389:2014. *Space data and information transfer systems. Conjunction data message*, ISO 23312:2022. *Space systems. Detailed space debris mitigation requirements for spacecraft* ed ISO 24330:2022 *Space systems. Rendezvous and Proximity Operations (RPO) and On Orbit Servicing (OOS). Programmatic principles and practices*. Altri prodotti dell'attività dell'ISO, non ancora al livello di standard, sono ISO/TR 16158:2021. *Space systems. Avoiding collisions among orbiting objects (technical report)* ed ISO/TS 6434:2024. *Space systems. Design, testing and operation of a large constellation of spacecraft (technical specification)*.

⁴⁸ HROZENSKY, REDIGONDA, BEAHAN, LEICHTE, VOGT, *Space Safety*, cit., pp. 6-9.

⁴⁹ V. in particolare Recommendation ITU-R S.1003-2, *Environmental protection of the geostationary-satellite orbit*, 17 December 2010 e le procedure definite nel 2019 per la messa in orbita di costellazioni di satelliti in orbite non geostazionarie.

tema della sicurezza e improntati a favorire uno scambio di informazioni su temi di comune interesse. Nonostante le differenze nella struttura e composizione di tali gruppi, il risultato dei lavori degli stessi consiste nella pubblicazione di report adottati per *consensus*⁵⁰. Un primo esempio può essere trovato nel GGE in tema di misure di Trasparenza e *Confidence-building* per attività spaziali, la cui istituzione fu richiesta dal primo Comitato dell'Assemblea Generale ONU al Segretario Generale Ban Ki Moon col fine di elaborare raccomandazioni per migliorare la cooperazione internazionale e ridurre il rischio di incomprensioni nello svolgimento di attività spaziali. Un successivo GGE, focalizzato su misure per la prevenzione della corsa agli armamenti nello spazio extra-atmosferico, i cui lavori si sono svolti tra il 2018 ed il 2019, ha prodotto solo una bozza di report – su cui non è stato trovato consenso unanime – ma, nonostante ciò, ha reso possibile uno scambio di informazioni tra le parti ed il raggiungimento di una pur non completa convergenza. Un ultimo esempio risale agli anni 2022 e 2023, durante i quali l'OEWS sulla riduzione delle minacce spaziali ha svolto i suoi lavori. Privo anche in questo caso del consenso unanime su un documento finale, tale Gruppo di Lavoro ha permesso un ulteriore scambio tra le parti e l'identificazione di possibili strade future di ricerca di convergenza⁵¹.

L'utilizzo di strumenti non vincolanti per la regolamentazione di attività nello spazio extra-atmosferico non è per la verità completamente nuova nel settore. Ad esempio, già nel 1992 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite aveva proclamato i Principi sull'utilizzo di sorgenti nucleari nello spazio extra-atmosferico (Risoluzione n. 47/68), con l'obiettivo di limitare, per quanto possibile, la presenza di reattori nucleari e materiale radioattivo in orbita, nonché di prevedere una disciplina applicabile in caso di eventi dannosi provocati da satelliti con sorgenti nucleari a bordo o dai detriti di questi ultimi⁵². Il caso, come altri che si potrebbero richiamare, pare però avere portata differente rispetto al recente utilizzo di strumenti di *soft law* per la regolamentazione delle attività spaziali. Infatti, la Risoluzione qui richiamata ha più la funzione di completare la

⁵⁰ M. BATAILLE, D. PORRAS, *What's Next for Europe in Multilateral Engagement on Space Security? The UN OEWS and its Success(ors)*, Vienna, 2024, ESPI Reports, p. 11, <https://www.espi.or.at/reports/whats-next-for-europe-in-multilateral-engagement-on-space-security/>, data ultima consultazione 15.04.2024.

⁵¹ Per maggiori dettagli, anche concernenti la bozza di raccomandazioni formulate, v. Ivi, p. 14 ss.

⁵² Per la verità, come messo ben in evidenza da LYALL, LARSEN, *Space Law*, cit., p. 256 (il quale rimanda a sua volta al testo del Preambolo della Dichiarazione), anche i suddetti Principi scontano un importante limite applicativo, perché tesi a regolamentare soltanto l'utilizzo di sorgenti nucleari utilizzate per il funzionamento del satellite, ma non l'uso di quelle finalizzate alla propulsione di quest'ultimo.

Sul fronte opposto, si segnala però l'interessante contributo dato dal COPUOS nel senso di favorire l'applicazione dei Principi indicati. A tal fine, il Sottocomitato tecnico-scientifico ha adottato nel 2009 un testo denominato *Safety Framework for Nuclear Power Source Applications in Outer Space* sviluppato in collaborazione con l'International Atomic Energy Agency, secondo quanto riportato in LYALL, LARSEN, *Space Law*, cit., p. 264.

disciplina prevista dai trattati⁵³, a differenza degli strumenti più recenti che intendono invece porsi come riferimento principale (e sufficiente) per l'utilizzo delle orbite terrestri.

Se questo pare essere lo sviluppo del diritto internazionale dello spazio, è necessario accennare anche a sviluppi a livello nazionale e dell'Unione Europea, pur senza poter trattare questi aspetti in dettaglio. Quanto al primo profilo, nell'ultimo decennio si è assistito ad una significativa produzione di atti legislativi al fine di regolamentare le attività spaziali nazionali da parte di un gran numero di Stati. Tra gli altri basti menzionare Paesi come gli Stati Uniti, la Francia, gli Emirati Arabi Uniti, la Nuova Zelanda, il Regno Unito, per rilevare già una grande varietà di approcci, a partire dalle differenti definizioni di spazio extra-atmosferico e, di conseguenza, delle attività che si svolgano in esso. L'Italia, nonostante la lunga esperienza in ambito di attività spaziali svolte sia da parte di soggetti pubblici che privati ed i numerosi accordi bilaterali e multilaterali per lo svolgimento di missioni spaziali, non ha ancora adottato una legge specifica sul tema. Su tale fronte, sarebbe in corso mentre si scrive la preparazione di un disegno di legge che risponda alla necessità di dare certezza agli attori privati che intendano continuare le loro attività nel settore o avvicinarsi a tale mercato. In generale, i profili principali regolamentati a livello nazionale, in aggiunta alla eventuale definizione di spazio extra-atmosferico, attengono infatti al regime di autorizzazione delle attività di lancio e svolgimento delle operazioni in orbita, cui sono legati la maggior parte degli obblighi di diritto internazionale degli Stati⁵⁴, nonché all'assegnazione delle bande di spettro elettromagnetico, ove non disciplinata in atti specifici in tema di telecomunicazioni.

Da ultimo e nel rispetto dei limiti della peculiare competenza di cui all'articolo 189 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in virtù del quale le competenti istituzioni dell'UE possono legiferare «ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri», la Commissione Europea ha annunciato l'intenzione di presentare una proposta legislativa – ancora non precisando se con l'intenzione di adottare una Direttiva od un Regolamento – che faccia seguito alle recenti Comunicazione congiunta in tema di gestione del traffico spaziale (“*Space Traffic Management*”)⁵⁵ e Strategia spaziale per la sicurezza e la difesa⁵⁶, con l'obiettivo dell'aumento della

⁵³ Da un lato l'ottavo Principio che ricalca il disposto dell'articolo VI dell'OST e poi il nono Principio che richiama per intero la disciplina già prevista dall'OST e dalla Convenzione sulla Responsabilità.

⁵⁴ Si pensi ad esempio all'obbligo di registrazione od ai presupposti dell'imputazione agli Stati della responsabilità per danni causati da oggetti spaziali, strettamente collegati all'obbligo di controllo ed autorizzazione delle attività spaziali svolte da parte di soggetti privati operanti nel loro territorio (v. §§ 1.1, 1.2, 1.3).

⁵⁵ European Commission, *Joint Communication to the European Parliament and the Council. An EU Approach for Space Traffic Management An EU contribution addressing a global challenge*, 15 febbraio 2022.

⁵⁶ European Commission, *Joint Communication to the European Parliament and the Council. European Union Space Strategy for Security and Defence*, 10 marzo 2023.

resilienza delle infrastrutture spaziali, sia orbitanti che di supporto a terra, in linea con il disposto delle già citate Direttive 2555 e 2557 del 2022⁵⁷. La proposta della Commissione (pur se scontando qualche ritardo) appare decisamente innovativa in un contesto precedentemente caratterizzato dal solo impegno dell'Unione Europea nel finanziamento e nella realizzazione di un programma spaziale dell'UE, che è stato in ogni caso recentemente rafforzato con l'introduzione della nuova componente di connettività sicura rappresentata da una costellazione di satelliti denominata “*Infrastructure for Resilience, Interconnectivity and Security by Satellite (IRIS2)*”⁵⁸.

4. *Conclusioni.* – Il diritto dello spazio trova nei trattati internazionali stipulati negli anni Sessanta e Settanta del Novecento un punto di svolta fondamentale per il suo sviluppo. Oggi, strumenti differenti rispetto a quelli di diritto internazionale pattizio – in un contesto di continua produzione di una pluralità di fonti che lascia ampio spazio ad atti di *soft law* – sono veicolo fondamentale per l'adattamento del diritto dello spazio alle novità tecnologiche in campo spaziale. Essi, pur comportando una evoluzione significativa del diritto dello spazio rispetto al contenuto dei trattati suddetti, possono dirsi sempre fedeli ai principi enunciati da questi ultimi. Così, le norme in tema di utilizzo dello spazio, responsabilità per danni causati da oggetti spaziali, registrazione degli stessi e recupero degli astronauti dimostrano ancora oggi la capacità di inquadrare e guidare lo sviluppo del diritto dello spazio, fungendo da garanzia di coordinamento della pluralità di strumenti attualmente prodotti⁵⁹.

Questi ultimi – peraltro piuttosto variegati, tra Linee Guida, *standard* e finanche report di gruppi di lavoro – sono in particolare caratterizzati dal valore esclusivamente esortativo delle disposizioni in essi contenute. Questo fatto, solo apparentemente sintomo di minor capacità di regolamentare le attività molto numerose compiute oggi nello spazio extra-atmosferico, concorre invece a permetterne l'applicazione. Infatti, dato anche l'alto rischio incontrato nello svolgimento di attività spaziali, i vari soggetti coinvolti in esse beneficiano della possibilità di un'applicazione graduale del contenuto delle regole non dotate di forza vincolante. Inoltre, strumenti come quelli richiamati permettono spesso una più rapida modifica, così risultando più facilmente capaci di rispondere (od addirittura anticipare) le novità tecnologiche e strategiche in ambito spaziale. Ciò sembra confermato dal fatto che il trattato di più recente negoziazione con effetti nel settore spaziale, ovvero le già citate “*Radio Regulations*”, è caratterizzato da una periodica ri-negoziazione delle sue disposizioni in sede ITU. Si garantisce così

⁵⁷ V. § 2.

⁵⁸ Regolamento (UE) 2023/588 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 marzo 2023 che istituisce il programma dell'Unione per una connettività sicura per il periodo 2023-2027.

⁵⁹ Una separata indagine sarebbe invece necessaria per stabilire se analoga tenuta dei principi enunciati dai trattati di diritto dello spazio stipulati negli anni Sessanta e Settanta del Novecento possa ritenersi possibile nel prossimo futuro.

una base normativa solida e condivisa per lo sviluppo dei sistemi di telecomunicazione, in costante aggiornamento rispetto ai profili tecnologici.

Ulteriore elemento di interesse è rappresentato dal maggior livello di dettaglio che è possibile ottenere anche grazie al carattere non vincolante di atti di *soft law*. Le regole così definite appaiono più simili nella formulazione alla documentazione tecnica utilizzata dal personale impiegato nella progettazione e realizzazione di progetti spaziali; così, l'applicazione di norme in tema di sostenibilità delle attività spaziali – come quelle relative alla previsione di meccanismi di rientro controllato in atmosfera dei satelliti che abbiano concluso la propria missione – appare facilitata dalla comprensibilità delle stesse per coloro effettivamente impegnati nella realizzazione dell'infrastruttura orbitante. Si osserva infine che la rilevanza delle regole suddette, nonostante il carattere di non obbligatorietà, si estende anche all'ambito della valutazione della *due diligence* richiesta allo Stato nello svolgimento di attività spaziali, risultando così discriminante per l'eventuale imputazione della colpa nel caso di danni causati ad oggetti spaziali.

Quanto al contributo della dottrina in questo contesto, si ritiene qui essenziale che si adotti una lettura della complessità del sistema attuale delle fonti del diritto dello spazio che in particolare abbandoni il rimpianto della *golden era* dei trattati e consideri, al fianco di una più magmatica proliferazione di strumenti privi di forza vincolante, anche la produzione normativa di diritto interno e dell'Unione Europea. Tale complessità può essere oggi in ogni caso ricondotta ancora al minimo comune denominatore rappresentato dai principi già enunciati negli anni Sessanta e Settanta; alcuni punti evolutivi di rottura paiono però emergere, aprendo la strada per un potenziale nuova produzione di diritto convenzionale⁶⁰.

⁶⁰ A tal proposito si pensi al dibattito attualmente aperto in tema di sfruttamento delle risorse di altri corpi celesti, inclusa la Luna, e regolamentazione dello stesso. Se il ruolo del *Moon Treaty* in questo ambito sembra restare limitato, altre fonti stanno emergendo (si pensi ad esempio agli *Artemis Accords*, come strumento proposto unilateralmente dagli Stati Uniti con ampia adesione da parte di Stati tipicamente allineati dal punto di vista delle politiche spaziali e non), di cui si discute anche la possibile evoluzione verso una maggiore vincolatività.

**LA DUE DILIGENCE DEGLI STATI NELLO SPAZIO
EXTRA-ATMOSFERICO: ALCUNE PRIME SFIDE DELLA NUOVA ERA
SPAZIALE POSTE DA ATTORI PRIVATI**

CAMILLA CAMPODONICO*

Il concetto di due diligence trova le proprie radici nella responsabilità internazionale dello Stato in materia di obblighi di condotta. Tuttavia, la persistente mancanza di una definizione e di standard precisi rappresenta una sfida. Questo articolo si propone di esplorare il concetto di due diligence nel diritto internazionale dello spazio extra-atmosferico. L'interesse nasce dalla necessità di studiare il contenuto degli obblighi internazionali di condotta degli Stati nella regolamentazione delle imprese spaziali sottoposte alla loro giurisdizione. Le attività spaziali, se non gestite attentamente, possono avere un impatto negativo dal punto di vista economico, securitario, sociale ed ambientale. Un'analisi delle conseguenze delle azioni nello spazio diventa, pertanto, fondamentale per prevenire potenziali impatti negativi.

The concept of due diligence finds its roots in the State's international responsibility on obligations of conduct. However, the persistent lack of a precise definition and standards poses a challenge. This article aims to explore the concept of due diligence in international space law. The interest arises from the need to study the content of State's international obligations of conduct in regulating space enterprises under their jurisdiction. Space activities, if not carefully managed, can have negative economic, security, social and environmental impacts. Therefore, an analysis of the consequences of actions in space becomes fundamental to prevent potential negative impacts.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Brevi cenni sulla *due diligence* nel diritto internazionale. – 3. Identificazione dei principali criteri di determinazione della *due diligence* nello spazio extra-atmosferico per attività a fini commerciali. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – A partire dalla corsa allo spazio degli anni '60 del secolo scorso, con il lancio del primo satellite *Sputnik* da parte dell'Unione Sovietica

* Studentessa in Giurisprudenza presso l'Università di Pisa.

(URSS), si è assistito ad un progressivo aumento dell'interesse nello spazio extra-atmosferico¹.

Durante la Guerra Fredda, lo spazio veniva principalmente visto come una dimostrazione di forza delle due superpotenze. Il traguardo più iconico di questa competizione fu lo sbarco sulla Luna da parte degli Stati Uniti d'America (USA) nel 1969. Tuttavia, nel corso del tempo, l'interesse per l'esplorazione spaziale ha subito una trasformazione significativa.

Si è passati dalla *old space* alla *new space era*. Nel primo caso, durante la Guerra Fredda, lo Stato giocava un ruolo centrale sia per l'importanza strategica delle attività spaziali che per gli ingenti investimenti, tanto nell'ambito civile quanto in quello militare². Non solo, dunque, lo Stato era l'attore principale, ma solo USA e URSS avevano effettiva capacità di lancio³.

Oggigiorno, la *new space era* è dominata da una molteplicità di attori statali e non. Non solo vi sono più Stati con capacità di lancio, ma il numero di attori non statali supera di gran lunga quello degli Stati stessi⁴. Proprio per queste ragioni, la capacità di utilizzo dello spazio extra-atmosferico sta giocando sempre di più un ruolo dominante nello sviluppo economico; il settore della *new space*

¹ C. CINELLI, *La disciplina degli spazi internazionali e le sfide poste dal progresso tecnico-scientifico*, Torino, 2020, p. 14. Non esiste una definizione univoca di spazio extra-atmosferico. Infatti, la questione della delimitazione dello spazio è ancora oggetto di discussione in seno all'ONU. Nel Trattato sui principi che governano le attività degli Stati in materia di esplorazione ed utilizzazione dello spazio extra-atmosferico compresa la Luna e gli altri corpi celesti (c.d. *Outer Space Treaty*) del 1967, si legge che lo spazio extra-atmosferico comprende la luna e gli altri corpi celesti. Ad esempio, non viene indicata nel suddetto Trattato l'appartenenza dell'orbita geostazionaria allo spazio extra-atmosferico. Conseguentemente, alcuni Stati, tra cui Colombia ed Ecuador, non riconoscendo l'applicazione del Trattato sullo spazio all'orbita geostazionaria, hanno avanzato pretese di sovranità sulla parte dell'orbita che sovrasta i loro confini terrestri.

² C. CINELLI, *The Evolving Regulatory Framework for Space Resource Utilization*, in *La Comunità Internazionale*, 2023, III, pp. 483-510.

³ C. ROISSE, *The Roles of International Organizations in Privatization and Commercial Use of Outer Space*, in *Proceedings of the workshop on Space Law in the Twenty-first Century* (organized by the International Institute of Space Law, with the United Nations Office for Outer Space Affairs), New York, 2000, p. 53. Negli anni '60, ad esempio, le telecomunicazioni erano gestite a livello centrale dallo Stato. L'autore sottolinea, infatti, come le televisioni, le radio e anche le telecomunicazioni erano "cosa pubblica".

⁴ Cfr., Space Foundation, *The Space Report 2022 Q4*, in *Space Foundation*, <https://www.spacefoundation.org/2023/01/24/space-foundation-releases-the-space-report-2022-q4/>, data ultima consultazione 21.8.2024; a gennaio 2023, novanta agenzie spaziali statali conducono attività legate allo spazio e alla sua esplorazione. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), *Handbook on Measuring the Space Economy*, Parigi, 2022, pp. 57-75. Sempre a gennaio 2023, ottanta Stati hanno registrato satelliti in orbita, mentre otto di questi ottanta hanno altresì piena capacità di lancio e accesso alle orbite spaziali; S. ELLERBECK, *The space economy is booming. What benefits can it bring to Earth?*, in *World Economic Forum*, 2022, <https://www.weforum.org/agenda/2022/10/space-economy-industry-benefits/>, data ultima consultazione 4.4.2024; D. HONAN, *The first trillionaires will make their fortunes in space*, in *Big Think*, 2018, <http://bigthink.com/think-tank/the-first-trillionaires-will-make-their-fortunes-in-space>, data ultima consultazione 24.3.2024. Si stima, inoltre, che l'industria dello spazio creerà il primo trilionario al mondo. J.A. URBAN, *Soft Law: the Key to Security in a Globalized Outer Space*, in *Transportation Law Journal*, 2016, p. 35. L'autrice, analizzando le differenze tra *old space* e *new space era*, si riferisce a quest'ultima come globalizzata. Per globalizzazione intende, riprendendo la definizione del Professor Scholte, relazioni "cross-border" tra gli Stati insieme ad una crescita di scambi internazionali e interdipendenza.

*economy*⁵ tra il 2005 e il 2020 è cresciuto del 176% per un valore di 447 miliardi di dollari⁶ e si stima un'ulteriore crescita del 76% entro il 2030⁷.

Nel mondo contemporaneo, l'interesse verso lo spazio è guidato sempre più da motivazioni economiche oltre che scientifiche⁸. Le attività spaziali hanno generato un settore industriale e commerciale diversificato, con un crescente numero di attori, sia pubblici che privati, impegnati in missioni di esplorazione, sviluppo tecnologico e sfruttamento delle risorse spaziali⁹.

L'evoluzione dell'intero settore ha portato ad una collaborazione tra le parti; da una parte gli Stati hanno bisogno di tecnologie all'avanguardia, mentre dall'altra i privati necessitano di investimenti e contratti governativi¹⁰. Da queste necessità sono nati i partenariati pubblico-privati (PPP) con l'obiettivo di sviluppare una cooperazione nella pianificazione, costruzione e/o sfruttamento di infrastrutture, condividendo responsabilità, rischi, costi, benefici e risorse¹¹.

⁵ S. DI PIPPO, *Space Economy. La nuova frontiera dello sviluppo*, Milano, 2022, p. 72. L'Autore si riferisce alla *space economy* riprendendo la definizione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, ovvero un ampio spettro di iniziative che creano un valore per tutti gli esseri umani tramite l'esplorazione, la ricerca, lo studio e l'utilizzo dello spazio. Fa riferimento a tutti gli attori economici impiegati in questo ambito, sia privati che pubblici, che sono coinvolti dalla fase di sviluppo a quella di lancio passando dallo sviluppo delle adeguate infrastrutture. Successivamente, nonostante ritenga che la differenza tra *space economy* e *new space economy* sia abbastanza sfocata, prova a distinguerle; la differenza chiave risiede, in particolare, nella natura rivoluzionaria della seconda. Mentre la *space economy* si basa principalmente su modelli di *business* consolidati e infrastrutture spaziali statali, la *new space economy* è caratterizzata da un'ampia partecipazione di attori privati, una maggiore flessibilità operativa e una spinta significativa verso l'innovazione.

⁶ Ivi, p. 12.

⁷ Ivi, p. 11 e p. 54. Questo nuovo sviluppo si è potuto realizzare grazie alla diminuzione dei costi e al riutilizzo di alcuni vettori per più lanci; ad esempio, i vettori *Falcon 9* di *SpaceX* possono essere utilizzati per quindici lanci e per più volte nello stesso giorno. Di Pippo analizza una serie di lanci fatti da vettori *Falcon 9* di *SpaceX* che, nel 2022, era l'unico al mondo a lanciare da tre basi differenti vettori che potevano compiere circa tre viaggi nell'arco di un giorno e mezzo. European Space Policy Institute, *The rise of Private Actors in the Space Sector*, 2017. Un gran numero di iniziative della *new space economy* mira proattivamente allo sviluppo di soluzioni in grado di sconvolgere i mercati spaziali; la *market disruption* sembra essere la strategia commerciale adottata molto più rispetto all'ottimizzazione commerciale.

⁸ S. YARLAGADDA, *Economics of the Stars: The Future of Asteroid Mining and the Global Economy*, in *Harvard International Review*, 2022, <https://hir.harvard.edu/economics-of-the-stars/>, data ultima consultazione 22.3.2024. Visti i benefici economici derivabili dalle attività commerciali spaziali, sempre più attori stanno investendo nel settore; l'astrofisico Neil de Grasse Tyson ha previsto che il primo trilionario sarà un minatore di asteroidi. Un asteroide Psyche 16 contiene circa 700 quintilioni di dollari di oro, abbastanza affinché ogni essere umano sulla terra riceva 93 miliardi di dollari.

⁹ DI PIPPO, *Space economy*, cit., p. 30. Le attività che vengono condotte sono tra le più varie: osservazioni terrestri e comunicazioni. Le tecnologie spaziali vengono, inoltre, utilizzate nell'ambito dell'agricoltura e dei trasporti; E.S. TANDUNGAN, M. NAPANG, S.M. NOOR, *Application of Due Diligence Principles in Space Exploration*, in *Baltic Journal of Law & Politics*, 2022, XV, 2, pp. 2191-2205; gli Autori considerano lo spazio come il nuovo centro di gravità della società moderna.

¹⁰ C. PASTORIUS, *Law and Land Policy in the Global Space Industry's Lift-off*, in *Barry Law Review*, 2013, p. 242.

¹¹ J. F. KOPPENJAN, *The formation of public-private partnerships: Lessons from nine transport infrastructure projects in the Netherlands*, in *Public Administration*, 2005, LXXXIII, pp. 135-157.

G. RAUSSER, E. CHOI, A. BAYEN, *Public-private partnerships in fostering outer space innovations*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2023, CXX, p. 43. Gli Autori individuano sei aree di collaborazione tra attori privati e pubblici che emergeranno nei prossimi decenni: trasporti spaziali e logistica, produzione spaziale, bio-produttività, lanci e propulsione nucleare, agricoltura spaziale e

Nonostante la corsa allo spazio sia iniziata nel periodo della Guerra Fredda, la regolamentazione delle attività spaziali rimane ancora oggi incompleta. La comunità internazionale, riunita all'interno dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), ha elaborato una serie di trattati definiti come *corpus iuris spatialis*¹², ma questi si presentano come insufficienti nel regolare un settore in continuo mutamento. Negoziati e ratificati in un periodo in cui gli Stati non potevano prevedere appieno i futuri sviluppi del settore spaziale, oggi definito spazio 4.0¹³, tali trattati rappresentano solo il punto di partenza per affrontare le odierne sfide normative¹⁴.

Il già citato Trattato sui principi che governano le attività degli Stati in materia di esplorazione ed utilizzazione dello spazio extra-atmosferico, compresa la Luna e gli altri corpi celesti del 1967 ("Trattato sullo Spazio")¹⁵, sancisce il principio cardine della libertà di utilizzo e di esplorazione dello spazio, considerato

servizi satellitari. F. DEL CANTO VITERALE, *Transitioning To A New Space Age In The 21st Century: A Systemic-Level Approach*, in *System*, 2023, XI, 5, p. 232. L'Autore nota come all'interno dello Stato non solo vi siano differenti agenzie ad occuparsi di singoli settori dello spazio ma anche a più livelli di *governance*, da quella centrale a quella locale. Si è contemporaneamente assistito ad un aumento della spesa di bilancio nel settore; gli USA, ad esempio, hanno investito 103 miliardi di dollari nel 2022 con un aumento particolarmente pronunciato nel settore della difesa dove si sono investiti circa 48 miliardi. Per quanto riguarda la portata degli investimenti, subito dopo gli USA vi è il governo cinese con un investimento di circa 12 miliardi di dollari che, per la prima volta nel 2022, ha superato per quantità di investimenti la Federazione Russa.

¹² I cinque trattati che formano il *corpus iuris spatialis* sono: il Trattato sui principi che governano le attività degli Stati in materia di esplorazione ed utilizzazione dello spazio extra-atmosferico compresa la Luna e gli altri corpi celesti del 1967; l'Accordo sul salvataggio e ritorno degli astronauti e sulla restituzione di oggetti lanciati nello spazio del 1968; la Convenzione sulla responsabilità internazionale per danni causati da oggetti spaziali del 1975; la Convenzione sull'immatricolazione di oggetti spaziali del 1975; l'Accordo relativo all'attività degli Stati sulla Luna e sugli altri corpi celesti del 1979.

¹³ European Space Agency (ESA), *What is Space 4.0?* https://www.esa.int/About_Us/Ministerial_Council_2016/What_is_space_4.0, data ultima consultazione 22.3.2024. Con *Space 4.0* si rappresenta l'evoluzione del settore spaziale in una nuova era caratterizzata da interazioni tra governi e attori privati. Questo concetto è inoltre legato a quello di Industria 4.0, ovvero la quarta rivoluzione industriale in corso per la produzione di servizi; E. CIRKOVIC, *#SpaceWatchGL Opinion: Corporate Social Responsibility in Outer Space*, in *SpaceWatch.Global*, 2021, <https://spacewatch.global/2021/03/spacewatchgl-opinion-corporate-social-responsibility-in-outer-space/>, data ultima consultazione 21.3.2024. L'Autrice evidenzia come una delle caratteristiche di questo nuovo contesto spaziale sia la maggiore presenza di attori non statali rispetto agli Stati.

¹⁴ V., tra gli altri, F. LYALL, P. LARSEN, *Space Law: A Treatise*, Londra, 2017, p. 80. Gli Autori discutono, ad esempio, la mancanza di una chiara definizione legale di spazio extra-atmosferico. La Linea di Kármán, a circa 100 km sopra il livello del mare, è comunemente accettata, ma non formalmente riconosciuta da tutti gli Stati; L. VIHKARI, *The Environmental Element in Space Law: Assessing the Present and Charting the Future*, Leiden, 2008, p. 150. L'Autrice analizza il problema della sostenibilità delle attività spaziali. L'aumento dei detriti spaziali in orbita potrebbe creare un circolo vizioso di continua creazione di ulteriori detriti; S. HOBBE, S. FREELAND, *Space Law: Reconsidering the Definition/Delimitation Question and the Passage of Spacecraft through Foreign Airspace*, Colonia, 2009, p. 92, i quali discutono i rischi della crescente militarizzazione dello spazio e la necessità di mantenere lo spazio come dominio pacifico, in linea con gli obiettivi del Trattato sullo Spazio.

¹⁵ Trattato sui principi che governano le attività degli Stati in materia di esplorazione ed utilizzazione dello spazio extra-atmosferico compresa la Luna e gli altri corpi celesti, del 27 gennaio 1967, n. 8843, adottato dall'Assemblea Generale nella sua risoluzione 2222 (XXI), aperto alle firme il 27 gennaio 1967 ed entrato in vigore il 10 ottobre 1967.

una *res communis omnium*¹⁶. Questo regime di libertà è diventato un elemento vitale degli interessi nazionali degli Stati. Tuttavia, è importante chiarire che, sebbene l'esplorazione e l'utilizzo dello spazio debbano avvenire a vantaggio e nell'interesse di tutti e siano appannaggio dell'umanità intera¹⁷, ciò non implica che lo spazio sia soggetto al regime giuridico di "patrimonio comune dell'umanità"¹⁸.

Tuttavia, mentre la libertà di accesso allo spazio è garantita, le effettive capacità di lancio rimangono nelle mani degli Stati più sviluppati tecnologicamente¹⁹. Il rischio che ne discende è quello di veder aumentare le disuguaglianze tra le nazioni con programmi spaziali ben definiti e quelle che li stanno sviluppando, portando gli Stati a seguire la politica del *first come, first served*²⁰.

In questo contesto, è comprensibile che gli Stati tecnologicamente avanzati rivolgano i loro sforzi a un'interpretazione nazionale dei principi esistenti che favorisca i loro interessi, invece di impegnarsi in prolungati processi negoziali multilaterali che rischiano di alterare lo *status quo* del diritto spaziale²¹.

Questa preoccupazione si è senza dubbio accentuata con l'ingresso degli attori privati nel settore. Appare, dunque, necessario regolamentare l'espletamento di attività a fini privati e commerciali, nell'intento di favorire l'uso equo e sostenibile dello spazio extra-atmosferico e la tutela di interessi collettivi.

Con l'intensificarsi delle attività spaziali e l'aumento della complessità dei rapporti tra gli attori coinvolti, diventa essenziale valutare i rischi e le opportunità associate a tali attività spaziali. Un possibile strumento per garantire una condotta responsabile degli Stati è il principio di *due diligence*²².

Pertanto, l'obiettivo dell'articolo è quello di indagare il contenuto degli obblighi internazionali di condotta degli Stati nella regolamentazione delle imprese spaziali sottoposte alla loro giurisdizione al fine di fornire un quadro normativo adeguato ad affrontare le sfide e cogliere le opportunità presentate dallo spazio 4.0.

¹⁶ Ivi, art. I.

¹⁷ *Ibidem.* Accordo sulla Luna, art. IV.

¹⁸ Gli Stati, infatti, nell'autorizzare e sostenere specifiche attività hanno come obiettivi principali i propri interessi. Questa prospettiva riflette la natura dinamica del diritto spaziale internazionale, dove la libertà di azione degli Stati è bilanciata con il rispetto di principi generali come il divieto di appropriazione nazionale e la necessità di cooperazione internazionale. Le questioni di interesse comune vengono affrontate attraverso negoziati multilaterali e l'evoluzione delle pratiche statali e internazionali.

¹⁹ TANDUNGAN, NAPANG, NOOR, *Application of Due Diligence Principles*, cit., *passim*; Space Foundation, *The Space Report 2022*, cit., p. 2192; ELLERBECK, *The space economy is booming*, cit., p. 4.

²⁰ CINELLI, *La disciplina degli spazi internazionali e le sfide poste dal progresso tecnico-scientifico*, cit., p. 69. Gli Stati tecnologicamente più avanzati, sfruttando il tradizionale principio di libertà del diritto internazionale, possedevano i mezzi per accedere e sfruttare a pieno le risorse di spazi internazionali a discapito degli Stati in via di sviluppo.

²¹ P. DE MAN, *State Practice, Domestic Legislation and the Interpretation of Fundamental Principles of International Space Law*, in *Space Policy*, 2017, XLII, pp. 92-102.

²² J. KULESZA, *Due diligence in international law*, Leiden, 2016, p. 15.

2. *Brevi cenni sulla due diligence nel diritto internazionale.* – Ad oggi, non vi è ancora, in nessun trattato internazionale, una definizione univoca e chiara del concetto giuridico di *due diligence*. La dottrina maggioritaria si riferisce alla *due diligence* come standard, requisito od obbligo²³.

A livello etimologico, il termine *diligence* deriva dal latino *diligentia*, ovvero una forma di prudenza nei propri comportamenti²⁴. Nel contesto del diritto internazionale è stato utilizzato all'inizio in relazione agli obblighi e i doveri dello Stato neutrale²⁵. Durante il XIX secolo il dibattito nella comunità internazionale riguardava il dovere o meno dello Stato neutrale di prevenire la vendita, da parte di persone fisiche e giuridiche dello Stato, di armi e munizioni a Stati belligeranti²⁶.

È con l'*Alabama Arbitration*²⁷ che si applica e definisce per la prima volta la *due diligence*. Si tratta di un contenzioso tra USA e Gran Bretagna (GB) sull'ipotetico mancato adempimento della GB al suo dovere di neutralità durante la guerra civile americana. I Confederati avevano commissionato un certo numero di navi da guerra, tra cui l'Alabama, a società private operanti nella GB, Stato neutrale. Gli USA, con la fine della guerra civile, criticavano alla GB di aver agito senza la dovuta diligenza in quanto l'Alabama era stata armata in parte entro le acque territoriali britanniche²⁸. I due Stati decisero, tramite il Trattato di

²³ K. SAMUEL, *The Legal Character of Due Diligence: Standards, Obligations, or Both?*, in *Central Asian Yearbook of International Law*, 2018, p. 12. La *due diligence*, applicata in differenti ambiti del diritto internazionale, viene considerata da parte della dottrina come un principio generale di diritto internazionale: T. KOIVUROVA, *Due diligence*, in *Max Plank Encyclopedia of Public International Law*, <https://www.arcticcentre.org/loader.aspx?id=78182718-doc9-4833-97b3-b69299e2f127>, data ultima consultazione 9.3.2024; TANDUNGAN, NAPANG, NOOR, *Application of Due Diligence Principles*, cit., p. 2194. Uno Stato risulta essere responsabile qualora commetta un atto illecito, dunque un'azione o omissione considerata una violazione degli obblighi internazionali contratti dallo Stato stesso. Per quanto riguarda la protezione ambientale, infatti, la *due diligence* viene considerata una consuetudine; OCSE, *Responsibility and Liability of States in Relation to Transfrontier Pollution*, in *Environmental Policy and Law*, 1984, p. 4, secondo la quale esiste una «custom based rule of due diligence imposed on all states in order that activities carried out within their jurisdiction do not cause damage to the environment of other states».

Inoltre, a titolo esemplificativo, la Commissione del Diritto Internazionale, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session*, Doc A/49/10, 2 maggio - 22 luglio 1994, definisce la *due diligence* come uno standard. La Commissione ha ripreso il parere di F.V. GARCÍA AMADOR, *International responsibility. Second report by F.V. Garcia Amador*, A/CN.4/106, 15 febbraio 1957, che definisce la *due diligence* proprio come uno *standard* e non una definizione. Per un'analisi circa le differenti posizioni: KULESZA, *Due diligence in International law*, cit. N. MCDONALD, *The role of due diligence in international law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, pp. 1041-1054.

²⁴ TANDUNGAN, NAPANG, NOOR, *Application of Due Diligence Principles*, cit., p. 2194.

²⁵ A. OLLINO, *Due Diligence in International Law*, Cambridge, 2022, p. 19.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*. TANDUNGAN, NAPANG, NOOR, *Application of Due Diligence Principles*, cit., p. 2190.

²⁸ TANDUNGAN, NAPANG, NOOR, *Application of Due Diligence Principles*, cit., p. 2190; OLLINO, *Due Diligence in International Law*, cit., p. 20.

Washington²⁹, di ricorrere ad un arbitro. Suddetto trattato impone alle parti «to exercise due diligence in its waters, and as to all persons within its jurisdiction»³⁰.

Interessante notare le definizioni differenti adottate dalle parti. Per la Gran Bretagna la *due diligence* era da considerarsi la cura che i governi impiegano di solito nei loro affari interni e che ragionevolmente ci si aspetta che esercitino in questioni di interesse e obbligo internazionali per la prevenzione di un atto che il governo era tenuto a cercare di prevenire³¹. Secondo gli USA, piuttosto, lo Stato neutrale doveva esercitare una diligenza attiva ovvero proporzionata all'emergenza o alla gravità del fallimento della dovuta diligenza³².

Il Tribunale Arbitrale ha accolto il punto di vista degli USA, affermando che la diligenza doveva essere esercitata in esatta proporzione ai rischi e che un governo non poteva giustificare il proprio fallimento nell'esercitare la *due diligence* appellandosi all'insufficienza dei mezzi di cui disponeva³³.

Visti i punti diversi, la decisione fu molto criticata dalla GB ma, al contempo, fu fondamentale nel riconoscimento di un dovere dello Stato di impedire ai suoi cittadini di aiutare Stati belligeranti; questo comporta un dovere di vigilanza sul territorio e l'implementazione di misure per evitare eventi dannosi³⁴.

Tuttavia, sarà solo con l'opinione dissenziente del Giudice Moore sul *Lotus Case*³⁵ che si affermerà il principio di *due diligence* come norma di condotta degli Stati nelle relazioni internazionali³⁶. Il Giudice Moore, facendo riferimento a una decisione della Corte Suprema degli USA³⁷, afferma che «it is well settled that a

²⁹ OLLINO, *Due Diligence in International Law*, cit., p. 21. Il Trattato fu stipulato nel 1871.

³⁰ J.B. MOORE, *History and Digest of the International Arbitration to which the United States has been a Party*, vol. I, Washington, 1898, p. 55o.

³¹ Case presented on the part of the government of Her Britannic Majesty to the tribunal of arbitration, constituted under Article 1 of the treaty concluded at Washington on the 8th May, 1871, between Her Britannic Majesty and the United States of America, <https://history.state.gov/historicaldocuments/frusi872p2v1/comp2>, data ultima consultazione 24.3.2024.

³² The case of the United States, laid before the tribunal of arbitration, convened at Geneva, under the provisions of the treaty between the United States of America and her Majesty the Queen of Great Britain, concluded at Washington, May 8, 1871, https://history.state.gov/historicaldocuments/frusi872p2v1/pg_64, data ultima consultazione 24.3.2024.

³³ Reports of International Arbitral Awards, Alabama claims of the United States of America against Great Britain. Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871, https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf, data ultima consultazione 24.3.2024.

³⁴ OLLINO, *Due Diligence in International Law*, cit., p. 22.

³⁵ PCIJ, 7 settembre 1927, *SS Lotus (France V. Turkey)* <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-lotus-judgment-wednesday-7th-september-1927>, data ultima consultazione 24.3.2024.

³⁶ ILA Study Group, *Due Diligence in International Law. First Report*, 2014, https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/first-report-washington-dc-2014, data ultima consultazione 11.3.2024.

³⁷ Corte Suprema USA, 7 marzo 1887, *United States v. Arjona*, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/120/479#:~:text=This%20is%20an%20indictment%20containing,other%20securities%20of%20foreign%20governments>, data ultima consultazione 25.3.2024.

State is bound to use due diligence to prevent the commission within its dominions of criminal acts against another nation or its people»³⁸.

Durante la seconda metà del XIX secolo il concetto di *due diligence* non viene pienamente codificato nel diritto internazionale³⁹. Una causa è la poca chiarezza nella differenziazione di due concetti fondamentali per la *due diligence*, la colpa e la responsabilità⁴⁰. Dunque, per molto tempo, il dibattito internazionale sulla *due diligence* combaciava con i dibattiti sulla natura della responsabilità internazionale⁴¹. Con l'adozione del ARSIWA si è in parte limitato il dibattito sulla responsabilità internazionale degli Stati⁴². Contemporaneamente ci sono stati tentativi di codificazione della *due diligence*, nei lavori della CDI sulla responsabilità dello Stato per atti non vietati dal diritto internazionale che però non sono stati seguiti dalla prassi statale vista la confusione circa i concetti di *liability* e *responsibility*⁴³.

Per individuare una definizione di *due diligence* possiamo guardare alla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia (CIG), nello specifico il caso *Pulp Mills on the River Uruguay*⁴⁴. Nella sua decisione la CIG ha definito «an obligation to act with due diligence» come segue: «It is an obligation which entails not only the adoption of appropriate rules and measures, but also a certain level of vigilance in their enforcement and the exercise of administrative control applicable to public and private operators, such as the monitoring of activities undertaken by such operators»⁴⁵. Una simile valutazione è stata fatta dalla Commissione di Diritto Internazionale (CDI) nei *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*⁴⁶. La CDI ha interpretato il

³⁸ In questi termini si esprime la *dissenting opinion* del Giudice M. Moore sul c.d. *Lotus Case*, 7 settembre 1927, *SS Lotus (France v. Turkey)*, https://jusmundi.com/en/document/opinion/en-lotus-dissenting-opinion-by-m-moore-wednesday-7th-september-1927#opinion_395, data ultima consultazione 24.3.2024.

³⁹ OLLINO, *Due Diligence in International Law*, cit., p. 22.

⁴⁰ *Ibidem*. Inizialmente il problema riguardava la completa sovrapposizione di privati cittadini e Stato di appartenenza. Anche nel periodo successivo alla scissione di queste due entità, i confini della responsabilità dello Stato rimanevano poco definiti. Le problematiche principali rimanevano circa la condotta di organi statali che violava il diritto internazionale ma non solo. Un altro interrogativo veniva posto circa il riconoscimento della responsabilità nei soli casi in cui c'era una colpa o un'intenzione di violare il diritto internazionale.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ CIG, 20 Aprile 2010, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, <https://www.icj-cij.org/node/103232>, data ultima consultazione 25.3.2024.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ CDI, *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf, data ultima consultazione 25.3.2024.

principio di *due diligence* come uno standard di buon governo applicabile agli Stati⁴⁷.

Lo Stato, inoltre, può risultare responsabile non solo per atti condotti dal proprio personale o dai suoi organi nazionali ma anche per azioni commesse da privati⁴⁸. In quest'ultimo caso la responsabilità deriva dalla negligenza statale nell'attuare e nell'adottare misure adeguate alla prevenzione del danno⁴⁹. Inoltre, un'ulteriore responsabilità può essere attribuita allo Stato che non ha adeguatamente cercato di individuare e perseguire i responsabili, nonché di garantire giustizia⁵⁰.

Il principio di *due diligence* è inoltre uno standard relativo impossibile da determinare a priori: il livello di diligenza da mantenere dipende dalle circostanze del caso⁵¹. Ciò comporta che da uno stesso obbligo internazionale possono scaturire applicazioni diverse di *due diligence* a seconda dello Stato in questione⁵².

Per valutare se uno Stato abbia effettivamente violato il principio di *due diligence* possono essere utilizzati tre criteri generali: l'effettivo controllo statale sul

⁴⁷ Ivi, p. 155. «The main elements of the obligation of due diligence involved in the duty of prevention could be thus stated: the degree of care in question is that expected of a good Government. It should possess a legal system and sufficient resources to maintain an adequate administrative apparatus to control and monitor the activities»; KULESZA, *Due diligence in international law*, cit. Viene, inoltre, messo in evidenza come, a livello di prassi, la responsabilità dello Stato sia attribuita sulla base della mancata diligenza da parte delle autorità nel soddisfare uno standard. Questa mancanza non richiede però la prova della colpa individuale di chi agisce per conto dello Stato. L'elemento soggettivo, inoltre, può essere considerato per imputare una responsabilità allo Stato ma non come prova in sé della commissione dell'illecito internazionale.

⁴⁸ A. GIOIA, *Diritto Internazionale*, Milano, 2018, p. 426. Lo Stato può risultare responsabile per atti commessi da privati nel caso in cui questi siano sotto il suo controllo, se le attività erano state autorizzate dallo Stato, se lo Stato riconosce e adotta quelle condotte come proprie. J. BASSETT MOORE, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. III, Washington, 1898, p. 3041. Nel caso *Wippermann* viene stabilito che lo Stato non è responsabile per le azioni di individui «as long as reasonable diligence is used in attempting to prevent the occurrence or recurrence of such wrongs».

⁴⁹ CDI, *Draft Articles on Prevention*, 2001, cit., p. 154, secondo la quale «The obligation of the State of origin to take preventive or minimization measures is one of due diligence. The duty of due diligence involved, however, is not intended to guarantee that significant harm be totally prevented, if it is not possible to do so».

⁵⁰ KULESZA, *Due diligence in international law*, cit., *passim*. Prendendo l'esempio del diritto ambientale, lo Stato può violare la *due diligence* non solo qualora non implementi le misure preventive necessarie, ma anche qualora sia inefficace nel perseguire chi commette l'illecito; R.P. BARNIDGE JR., *The Due Diligence Principle Under International Law*, in *International Community Law Review*, 2006, VIII, 1, pp. 81-121; United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, *Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) V. United Mexican States* (16 novembre 1925), p. 87, https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa_IV.pdf, data ultima consultazione 24.3.2024. Il governo messicano è risultato responsabile in quanto avrebbe potuto prevedere l'assassinio di Janes. Infatti, come stabilito dalla *General Claims Commission* nel caso *Janes Claim*, il governo «is liable for not having measured up to its duty of diligently prosecuting and properly punishing the offender».

⁵¹ Per una maggiore analisi circa le differenti e possibili declinazioni del principio nella giurisprudenza, visto che la stessa CIG lo ha declinato in forme differenti, vedere ad es. MCDONALD, *The role of due diligence in international law*, cit., pp. 1041-1054.

⁵² R.M. GRAY SCOTT, *Due diligence as a secondary rule of general international law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2021, XXXIV, 2, pp. 343-372.

territorio; ponderazione degli interessi in gioco; prevedibilità del danno⁵³. In aggiunta possono essere considerati fattori di carattere economico e sociale⁵⁴.

Come già evidenziato, il concetto di *due diligence* si presenta come un complesso insieme di misure volte a prevenire possibili esiti negativi, che potrebbero configurare una violazione delle norme di diritto internazionale.

Considerando l'interesse economico e politico verso lo spazio, sembra giusto chiedersi se e in quale misura il principio della *due diligence* sia applicabile allo spazio extra-atmosferico. L'espansione delle attività spaziali comporta una serie di sfide uniche, tra cui la gestione dei detriti spaziali, la protezione ambientale e la sicurezza delle infrastrutture spaziali. Pertanto, è essenziale stabilire meccanismi efficaci per garantire che tali attività siano condotte in modo responsabile e nel rispetto degli interessi di tutti gli attori coinvolti, sia a livello nazionale che internazionale.

3. *Identificazione dei principali criteri di determinazione della due diligence nello spazio extra-atmosferico per attività a fini commerciali.* – Lo spazio è considerato un'area che non può essere sottoposta a nessun tipo di appropriazione nazionale⁵⁵. È, inoltre, riconosciuto come un *global common*, ovvero un'area al di là della giurisdizione dei singoli Stati caratterizzata dalla libertà di esplorazione ed utilizzo⁵⁶. Tuttavia, queste libertà non sono assolute bensì limitate da un nucleo

⁵³ ILA Study Group, *Due Diligence in International Law*, cit., ove viene fornito un esempio di caso per tutti e tre i requisiti. Per quanto riguarda il necessario controllo del territorio il caso analizzato è il seguente: General Claim Commission, *J.J. Boyd (USA) v. United Mexican States*, 12 ottobre 1928, https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa_IV.pdf, data ultima consultazione 24.3.2024. Il caso riguarda il ricorso fatto dagli USA a causa dell'uccisione di un cittadino statunitense sul territorio messicano. Nella decisione la Commissione non ha ritenuto che le autorità messicane avessero violato la *due diligence* nella protezione dei cittadini statunitensi in quanto le autorità messicane più vicine erano dislocate a 50 miglia di distanza dal luogo dell'accaduto. Per gli ultimi due requisiti la ILA utilizza un medesimo caso: General Claim Commission, *William E. Chapman (USA) v. United Mexican States*, 24 ottobre 1930, https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa_IV.pdf, data ultima consultazione 24.3.2024. Il fatto che Chapman fosse non solo un cittadino statunitense bensì un console è stato considerato come un elemento fondamentale nell'individuare standard di diligenza più alti per le autorità messicane. Per quanto riguarda la prevedibilità del danno, il fatto che Chapman, cittadino statunitense, avesse avvertito le autorità messicane circa le minacce subite è stato considerato come un elemento che ha aumentato la prevedibilità del danno stesso.

⁵⁴ KULESZA, *Due diligence in international law*, cit., p. 60. Si veda, ad esempio, la decisione della CIG nel caso *Nicaragua v. United States of America*. La CIG non ha riscontrato una violazione del principio di *due diligence* da parte del Nicaragua. Una delle motivazioni deriva da un'analisi comparata delle risorse degli USA e del Nicaragua; nella sentenza, la CIG sottolinea come «Finally, if it is true that the exceptionally extensive resources deployed by the United States have been powerless to prevent this traffic from keeping the Salvadorian armed opposition supplied, this suggests even more clearly how powerless Nicaragua must be with the much smaller resources at its disposal for subduing this traffic if it takes place on its territory and the authorities endeavour to put a stop to it».

⁵⁵ Art. 2 del Trattato sullo Spazio.

⁵⁶ CINELLI, *The Evolving Regulatory Framework*, cit., p. 493; T. MEIRAI, *The International Outer Space and Maritime Legal Commons: Different principles and common legal loopholes governing the deep-seabed, outer space, celestial bodies, and the high seas*, in *Neptunus e-revue*, 2023, <https://shs.hal.science/halshs-04148463/document>, data ultima consultazione 21.3.2024.

fondamentale di obblighi che lo Stato deve rispettare tra cui la non appropriazione, l'utilizzo pacifico e la c.d. *due regard*⁵⁷.

Sebbene il principio di *due regard* sia codificato nei Trattati sullo Spazio e nell'Accordo sulla Luna⁵⁸, lo stesso non viene definito. Nonostante l'assenza di una definizione, possiamo ritenere che il *due regard* sia soddisfatto ogni qualvolta l'esercizio dei diritti di uno Stato non risulti in una ingiustificata interferenza nell'esercizio dei diritti di altri Stati⁵⁹. Questo principio, dunque, limita la libertà di azione degli Stati nei reciproci rapporti sulla base di standard ragionevoli⁶⁰.

È bene inoltre notare che, per quanto riguarda lo spazio extra-atmosferico, la *due regard* non ha ancora trovato applicazione⁶¹. Il principio di *due regard* è stato applicato, ad oggi, nel contesto del diritto del mare⁶². È stato osservato come dall'obbligo di *due regard* possa derivare anche l'obbligo di *due diligence*⁶³.

⁵⁷ CINELLI, *The Evolving Regulatory Framework*, cit., p. 493; TANDUNGAN, NAPANG, NOOR, *Application of Due Diligence Principles*, cit., p. 2197.

⁵⁸ Accordo relativo all'attività degli Stati sulla Luna e sugli altri corpi celesti, adottato dall'Assemblea Generale nella sua risoluzione 34/68, aperta alle firme il 18 dicembre 1979 ed entrata in vigore l'11 luglio 1984.

⁵⁹ VIKARI, *The Environmental Element in Space Law*, cit., p. 230; E. CARPANELLI, *Unweaving the tangled web: the due regard obligation under article IX of the Outer Space Treaty*, in *Air and Space Law*, 2024, <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\AILA\AILA2024012.pdf>, data ultima consultazione 20.3.2024; l'art. 9 del Trattato sullo Spazio impone agli Stati di condurre «their activities in outer space, including the moon and other celestial bodies, with due regard to the corresponding interests of all other States parties to the Treaty».

⁶⁰ CINELLI, *The Evolving Regulatory Framework*, cit., p. 494; CARPANELLI, *Unweaving the tangled web*, cit., p. 45. Secondo questa lettura, il principio di *due regard* è, come quello di *due diligence*, un obbligo di condotta. Per obblighi di condotta si intendono quegli obblighi per cui lo Stato deve tenere una condotta diligente al fine di raggiungere l'obiettivo, pur non essendo necessario che si arrivi al raggiungimento dell'obiettivo stesso.

⁶¹ CINELLI, *The Evolving Regulatory Framework*, cit., *passim*.

⁶² *Ibidem*; cfr., inoltre, Corte Permanente di Arbitrato, 18 marzo 2015, *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, 2011-03, par. 518-519, <https://files.pca-cpa.org/pcadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>, data ultima consultazione 21.3.2024. Nei paragrafi 518-519 della sentenza, la Corte Permanente di Arbitrato analizza come il Regno Unito avrebbe dovuto considerare gli interessi di Mauritius al momento di istituire la zona marina protetta. La Corte ha specificato che il principio di *due regard* richiede che uno Stato prenda in considerazione non solo i propri interessi, ma anche quelli degli altri Stati potenzialmente coinvolti o danneggiati dalle sue azioni. Y. RADI, *Cleaning up the space junk: on the flaws and potential of international space law to tackle the space debris problem*, in *ESIL Reflection*, 2023, <https://esil-sedi.eu/esil-reflection-clearing-up-the-space-junk-on-the-flaws-and-potential-of-international-space-law-to-tackle-the-space-debris-problem/>, data ultima consultazione 21.2.2024. La CPA, inoltre, ha sottolineato come questo obbligo non fornisca regole universali di comportamento; devono essere invece considerati elementi come la natura e l'importanza dei diritti in esame, l'entità del pregiudizio previsto e la disponibilità di approcci alternativi.

⁶³ CARPANELLI, *Unweaving the tangled web*, cit., p. 41. Per sostenere questa tesi viene fatto riferimento ad una sentenza della CPA nel caso *In the matter of the South China Arbitration (Philippines v. China)* dove sono stati utilizzati standard molto specifici come il controllo dello Stato costiero sulle risorse ittiche presenti nella Zona Economica Esclusiva o l'importanza delle risorse nell'area stessa. In generale, l'obbligo di *due regard* si concentra sulla considerazione degli interessi degli altri Stati, mentre l'obbligo di *due diligence* si concentra sull'adozione di misure preventive per evitare danni. Tuttavia, i due concetti sono strettamente connessi, in quanto il rispetto dell'obbligo di *due regard* può richiedere l'adozione di misure di *due diligence*. L'obbligo di *due regard* richiede che uno Stato consideri gli interessi degli altri Stati, ma per rispettare pienamente questo obbligo, potrebbe essere necessario adottare misure preventive e responsabili, ossia esercitare la *due diligence*. Quindi, il *due regard* può non solo includere, ma in certi casi richiedere, l'esercizio della *due diligence* per prevenire

Analizzando il *corpus iuris spatialis*, l'unico Trattato che direttamente codifica la *due diligence* è la Convenzione sulla responsabilità internazionale per danni causati da oggetti spaziali⁶⁴. All'art. X, il principio è analizzato in relazione alle procedure da seguire per il risarcimento del danno⁶⁵. Infatti, l'art. X garantisce che gli Stati abbiano un periodo sufficiente per agire e presentare richieste di risarcimento, sia che abbiano identificato immediatamente la fonte del danno sia che abbiano bisogno di tempo per scoprirlo. In questo secondo caso però il periodo per fare richiesta di risarcimento non può superare un anno dalla data in cui, con la dovuta diligenza, lo Stato avrebbe potuto ragionevolmente scoprire tali fatti⁶⁶. Ciò promuove un comportamento responsabile e previdente da parte degli Stati nel gestire le questioni legate ai danni causati da oggetti spaziali. Nemmeno in questo caso, però, viene fornita una definizione di *due diligence*.

Tuttavia, altri strumenti, anche se non esplicitamente, riconoscono il principio di *due diligence* individuando una responsabilità dello Stato per tutte le attività nazionali indipendentemente dalla loro natura pubblica o privata⁶⁷.

Inoltre, il fatto che l'oggetto spaziale si trovi al di fuori del territorio dello Stato non impedisce che questo debba rispettare il principio di *due diligence*. La CIG nel parere consultivo sull'utilizzo delle armi nucleari ha stabilito che «a State is thus obliged to use all means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant

danni significativi e garantire che i diritti degli altri Stati siano adeguatamente rispettati. La sentenza del *South China Sea Arbitration* evidenzia come, nel diritto del mare, questi due concetti siano interconnessi.

⁶⁴ Convenzione sulla responsabilità internazionale per danni causati da oggetti spaziali, adottata dall'Assemblea Generale nella sua risoluzione 2777 (XXVI), aperta alle firme il 29 marzo 1972, entrata in vigore il 1° settembre 1972.

⁶⁵ L'art. X della Convenzione sulla responsabilità internazionale per danni causati da oggetti spaziali dispone che: «If, however, a State does not know of the occurrence of the damage or has not been able to identify the launching State which is liable, it may present a claim within one year following the date on which it learned of the aforementioned facts; however, this period shall in no event exceed one year following the date on which the State could reasonably be expected to have learned of the facts through the exercise of due diligence».

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ AG, DOC N.U. A/RES/1962(XVIII) del 1964 (Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space); AG, DOC N.U. A/RES/37/92 del 1982 (Principles Governing the Use by States of Artificial Earth Satellites for International Direct Television Broadcasting); AG, DOC N.U. A/RES/41/65 del 1986 (Principle Relating to Remote Sensing of the Earth from Outer Space); AG, DOC N.U. A/RES/ 47/68 del 14 dicembre 1992 (Principle Relevant to the Use of Nuclear Power Sources in Outer Space). In tutti questi casi si legge che «States bear international responsibility for activities in outer space, whether carried on by governmental agencies or by non-governmental entities». L'analisi circa il tipo di attività viene declinata in maniera differente a seconda dell'oggetto della risoluzione; art. 6 del Trattato sullo Spazio; art. 12 dell'Accordo relativo all'attività degli Stati sulla Luna e sugli altri corpi celesti. L'art. 7 del Trattato sullo Spazio inoltre individua la responsabilità dello Stato per i danni creati da oggetti spaziali a lui riconducibili; United Nations Office for Outer Space Affairs, *International Space Law: United Nations Instruments*, https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2017/stspace/stspace6rev_2_0_html/V1605998-ENGLISH.pdf, data ultima consultazione 2.4.2024; Committee on the Peaceful Use of Outer Space, *Guidelines on Long Term Sustainability of Outer Space*, A/AC, 20-29 giugno 2018, p. 105, https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2018/aac_1052018crp/aac_1052018crp_20_0_html/AC105_2018_CRP20E.pdf, data ultima consultazione 3.4.2024.

damage to the environment of another State»⁶⁸. Dunque, il rispetto del principio di *due diligence* non è legato esclusivamente al territorio dello Stato bensì alla sua giurisdizione⁶⁹. La responsabilità contenuta nei suddetti strumenti è più ampia rispetto a quanto stabilito dalla CDI nel Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato⁷⁰. La CDI, infatti, considera lo Stato responsabile a livello internazionale solo nel caso in cui i privati agiscano «on the instruction of, or under the direction or control of, the State in carrying out the conduct»⁷¹.

Sia il Trattato sullo Spazio che l'Accordo sulla Luna insieme ad alcune risoluzioni dell'AG, suggeriscono allo Stato di supervisionare con maggiore attenzione ed autorizzare tutte le attività spaziali, comprese quelle private⁷². Ne deriva una responsabilità per lo Stato al fine di garantire che tutte le attività nazionali siano conformi al diritto internazionale⁷³.

⁶⁸ CIG, 8 luglio 1996, *Legality of the Threat of the Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 241, par. 29, 8 luglio 1996. Ci sono anche altri organi internazionali che si sono espressi in materia. Un esempio è il caso *Trail Smelter Arbitration* (USA v. Canada), 3 U.N. Report of International Arbitral Awards 1905, 1941. Il caso riguarda i danni derivati dall'inquinamento transfrontaliero causato da una fonderia canadese al territorio degli USA. Il tribunale arbitrale stabilì che: «No State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein». Questo caso risulta particolarmente rilevante in quanto ha stabilito come principio fondamentale la responsabilità dello Stato di supervisione delle attività che avvengono all'interno del suo territorio al fine di evitare significativi danni all'ambiente di un altro Stato. Anche il Tribunale Internazionale per il diritto del mare (ITLOS) si è espresso in materia in un parere consultivo riguardo alla responsabilità degli Stati che sponsorizzano le attività minerarie nei fondali marini internazionali (ITLOS Advisory Opinion, 1 February 2011, Case No. 17, para. 110). Il tribunale ha affermato che: «The sponsoring State's obligation [...] is an obligation to deploy adequate means, to exercise best possible efforts, to do the utmost, to obtain this result. This is an obligation of conduct».

⁶⁹ J.A. DENNERLEY, *State Liability for Space Object Collisions: The Proper Interpretation of 'Fault' for the Purposes of International Space Law*, in *The European Journal of International Law*, 2018, XXIX, 1, pp. 281-301. Nel caso dello spazio extra-atmosferico, il Trattato sullo Spazio stabilisce un legame tra lo Stato e l'oggetto spaziale, declinando il controllo dello Stato come il controllo su un'attività. L'art. 8 del Trattato sullo Spazio individua come responsabile dell'oggetto spaziale lo Stato di lancio, o che procura il lancio, o dal cui territorio/struttura avviene il lancio.

⁷⁰ L. ERHART, M. BOUTOVITSKAI, *Transforming article VI of the Outer Space Treaty into an effective mechanism of space debris mitigation*, Proceeding 8th European Conference on Space debris, 20-23 Aprile 2021, pubblicato da ESA Space Debris Office, <https://conference.sdo.esoc.esa.int/proceedings/sdc8/paper/223/SDC8-paper223.pdf>, data ultima consultazione 2.4.2024.

⁷¹ CDI, *Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts*, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/g_6_2001.pdf, data ultima consultazione 2.4.2024.

⁷² Art. 6 del Trattato sullo Spazio. Vi sono anche altri strumenti vincolanti e non vincolanti che impongono una supervisione ed un controllo dello Stato per attività private, come l'art. 12 del Trattato sulla Luna. L'art. 7 del Trattato sulla Luna, inoltre, individua la responsabilità dello Stato per i danni creati da oggetti spaziali a lui riconducibili; AG, DOC N.U. A/RES/37/92 del 1982 (Principles Governing the Use by States of Artificial Earth Satellites for International Direct Television Broadcasting); al punto 5 dell'appendice si legge che «Every State has an equal right to conduct activities in the field of international direct television broadcasting by satellite and to authorize such activities by persons and entities under its jurisdiction». Inoltre, gli Stati devono informare il Segretario Generale dell'ONU delle attività finalizzate alla promozione di una collaborazione internazionale.

⁷³ ERHART, BOUTOVITSKAI, *Transforming article VI of the Outer Space Treaty*, cit.; S. MARCHISIO, *National Jurisdiction for Regulating Space Activities of Governmental and Non-Governmental Entities*, 2010, <https://www.unoosa.org/pdf/pres/2010/SLW2010/02-02.pdf>, data ultima consultazione 2.4.2024.

Analizzando il Trattato sullo Spazio, gli artt. III e VI impongono un obbligo di *due diligence* agli Stati per regolamentare le attività condotte dalle entità non governative garantendo che queste siano rispettose del diritto internazionale⁷⁴. Il Trattato sullo Spazio lascia liberi gli Stati di individuare il quadro giuridico nazionale più efficace. Tuttavia, se uno Stato non provvede alla creazione di un meccanismo incorre in una violazione del Trattato stesso poiché non può assicurare che le attività condotte dal suo territorio rispettino gli obblighi internazionali contrattati⁷⁵.

Analogamente agli obblighi imposti dal Trattato sullo Spazio, anche la Convenzione sull'immatricolazione di oggetti spaziali⁷⁶ impone agli Stati di istituire un registro nazionale per gli oggetti spaziali. Anche in questo caso però non specifica le procedure per l'ottenimento delle licenze nazionali. Tuttavia, un'analisi della Convenzione è importante per individuare possibili standard di *due diligence*.

La Convenzione, ad esempio, richiede agli Stati di fornire al Segretario Generale dell'ONU informazioni chiave sugli oggetti lanciati nello spazio⁷⁷. Alcune richieste riguardano il numero di matricola dell'oggetto, lo Stato di lancio, i parametri di base dell'orbita e le funzioni generali dell'oggetto⁷⁸. Essere a conoscenza di determinate caratteristiche di un oggetto spaziale rende lo spazio più sicuro in quanto permette di individuare efficacemente lo Stato responsabile in caso di danni⁷⁹.

Visto che gli standard di *due diligence* non sono univoci, le valutazioni che gli Stati devono eseguire nella regolamentazione di attività private spaziali si possono basare sul tipo di attività commerciale e sulle caratteristiche del contesto operativo⁸⁰.

Possiamo inoltre individuare alcuni standard precauzionali riconducibili al principio di *due diligence* derivati dal lavoro della CDI sulla prevenzione dei danni transfrontalieri⁸¹. Gli Articoli per la prevenzione del danno transfrontaliero derivato da attività pericolose si occupano della gestione dei rischi generati da attività pericolose e ultra-pericolose, le quali, pur non essendo vietate dal diritto internazionale, richiedono una particolare attenzione⁸². Tra queste attività rientrano le operazioni spaziali, le quali, date le intrinseche incertezze e i possibili

⁷⁴ ERHART, BOUTOVITSKAI, *Transforming article VI of the Outer Space Treaty*, cit.

⁷⁵ TANDUNGAN, NAPANG, NOOR, *Application of Due Diligence Principles*, cit., p. 2194; MARCHISIO, *National Jurisdiction for Regulating Space Activities*, cit., p. 30.

⁷⁶ Convenzione sull'immatricolazione di oggetti spaziali, adottata dall'Assemblea Generale nella sua risoluzione 3235 (XXIX), aperta alle firme il 14 gennaio 1975 ed entrata in vigore il 15 settembre 1976.

⁷⁷ Art. 4 della Convenzione sull'immatricolazione di oggetti spaziali del 1975.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ TANDUNGAN, NAPANG, NOOR, *Application of Due Diligence Principles*, cit., p. 2193.

⁸⁰ O. DE SCHUTTER, A. RAMASASTRY, M.B. TAYLOR, R.C. THOMPSON, *Human Rights Due Diligence: the Role of States*, 2012, p. 40, <http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/05/De-Schutter-et-al.-Human-Rights-Due-Diligence-The-Role-of-States.pdf>, data ultima consultazione 2.4.2024.

⁸¹ DENNERLEY, *State Liability for Space Object Collisions*, cit., p. 286.

⁸² CDI, *Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, cit.

impatti negativi in caso di collisione, richiedono un approccio cautelativo e diligente⁸³.

La CDI, nel lavoro sulla prevenzione dei danni transfrontalieri, individua un obbligo di prevenzione dello Stato che deve agire con diligenza nell'adottare tutte le misure necessarie per evitare il danno⁸⁴. Tra queste, vi sono le valutazioni circa il potenziale impatto dell'attività e la responsabilità di prevenire e mitigare i danni⁸⁵. Tali valutazioni richiedono un processo continuo di raccolta, monitoraggio e analisi delle informazioni da eseguire prima dell'implementazione dell'attività e successivamente a intervalli regolari di tempo.

Nell'ambito spaziale le valutazioni sulla prevenzione del danno si applicherebbero ai *debris*, considerati il problema più pressante connesso alle attività spaziali⁸⁶. Come analizzato nel Report del Segretario Generale «on reducing space threats through norms, rules and principles of responsible behaviours», molti Stati considerano lo *space debris* come il pericolo più significativo per l'ambiente spaziale con un impatto maggiore proprio per quegli Stati con nuovi programmi spaziali⁸⁷.

⁸³ DENNERLEY, *State Liability for Space Object Collisions*, cit., p. 287.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ DE SCHUTTER, RAMASASTRY, TAYLOR, THOMPSON, *Human Rights Due Diligence*, cit., p. 45. Nel primo caso si richiede un'analisi sui possibili impatti negativi dell'attività sia nel breve che nel lungo periodo. Una volta individuati gli impatti, entra in gioco il secondo elemento, ovvero quello della prevenzione o mitigazione del danno nel caso in cui si sia già verificato.

⁸⁶ ESA Space Debris Office, *ESA's annual space environment report*, 2022, p. 19. Ad oggi, in orbita vi sono più *debris* che satelliti funzionanti. Sono circa 30.000 i pezzi di *debris* regolarmente tracciati da *network* di sorveglianza spaziale; Statista Research Department University of Pisa, *Number of satellites in orbit by major country as of April 30, 2022*, <https://www.statista.com/statistics/264472/number-of-satellites-in-orbit-by-operating-country/>, data ultima consultazione 2.4.2024. Nel 2022 erano attivi 5.465 satelliti: gli Stati Uniti sono lo Stato con il numero maggiore di satelliti, con 3.433, seguito dalla Russia con 172, e infine la Cina con 54. Gli altri stati hanno in combinato circa 1.319 satelliti. A. SALTER, *Space Debris: a Law and Economics analysis of the Orbital Commons*, in *Stanford Technology Law Review*, 2016, p. 224, identifica l'inizio della creazione di *debris* nel 1961 con l'esplosione di un veicolo spaziale. Secondo questi studi le orbite con un rischio maggiore sono l'orbita Geostazionaria (GEO) e l'orbita terrestre bassa (LEO), che giocano un ruolo fondamentale nell'esplorazione e utilizzo dello spazio e sono quindi fondamentali per l'industria spaziale. A livello internazionale sono tre gli Stati responsabili per la maggiore creazione di *space debris*: la Cina è responsabile di circa il 42% dei *debris* creati mentre Stati Uniti e Russia rispettivamente del 27.5% e 25.5%. Un disequilibrio cinese è dovuto ad un test condotto nel 2007 che ha portato alla distruzione del satellite I-C e alla creazione di 150.000 pezzi di *debris*; B. WEEDER, *2009 Iridium-Cosmos Collision Fact Sheet*, in *Secure World Foundation*, 2010, https://swfound.org/media/6575/swf_iridium_cosmos_collision_fact_sheet_updated_2012.pdf, data ultima consultazione 4.9.2024; altra causa di *debris* è stata una collisione nel 2009 tra Cosmos 2251, un satellite inattivo dell'Unione Sovietica, e Iridium 33, allora satellite operativo degli Stati Uniti, che ha portato alla creazione di 2.000 pezzi di *debris* di circa 10 centimetri di diametro. D. KESSLER, *Collision Frequency of Artificial Satellites: The Creation of a Debris Belt*, in *Journal of Geophysical Research: Space Physics*, 1978, pp. 2637-2646. Le ripercussioni sull'ambiente spaziale delle vecchie esplorazioni stanno bloccando, in un circolo vizioso senza fine, lo sviluppo futuro dello spazio; studi scientifici identificano questo processo come la sindrome di Kessler, proprio per indicare un processo infinito di creazione di *debris* generato dalle collisioni tra oggetti spaziali che potrebbero compromettere la completa operabilità delle orbite.

⁸⁷ AG DOC N.U. A/76/77 del 3 settembre 2021, par. 10-12. Sono vari i motivi per cui l'aumento incontrollato di detriti spaziali potrebbe avere un impatto negativo maggiore a partire dalla minor esperienza nella gestione di *debris*. La mancanza di esperienza può tradursi in una carenza di

Specifiche regole potrebbero essere individuate grazie a standard tecnici contenuti in strumenti di *soft law* tra cui gli standard 24113 dell'*International Organization for Standardization (ISO)*⁸⁸ e le *Space Debris Mitigation Guidelines* dell'ONU⁸⁹. Le linee guida per la mitigazione dei detriti spaziali stabiliscono regole e procedure per limitare la generazione di detriti durante le operazioni spaziali, nonché per gestire i detriti esistenti in modo da ridurre il rischio di collisioni e di danni ai satelliti operativi. Queste linee guida includono raccomandazioni per la progettazione e la disposizione di satelliti, così come per le operazioni di manutenzione e smaltimento⁹⁰. Altri standard, come gli ISO 24113, forniscono un quadro normativo più dettagliato stabilendo le misure di base per limitare la generazione di detriti spaziali⁹¹. Nello specifico, hanno come obiettivo quello di definire i requisiti per la mitigazione di detriti spaziali applicabili a tutti gli oggetti spaziali senza equipaggio lanciati in prossimità della terra (Near-Earth Objects - NEO)⁹². Gli standard forniscono anche indicazioni su come valutare e gestire i rischi durante l'intero ciclo di vita delle missioni spaziali essendo applicabili dalla progettazione allo smaltimento dei veicoli spaziali⁹³.

In aggiunta agli standard internazionali, agenzie spaziali nazionali hanno sviluppato i propri sistemi di gestione ambientale. Ad esempio, la National Aeronautics and Space Administration (NASA) ha implementato gli Standard per la Gestione Ambientale (EMS)⁹⁴ che definiscono i requisiti e le pratiche per monitorare, valutare e ridurre gli impatti ambientali derivanti dalle sue attività

tecnologie avanzate e strategie di prevenzione, rendendo più difficile per loro evitare collisioni e mitigare i rischi legati alle esplorazioni. In aggiunta, le tecnologie spaziali utilizzate da questi Stati emergenti possono essere meno avanzate o meno robuste rispetto a quelle sviluppate da Stati con una lunga esperienza nello spazio. Questa vulnerabilità tecnologica aumenta il rischio che le loro infrastrutture spaziali siano danneggiate più facilmente dai detriti. Infine, per molti Stati con nuovi programmi spaziali, le prime missioni sono cruciali per stabilire la loro presenza e capacità nello spazio. Un incidente con detriti spaziali che comprometta una di queste missioni potrebbe rallentare significativamente lo sviluppo del loro programma spaziale, minare la fiducia e il supporto politico ed economico, e compromettere le loro prospettive future.

⁸⁸ L'ISO (v. <https://www.iso.org/about-us.html>, data ultima consultazione 2.4.2024) è un'organizzazione internazionale indipendente e non governativa alla quale aderiscono 168 enti di normazione nazionali. È stata fondata oltre settanta anni fa per promuovere gli standard per il commercio internazionale, le comunicazioni e la produzione. Lo sviluppo di uno standard avviene tipicamente all'interno di uno dei comitati e/o sottocomitati tecnici dell'ISO. Il TC20/SC14 è il comitato dell'ISO incaricato di sviluppare standard internazionali che raccolgano le migliori pratiche per i sistemi e le operazioni spaziali.

⁸⁹ AG, Space Debris Mitigation Guidelines of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, 2007, UN Doc. A/62/20.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ ISO 24113, 2023, <https://cdn.standards.iteh.ai/samples/83494/dcbo0ageoadf4e9399dae46af3aac277/ISO-24113-2023.pdf>, data ultima consultazione 3.4.2024. Sono stati creati nel 2010 e successivamente modificati; riflettono, infatti, l'avanzamento tecnologico del settore. Ad esempio, negli standard del 2019, sono stati aggiunti requisiti di alto livello relativi all'evitamento delle collisioni o alla sopravvivenza contro gli impatti dei detriti piccoli e dei meteoroidi.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *EMS/Risk Management*, in *Nasa.gov*, <https://www.nasa.gov/emd/ems-risk-management/>, data ultima consultazione 4.4.2024.

spaziali. Gli EMS sono progettati per garantire la conformità alle normative ambientali, promuovere la sostenibilità e proteggere l'ambiente durante tutte le fasi delle missioni spaziali, comprese le operazioni di lancio, il funzionamento dei veicoli spaziali e lo smaltimento dei rifiuti⁹⁵.

Dunque, nell'ambito dello spazio la *due diligence* si traduce in un insieme di standard e linee guida precauzionali affinché lo Stato si comporti in maniera prudente nel perseguimento degli obiettivi e degli interessi nazionali⁹⁶. Qualsiasi minaccia derivante da attività spaziali deve essere adeguatamente presa in considerazione al fine di prendere tutte le misure preventive e repressive necessarie⁹⁷.

4. *Conclusioni.* – In conclusione, la *due diligence* risulta particolarmente rilevante nel settore spaziale considerando non solo la libertà di esplorazione ed utilizzo riconosciuta dal Trattato sullo Spazio, ma anche la privatizzazione della maggior parte delle attività commerciali di sfruttamento dello spazio cosmico. Una limitazione della libertà nello spazio è individuabile nel principio di *due diligence*.

La *due diligence* rappresenta un concetto cruciale per garantire una regolamentazione efficace e responsabile delle attività nello spazio extra-atmosferico, e il suo adeguato rispetto sarà essenziale per garantire la sostenibilità e la sicurezza delle attività spaziali future.

L'applicazione della *due diligence* nello spazio richiederà l'adattamento di regole di comportamento già presenti in altre branche del diritto internazionale e la creazione di standard e linee guida precauzionali specifiche per il contesto spaziale, con un'enfasi sulla prevenzione dei potenziali danni derivanti dalle attività nello spazio.

Gli attuali strumenti vincolanti di diritto internazionale spaziale risultano insufficienti nell'individuazione di standard efficaci e adatti. Tuttavia, alcuni strumenti di *soft law*, come gli standard dell'ISO o le linee guida dell'ONU, vista la loro tecnicità, potrebbero essere un punto di partenza per futuri sviluppi normativi.

⁹⁵ *Ibidem*. Inoltre, tutti i contractor della NASA sono obbligati a seguire le suddette linee guida.

⁹⁶ DENNERLEY, *State Liability for Space Object Collisions*, cit., p. 288.

⁹⁷ *Ibidem*.

TRE METRI QUADRI: LO SPAZIO DELLA DIGNITÀ?

Il valore del criterio spaziale nelle decisioni riguardanti la violazione dell'art. 3
CEDU

ALBERTO CARRASSA*

Il presente lavoro intende analizzare l'importanza del criterio spaziale nella valutazione della violazione dell'art. 3 CEDU. In particolare, nella prima parte dell'elaborato si procederà ad una premessa riguardante le condizioni che hanno portato all'introduzione dell'art. 35-ter o.p., disciplinante il rimedio compensativo attivabile dal detenuto in caso di violazione dell'art. 3 CEDU. Successivamente, si verificherà come il criterio spaziale, riconosciuto nel limite minimo di 3 mq per ogni detenuto, abbia assunto valore dirimente nella valutazione riguardante la violazione dell'art. 3 CEDU, fino alla innovativa sentenza Muršić c. Croazia del 2016. Il contributo analizzerà, infine, come la giurisprudenza nazionale ha applicato i criteri provenienti da Strasburgo. Dopo un primo periodo di titubanza nell'abbracciare una valutazione pienamente multifattoriale, infatti, si assiste, con l'ordinanza n. 3831/2023 del Magistrato di Sorveglianza di Firenze, a un nuovo concreto passo in avanti.

The following paper aims to analyze the significance of the spatial standard in assessing the violation of Article 3 of the ECHR. The first part of the paper will provide a premise regarding the conditions that led to the introduction of Article 35-ter o.p., which regulates the compensatory remedy available in case of violation of Article 3 of the ECHR. Subsequently, the paper will examine how the spatial standard, recognized in the minimum limit of 3 square meters per prisoner, has become decisive in the assessment of the violation of Article 3 of the ECHR, up to the 2016 case of Muršić v. Croatia. Finally, the paper will analyze how the national courts have applied the criteria emanating from Strasbourg. After an initial period of hesitation in embracing a fully multifactorial evaluation, the new ordinance no. 3831/2023 of the Surveillance Magistrate of Florence represents a new concrete step forward.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 3. L'applicazione dei principi della Corte EDU nella giurisprudenza nazionale. – 4. Una valutazione davvero multifattoriale?

* Dottore in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974 - 5640 © 2024 A. Carrassa. 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://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

1. *Premessa.* – Nel gennaio del 2013 lo Stato italiano è stato condannato da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella nota sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*¹, per violazione dell'art. 3² della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (da qui in avanti, CEDU o Convenzione). Nel fare questo, la Corte EDU ha utilizzato la procedura della c.d. sentenza pilota³, avendo rinvenuto nell'ordinamento italiano un problema di tipo sistemico e strutturale riguardante, principalmente, l'altissimo tasso di sovraffollamento carcerario⁴ caratterizzante il panorama penitenziario italiano. Con tale procedura, la Corte di Strasburgo ha attribuito allo Stato italiano un periodo di tempo entro il quale adeguarsi alle statuizioni della Corte.

Le indicazioni della Corte EDU, tra le altre cose, imponevano all'Italia di introdurre nell'ordinamento dei rimedi⁵, pienamente accessibili, efficaci e giurisdizionali, di tipo preventivo e compensativo per la tutela dei diritti dei detenuti. Lo Stato italiano ha risposto attraverso l'introduzione di due strumenti: il c.d. reclamo giurisdizionale, *ex art. 35-bis o.p.*⁶, e il c.d. rimedio compensativo, *ex art. 35-ter o.p.*

In particolare, quest'ultimo istituto, introdotto con d.l. 92/2014⁷, ripartisce tra il Magistrato di Sorveglianza e il giudice civile il potere di risarcire il detenuto quando il pregiudizio subito consista in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 CEDU.

Tralasciando le questioni meramente procedurali⁸, è di centrale importanza sottolineare come il rimedio introdotto dall'art. 35-ter o.p. trovi

¹ *Torreggiani e altri c. Italia*, nos. 43517/09 e 6 altri, 8 Gennaio 2013.

² Art. 3 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

³ Per un approfondimento sul tema della sentenza pilota, v. F.M. PALOMBINO, *La «procedura di sentenza-pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, I, pp. 91-110.

⁴ *Torreggiani e altri c. Italia*, cit. § 29: «alla data del 13 aprile 2012, le carceri italiane accoglievano 66.585 detenuti, ossia un tasso di sovraffollamento del 148%».

⁵ Prima dell'intervento della Corte, gli strumenti attivabili, in caso di asserita violazione dei diritti, erano principalmente due: a) il reclamo c.d. generico, *ex art. 35 o.p.*, che si risolveva in un procedimento non giurisdizionale e con una mera sollecitazione all'amministrazione penitenziaria; b) il reclamo *ex art. 14-ter o.p.*, tendenzialmente giurisdizionale, ma attivabile unicamente nelle materie di sorveglianza particolare, lavoro e provvedimenti disciplinari.

⁶ Legge 26 luglio 1975, n. 354, «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà».

⁷ Decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile», in G.U. Serie Generale n. 147 del 27/06/2014, convertito con modificazioni dalla L. 14 agosto 2014, n. 117, in G.U. Serie Generale n. 192 del 20/08/2014.

⁸ Si veda, *ex multis*, G. GIOSTRA, M. RUARO, sub *art. 35-ter ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Milano, 2019, pp. 483-513; A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 ottobre 2014, consultabile al link <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/3343-il-risarcimento-per-i-detenuti-vittime-di-sovrappollamento-prima-lettura-del-nuovo-rimedio-introdotto>, data ultima consultazione 21.6.2024.

applicazione, come indicato dal comma 1, quando il pregiudizio consiste «in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione [...], come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo». Ebbene, la formula adoperata dal legislatore è «assolutamente peculiare»⁹, in quanto fa esplicito riferimento alla giurisprudenza della Corte europea, dando «espreso riconoscimento al principio secondo cui il nostro ordinamento deve ritenersi vincolato dalle norme convenzionali, nell'interpretazione che di queste abbia fornito la Corte europea dei diritti dell'uomo»¹⁰.

Tale rinvio ha determinato non pochi dubbi interpretativi, soprattutto in considerazione del fatto che la giurisprudenza della Corte ha caratteristiche precipuamente casistiche. Richiedere al giudice una «interpretazione della interpretazione»¹¹ inevitabilmente ha provocato difficoltà sia per la necessità di calare i principi indicati dalla Corte in situazioni diverse¹², sia per le possibili evoluzioni interpretative¹³. La scelta del legislatore di agganciare l'ambito di operatività del rimedio ad un parametro che appare «mobile e mutevole»¹⁴ ha lasciato perplessa parte della dottrina, che ha ritenuto che lo stesso legislatore fosse «chiaramente caduto in errore»¹⁵: si riteneva infatti che tale scelta si ponesse in contrasto con le esigenze di certezza che la norma di legge deve assicurare¹⁶. Tali dubbi della dottrina si sono rivelati corretti, in considerazione delle modificazioni che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha subito nel corso del tempo, influenzando le statuizioni dei giudici italiani, in particolare della Corte di Cassazione.

2. *La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.* – Fin dalla sentenza *Kudla c. Polonia*¹⁷ del 2000, la Corte di Strasburgo ha chiarito che l'art. 3 CEDU, nel momento in cui statuisce che «nessuno può essere sottoposto a pene o trattamenti inumani o degradanti», impone agli Stati firmatari l'obbligo di assicurare che la persona sia detenuta in condizioni compatibili con il rispetto

⁹ F. GIANFILIPPI, *La fase decisionale*, in *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, a cura di F. Fiorentin, Torino, 2019, p. 483.

¹⁰ DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, cit., § 10.

¹¹ GIOSTRA, RUARO, sub art. 35-ter ord. penit., cit., p. 490.

¹² Si pensi, ad esempio, all'applicazione delle decisioni della Corte EDU in ordinamenti nazionali differenti da quello preso in considerazione nel caso concreto.

¹³ GIANFILIPPI, *La fase decisionale*, cit., p. 484.

¹⁴ GIOSTRA, RUARO, sub art. 35-ter ord. penit., cit., p. 490; S. ROMICE, *Brevi note a margine dell'introduzione dei rimedi risarcitori a favore dei detenuti e degli internati*, in www.federalismi.it, 24 ottobre 2014, pp. 6 e ss., consultabile al link https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=27708&content=Brevi%2Bnote%2Ba%2Bmargine%2Bdell'introduzione%2Bdei%2Brimedi%2Brisarcitori%2Bin%2Bfavore%2Bdei%2Bdetenuti%2Be%2Bdegli%2Binternati&content_author=Sergio%2BRomice, data ultima consultazione 21.6.2024.

¹⁵ A. CIAVOLA, *Ambito di operatività e natura dei rimedi compensativi per le violazioni dell'Art. 3 C.E.D.U.*, in *La tutela preventiva e compensativa*, a cura di F. Fiorentin, Torino, 2019, p. 414.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Kudla c. Polonia*, no. 30210/96, 26 Ottobre 2000.

della dignità umana. In tale pronuncia, i giudici alsaziani inaugurano il concetto di “soglia minima di gravità”, secondo il quale

«[...] the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention [...]»¹⁸.

Il principio per cui il mero fatto che le autorità competenti non avessero preso alcuna iniziativa per migliorare in maniera oggettiva le condizioni di detenzione del ricorrente, indicato dalla Corte EDU nella successiva sentenza *Peers c. Grecia*¹⁹, è stato in seguito ampliato con la pronuncia *Kalashnikov c. Russia*, laddove la Corte ha affermato che il sovraffollamento carcerario, con riferimento agli standard del CPT²⁰, può essere idoneo, di per sé, ad integrare gli estremi del trattamento inumano o degradante²¹.

Tuttavia, la questione riguardante il criterio spaziale è divenuta centrale solo a seguito della nota sentenza *Sulejmanovic c. Italia* del 2009²². Il caso originava dal ricorso presentato da un soggetto detenuto, il quale affermava di essere stato ristretto, nel carcere di Rebibbia, tra il 2002 ed il 2003, in una cella della superficie di 16,20 metri quadri, insieme ad altri detenuti, disponendo di una superficie media di 2,70 metri quadri. Inoltre, il ricorrente lamentava di rimanere chiuso in cella per ben diciotto ore e trenta minuti al giorno²³, in contrasto con le indicazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti²⁴.

La Corte, dopo aver ribadito che le modalità di esecuzione della detenzione non possono sottoporre l'interessato ad «un disagio o ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione»²⁵, indicava come la mancanza di spazio personale potesse integrare, di per sé, la violazione dell'art. 3 CEDU, sottolineando come, in quei casi, generalmente i detenuti disponessero di meno di 3 mq per persona²⁶. La Corte, inoltre, affermava come anche nel caso di spazio superiore ai 3 mq, ma inferiore ai 4 mq, era possibile giungere ad una violazione dell'art. 3, prendendo in considerazione altri aspetti delle condizioni detentive, come «la possibilità di utilizzare privatamente i servizi

¹⁸ Ivi, § 94.

¹⁹ *Peers c. Grecia*, no. 28524/95, § 75, 19 aprile 2001. Per la Corte, la violazione della Convenzione viene integrata a prescindere dalla intenzionalità di umiliare il detenuto da parte dell'amministrazione penitenziaria.

²⁰ Comitato istituito dalla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, adottata a Strasburgo il 16 novembre 1987 e ratificata con Legge 2 gennaio 1989, n. 7, in G.U. n. 12 del 16 gennaio 1989, Suppl. Ordinario n. 2.

²¹ *Kalashnikov c. Russia*, no. 47097/99, 15 luglio 2002.

²² *Sulejmanovic c. Italia*, no. 22635/03, 16 luglio 2009.

²³ Ivi, § 12.

²⁴ Ivi, § 25.

²⁵ Ivi, § 39.

²⁶ Ivi, § 41.

igienici, l'areazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base»²⁷.

La Corte, spingendosi molto in avanti, introduceva qui un nuovo principio, partendo dall'analisi della propria giurisprudenza, stabilendo a chiare lettere che «uno spazio inferiore a 3 mq deve considerarsi, di per sé, talmente esiguo da costituire un'oggettiva violazione dei diritti umani»²⁸.

Ebbene, questo orientamento, mantenuto dalla Corte anche nella sentenza *Torreggiani*, non si è consolidato nel tempo, lasciando il passo ad un'altra interpretazione, adottata dai giudici alsaziani a partire dalla pronuncia *Ananyev c. Russia*²⁹. In tale arresto, la Corte di Strasburgo ha ritenuto la disponibilità di uno spazio personale inferiore ai 3 mq non più come elemento, di per sé, sufficiente a fondare una violazione dell'art. 3 CEDU, ma come una delle condizioni che devono essere valutate a tal merito. In particolare, la Corte in tale occasione ha elaborato quello che è stato poi definito il c.d. *Ananyev test*, stabilendo che, nel decidere se vi sia stata o meno una violazione dell'art. 3 con riferimento allo spazio personale, la Corte doveva tenere in considerazione tre elementi: *a)* ogni detenuto deve avere a disposizione un letto individuale; *b)* ogni detenuto deve avere a disposizione almeno tre metri quadri di superficie calpestabile; *c)* la superficie totale della cella deve permettere ai detenuti di muoversi liberamente tra i mobili presenti nella stessa.

L'assenza di anche solo uno di questi elementi avrebbe provocato, di per sé, una forte presunzione di violazione dell'Art. 3 della Convenzione.

L'evoluzione interpretativa introdotta nel caso *Ananyev c. Russia* è stata confermata nella decisiva pronuncia della *Grande Chambre* nel caso *Muršić c. Croazia*³⁰ del 2016. Nella sentenza, la Corte sottolinea come nel valutare le condizioni di detenzione sia necessario tenere conto degli «effetti cumulativi» delle condizioni e della «durata del periodo in cui una persona è detenuta in particolari condizioni»³¹. I giudici di Strasburgo ammettono di aver seguito, con riferimento al valore da attribuire al criterio spaziale, orientamenti non uniformi, riconoscendo la necessità di «armonizzare le divergenze». Nel fare questo, la Corte afferma che si fonderà sui principi generali della propria giurisprudenza sull'art. 3 CEDU, in particolare con riguardo al principio secondo il quale la valutazione del livello minimo di gravità è «essenzialmente relativa», dipendendo da «tutti i dati della causa».

Proprio alla luce di questo principio, che postula una valutazione complessiva delle condizioni detentive, il giudizio riguardante la violazione dell'articolo 3 non può «ridursi a un calcolo del numero di metri quadri assegnati al detenuto».

²⁷ Ivi, § 42.

²⁸ M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti inumani o degradanti (La CEDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti)*, in *Questione giustizia*, 2009, 5, p. 113.

²⁹ *Ananyev e altri c. Russia*, nos. 43525/07 e 60800/08, 10 gennaio 2012.

³⁰ *Muršić c. Croazia* [GC], no. 7334/13, 20 ottobre 2016; traduzione dell'Associazione "L'Altro Diritto Onlus".

³¹ Ivi, §§ 101-102.

Tuttavia, il fattore spaziale mantiene una particolare importanza, conseguentemente la Corte ritiene che «il fatto che lo spazio personale di cui dispone un detenuto sia inferiore a 3 mq [...] faccia nascere una forte presunzione di violazione dell'articolo 3».

La presunzione viene ritenuta superabile dal Governo convenuto, che è chiamato a dimostrare «in modo convincente la presenza di fattori idonei a compensare in maniera adeguata la mancanza di spazio personale»³².

Proprio su questi fattori si concentra successivamente la Corte, che, dopo un'analisi della propria giurisprudenza al riguardo, stabilisce tre condizioni che devono essere rispettate, cumulativamente, per compensare la mancanza di spazio personale: *a)* le riduzioni dello spazio personale in rapporto al minimo obbligatorio di 3 mq sono brevi, occasionali e minori; *b)* si accompagnano a una libertà di movimento sufficiente fuori della cella e ad attività fuori cella adeguate; *c)* il ricorrente è recluso in un istituto che offre, in linea generale, delle condizioni di detenzione dignitose e non è sottoposto ad altri elementi ritenuti circostanze aggravanti delle cattive condizioni di detenzione³³.

Infine, la Corte “risolve” anche la questione riguardante i casi di detenuti con a disposizione uno spazio tra i 3 e i 4 mq. In queste situazioni, per integrare una violazione dell'art. 3, la mancanza di spazio deve essere accompagnata ad «altre cattive condizioni materiali di detenzione», in particolare la «mancanza di accesso al cortile o all'aria e alla luce naturale, la cattiva aerazione, una temperatura insufficiente o troppo elevata nei locali, un'assenza di riservatezza nelle *toilette* o delle cattive condizioni sanitarie e igieniche».

Tali elementi restano rilevanti anche nell'ipotesi in cui il detenuto stesso abbia avuto a disposizione uno spazio superiore ai 4 mq³⁴.

È ben comprensibile l'impatto che tale pronuncia ha avuto sull'applicazione dell'art. 35-ter o.p. In dottrina, fin da subito, non si è potuto fare a meno di sottolineare come, a seguito della sentenza *Muršić*, sia venuto meno un parametro «certo ed oggettivo con cui misurare la violazione dell'art. 3 CEDU»³⁵. Tale condizione, per quanto tendenzialmente condivisibile facendo venire meno quella tanto criticata «giurisprudenza catastale»³⁶, provocava incertezza in quanto, essendo in presenza di una «ponderazione di fattori», vi sarebbe stato il rischio di decisioni «assai difformi» e il «formarsi di prassi interpretative locali marcatamente

³² Ivi, §§ 122-126.

³³ Ivi, §§ 129-138.

³⁴ Ivi, §§ 139-140.

³⁵ F. FIORENTIN, *Il vaso di Pandora scoperto: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento “multifattoriale” e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia*, in *Archivio penale*, 2015, p. 5.

³⁶ S. CIUFFOLETTI, *Il giudice di civil law davanti alla fonte giurisprudenziale. Considerazioni inattuali sull'effettività del rimedio di cui all'art. 35 ter ord. penit. alla luce di due recenti ordinanze del Magistrato di Sorveglianza di Pisa*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 12, p. 12. L'espressione è di Rosaria Piroso, utilizzata nella *Third Party Intervention* de L'Altro Diritto Onlus in *Muršić c. Croazia*, accessibile su <https://www.adir.unifi.it/odv/sportello/tpi/>, data ultima consultazione 21.6.2024.

divergenti»³⁷.

In definitiva, il rischio era quello di una «diminuzione in concreto del livello di tutela accordato a molte situazioni penitenziarie *borderline*» e di «gravi disparità di trattamento pur a fronte di situazioni assimilabili sotto il profilo del degrado e del sovraffollamento», a causa dell'ampia discrezionalità lasciata in capo ai giudici in merito alla valutazione di una molteplicità di elementi³⁸.

3. *L'applicazione dei principi della Corte EDU nella giurisprudenza nazionale.*

– I principi enunciati dalla Corte di Strasburgo sono stati, almeno in parte, accolti dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla nota sentenza della Corte di Cassazione c.d. *Sciuto*, n. 52819 del 2016³⁹.

Il ragionamento della Suprema Corte muove dalla consapevolezza che, considerata la formulazione dell'art. 35-ter o.p., la giurisprudenza di Strasburgo costituisce vero e proprio dato integrativo del precetto⁴⁰. Conseguentemente, la Corte si assesta su quello che ritiene essere l'orientamento prevalente della Corte EDU a seguito del caso *Muršić*, ossia che uno spazio personale inferiore ai 3 mq non comporta, di per sé, una violazione dell'art. 3 della Convenzione, ma una forte presunzione di trattamento inumano o degradante, eventualmente compensabile dalla brevità della permanenza in tale ambiente o dall'esistenza di una «complessiva concorrenza di aspetti positivi del trattamento individuale»⁴¹. L'impostazione adottata dalla Suprema Corte è stata, da ultimo, confermata dalle

³⁷ FIORENTIN, *Il vaso di Pandora scoperciato*, cit., p. 8.

³⁸ Ivi, pp. 9-10.

³⁹ Cass. pen., Sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, in *De Jure*. La Corte aveva assunto la decisione prima della pronuncia della *Grande Chambre* nel caso *Muršić*, ma le motivazioni sono state rese note solo nel dicembre successivo; conseguentemente la Cassazione ha tenuto conto dell'arresto della Corte EDU nelle stesse. L'importanza di tale pronuncia, per la verità, è data principalmente dall'opinione espressa dalla Suprema Corte con riferimento ai criteri di calcolo dello spazio detentivo e, in particolare, riguardo l'annosa questione riguardante il calcolo dell'ingombro rappresentato, all'interno della cella, dal letto a castello. Si esclude la trattazione della questione dal presente elaborato per motivi sistematici. Per un approfondimento, *ex multis*, v. GIANFILIPPI, *La fase decisionale*, cit.; CIUFFOLETTI, *Il giudice di civil law davanti alla fonte giurisprudenziale*, cit.; M. MARIOTTI, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3, pp. 210 e ss.

⁴⁰ GIANFILIPPI, *La fase decisionale*, cit, p. 494.

⁴¹ Cass. pen., Sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, cit., § 3.2. A tal proposito, parte della dottrina fa notare come, a seguito dei parametri enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015, la Cassazione avrebbe ben potuto ritenere prevalente il precedente orientamento che riteneva che uno spazio inferiore ai 3 mq rappresentasse, di per sé, una violazione dell'art. 3. A sostegno di questa ipotesi, oltre al gran numero di pronunce conformi della Corte EDU, tra cui la sentenza-pilota *Torreggiani*, vi sarebbe anche l'elevato numero di opinioni dissenzianti in calce alla sentenza *Muršić c. Croazia*. L'adeguarsi ai principi enunciati nella sentenza *Muršić* sarebbe, quindi, una vera e propria scelta della Corte, in quanto «soluzione non assolutamente obbligata». In questo senso, v. GIANFILIPPI, *La fase decisionale*, cit, pp. 494-495.

Sezioni Unite, con sentenza n. 6551 del 2020⁴². In particolare, in quest'ultima pronuncia la Corte si è soffermata sull'impatto dei c.d. fattori compensativi.

Nel dettaglio, la Corte ripercorre le indicazioni già fornite dalla giurisprudenza convenzionale nel caso *Muršić*. Particolare valore viene attribuito al fattore riguardante la sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella con lo svolgimento di adeguate attività. Fin da subito, infatti, la giurisprudenza nazionale non si è limitata a ritenere dirimente la possibilità di trascorrere ore all'aria aperta, ma richiedeva che l'interessato avesse avuto la possibilità di svolgere attività trattamentali all'esterno⁴³. A tal riguardo, per la verità, le Sezioni Unite hanno ribadito quanto già ampiamente inteso dalla giurisprudenza di merito, soprattutto con riferimento alla distinzione tra detenuti sottoposti al regime c.d. chiuso e al regime "semiaperto". In particolare, ai primi, per evitare una violazione dell'art. 3 CEDU, va assicurato uno spazio minimo di tre metri quadri⁴⁴, calcolato con i criteri indicati dalle stesse Sezioni Unite nella medesima pronuncia. Con riferimento ai secondi, invece, si ritiene che, in caso di spazio inferiore ai 3 mq, per escludere la violazione è necessario che ricorrano i fattori compensativi appena analizzati⁴⁵. In ogni caso, sarà, come indicato da Strasburgo, onere dell'Amministrazione penitenziaria dimostrare la sussistenza dei fattori compensativi⁴⁶.

Infine, per lo spazio detentivo compreso tra i 3 e i 4 mq, o anche per i casi di spazio superiore ai 4 mq, la Corte EDU, come visto, richiede comunque, al fine di escludere una violazione dell'art. 3 della Convenzione, che non ricorrano altri fattori negativi riguardanti le condizioni detentive, come, a titolo esemplificativo, una mancanza di accesso ai cortili di passeggio, la non adeguata presenza di aria e luce naturale, la cattiva areazione o il non adeguato riscaldamento della cella, le scarse condizioni igieniche e sanitarie, la mancanza di riservatezza nell'utilizzo dei servizi igienici. A queste indicazioni si rifanno anche le Sezioni Unite, che affermano il seguente principio di diritto:

«i fattori compensativi costituiti dalla breve durata della detenzione, dalle dignitose condizioni carcerarie, dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, se ricorrono congiuntamente, possono permettere di superare la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno

⁴² Cass., S. U., 24 settembre 2020, n. 6551. Per un commento, v. C. CATANEO, *Le Sezioni Unite si pronunciano sui criteri di calcolo dello 'spazio minimo disponibile' per ciascun detenuto e sul ruolo dei fattori compensativi nell'escludere la violazione dell'art. 3 CEDU*, in www.sistemapenale.it, 23 marzo 2021, accessibile su <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cataneo-nota-sezioni-unite-6551-2021-criteri-calcolo-spazio-mini-mo-disponibile-detenuto>, data ultima consultazione 21.6.2024.

⁴³ In tal senso, v. Cass. pen., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 23713; Tribunale di Sorveglianza di Perugia, ord. 15 giugno 2017, *inedita*.

⁴⁴ Trattandosi, quindi, di una presunzione assoluta, sulla scia dell'orientamento espresso dalla Corte EDU nel caso *Sulejmanovic c. Italia*.

⁴⁵ Cass., S. U., 24 settembre 2020, n. 6551, cit., § 19.

⁴⁶ Ivi, § 20.

spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati; nel caso di disponibilità di uno spazio individuale fra i tre e i quattro metri quadrati, i predetti fattori compensativi, unitamente ad altri di carattere negativo, concorrono alla valutazione unitaria delle condizioni di detenzione richiesta in relazione all'istanza presentata ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen.»⁴⁷.

Insomma, in applicazione di quanto affermato dalla Corte EDU nel caso *Muršić*, alla Magistratura di Sorveglianza viene richiesto non più di applicare una giurisprudenza c.d. catastale, basata sul mero calcolo metrico dello spazio a disposizione dei detenuti, ma di approntare una valutazione multifattoriale, analizzando, concretamente, le specifiche condizioni complessive di detenzione a cui il soggetto è stato sottoposto.

Tuttavia, dall'analisi della giurisprudenza di merito, emerge come, nella prassi, la Magistratura di Sorveglianza abbia continuato ad applicare decisioni standardizzate e basate sul mero calcolo dello spazio minimo detentivo disponibile. Un esempio in tal senso proviene dall'analisi delle ordinanze emesse dalla Magistratura di Sorveglianza di Firenze tra il 2019 ed il 2021. Dai dati emerge come, seppur formalmente i giudici fiorentini abbiano accolto le indicazioni provenienti da Strasburgo e dalla Corte di Cassazione, nella prassi, soprattutto con riferimento alle ipotesi di spazio compreso tra i 3 e i 4 mq, concretamente non vi sia stato un effettivo allontanamento da una tendenza "catastale" di risoluzione dei reclami⁴⁸. Infatti, in tutti i casi in cui si è presentata tale circostanza, il reclamo è andato incontro a rigetto, anche in caso di spazio disponibile minimamente superiore ai 3 mq, spesso senza una vera considerazione delle altre condizioni di detenzione a cui il reclamante era sottoposto⁴⁹.

4. *Una valutazione davvero multifattoriale?* – La situazione sopra accennata è rimasta immutata fino a recentissimi sviluppi. Il riferimento è alla innovativa ordinanza n. 3831/2023 emessa dal Magistrato di Sorveglianza di Firenze, che rappresenta un cambio di prospettiva radicale.

Il caso origina dal reclamo *ex art. 35-ter* o.p. presentato da un soggetto detenuto presso la Casa Circondariale di Firenze Sollicciano. Il soggetto lamentava di aver subito un trattamento inumano o degradante, a causa di uno spazio personale minimo compreso tra i 3 e i 4 mq, accompagnato dalla presenza di condizioni detentive ritenute gravemente inappropriate, durante l'intero periodo di permanenza nell'istituto, pari ad oltre otto anni.

A tale istanza, il Magistrato di Sorveglianza risponde con una lunga ed approfondita ordinanza. Innanzitutto, è da accogliere con estremo favore la scelta istruttoria che il giudice compie: non si limita ad accettare passivamente le indicazioni fornite dall'amministrazione penitenziaria circa le dimensioni della

⁴⁷ Cass., S. U., 24 settembre 2020, n. 6551, cit., § 22.

⁴⁸ I dati a cui si fa cenno sono stati estrapolati, a seguito di un periodo di ricerca presso il Tribunale di Sorveglianza di Firenze, dal Sistema Integrato di Esecuzione Sorveglianza (S.I.E.S.).

⁴⁹ *Ex multis*, Magistrato di Sorveglianza di Firenze, ord. 18 aprile 2019, *inedita*.

cella e le generali condizioni dell'istituto, come spesso avvenuto in passato, ma procede, correttamente, a vagliare le risultanze di un sopralluogo effettuato dalla U.F.C. Igiene Pubblica e Nutrizione Firenze I e, soprattutto, a svolgere una visita nell'istituto. Dal sopralluogo emerge nettamente come le condizioni dell'istituto siano estremamente gravi, con profondissimi problemi igienico-sanitari⁵⁰.

La vera novità, tuttavia, è rappresentata dal valore che il giudice attribuisce al criterio spaziale. Infatti, gran parte della motivazione è votata all'analisi delle condizioni generali della struttura, analizzando tutti i fattori che possono provocare una detenzione inumana o degradante. Solo a seguito di tale approfondita analisi, il Magistrato di Sorveglianza chiarisce come lo spazio detentivo a disposizione di ciascun detenuto costituisca «un indice particolarmente pregnante del carattere degradante e inumano della detenzione», ma ribadisce anche come la violazione dell'art. 3 CEDU non può «essere ridotta ad un mero calcolo numerico», ma che invece deve «essere accertata sulla base di una valutazione onnicomprensiva che tenga conto delle concrete condizioni detentive sperimentate dall'istante». Teoricamente, quindi, nulla che non sia stato già affermato in precedenza. Tuttavia, questa volta il principio viene, effettivamente, applicato, non restando più lettera morta. Infatti, il giudice dapprima ricorda quanto affermato di recente dalla Corte di Cassazione, ossia che il mero fatto che la cella abbia dimensioni superiori ai 3 mq non esclude, di per sé, la violazione dell'art. 3 CEDU, «dovendosi altresì tener conto delle ulteriori condizioni detentive»⁵¹ e, successivamente, afferma come «anche il superamento dei 4 mq non esclude di per sé che si sia concretizzato un trattamento inumano e degradante quando siamo in presenza di fenomeni di carattere sanitario [...], ovvero in presenza di carenze strutturali [...]». Ed è proprio questa la condizione in cui si è ritrovato il reclamante, che aveva quasi sempre avuto uno spazio detentivo superiore ai 4 mq⁵².

Dando seguito a quanto descritto, il Magistrato di Sorveglianza ritiene che vi sia una forte presunzione di trattamento inumano e degradante basata non sul mero parametro spaziale, che è stato sostanzialmente rispettato, ma sulle generali condizioni dell'intera struttura penitenziaria, che risulta in condizioni critiche, data la scarsa condizione igienica e la «drammatica situazione strutturale», nonostante i vari interventi di ristrutturazione e disinfestazione susseguitisi nel tempo.

A questo punto, il Magistrato di Sorveglianza conclude la sua approfondita motivazione, ritenendo che nell'intero periodo di detenzione del soggetto nella Casa Circondariale di Firenze Sollicciano, lo stesso «sia stato sottoposto ad una

⁵⁰ Si riporta, in particolare, la costante presenza di muffa, infiltrazioni di acqua e presenza di cimici. In generale, la struttura presenta un grande numero di celle inagibili e gravi danni materiali alle pareti, al soffitto e alle docce.

⁵¹ Cass. pen., Sez. I, 27 gennaio 2021, n. 16116.

⁵² Salvo che in alcuni limitati periodi di spazio compreso tra i 3 e i 4 mq. In ogni caso, lo spazio detentivo non è mai sceso sotto il limite dei 3 mq.

prova d'intensità che eccede l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione», a causa sia della mancanza di spazio, nei periodi in cui ha avuto a disposizione solo 3,03 mq pro-capite, sia a causa degli «ulteriori elementi negativi sopra evidenziati». La presenza di tali elementi di criticità «ha senza dubbio contribuito ad intensificare la sofferenza inevitabilmente legata alla condizione detentiva, rendendola tale da superare la soglia del trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 CEDU».

In definitiva, il Magistrato ritiene sussistente la violazione per l'intero periodo detentivo nell'istituto di Firenze Sollicciano, pari a 3129 giorni totali, concedendo una riduzione di pena pari a 312 giorni, oltre alla somma di euro 72 a titolo di ristoro pecuniario.

Finalmente si applica una valutazione davvero multifattoriale, abbandonando, anche radicalmente, il criterio spaziale: non può e non deve essere un mero calcolo matematico, basato sull'astrattezza, a stabilire se un soggetto sia stato sottoposto ad un trattamento inumano o degradante durante la propria detenzione. Non va valutata soltanto la situazione di sovraffollamento, che pure resta gravissima e addirittura in peggioramento⁵³, ma è fondamentale tenere in considerazione le complessive condizioni detentive, a partire dalle strutture, troppo spesso fatiscenti, e dalle possibilità trattamentali offerte ai detenuti, con particolare riferimento alle attività lavorative e culturali. L'ordinanza qui analizzata, in definitiva, è da accogliere con estremo favore e si auspica che tale pronuncia non resti un caso isolato, ma che venga abbracciata dall'intera Magistratura di Sorveglianza italiana, per garantire il pieno rispetto non solo dell'art. 3 CEDU, ma soprattutto del fondamentale art. 27 Cost., in considerazione del fatto che non vi può essere rieducazione laddove vi siano trattamenti che violano la dignità dei soggetti sottoposti ad esecuzione penale.

⁵³ Al 31 gennaio 2024, nelle carceri italiane erano presenti 60.637 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare pari a 51.347 posti. Per un raffronto, al 31 gennaio 2016 risultavano presenti 52.475 detenuti. I dati sono consultabili presso https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST459008, data ultima consultazione 21.6.2024.

REMS, UN FUTURO INCERTO

IRENE CECCATONI*

L'articolo si propone di fornire un quadro generale del sistema attuale delle REMS nel territorio italiano, al fine di metterne in luce le criticità e le evidenti storture applicative. Partendo dalle recenti sentenze del 2022 della CEDU e della Corte Costituzionale, si delineano i principali moniti al legislatore per un'imminente riforma. Vengono ripercorsi poi, in maniera sintetica, i caratteri salienti della legge 30 maggio 2014 n. 81 con cui vengono istituite le REMS. A partire da una riflessione intorno al binomio di cura e custodia ci si sofferma, infine, sulla tensione tra le esigenze di cura dell'infermo di mente e le istanze di contenimento sociale.

The article aims to provide an overview of the current REMS system in the Italian territory, in order to highlight its criticalities and obvious application distortions. Starting with the recent 2022 rulings of the CEDU and the Constitutional Court, the main warnings to the legislature for imminent reform are outlined. The salient features of Law No. 81 of May 30, 2014, by which REMS are established, are then briefly reviewed. Beginning with a reflection around the binomial of care and custody, we finally dwell on the tension between the demands of care for the mentally ill and the instances of social containment.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 1.1. La giurisprudenza recente. - 2. La legge 30 maggio 2014 n. 81. - 3. Binomio cura e custodia. - 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – Il presente contributo si propone di aprire una riflessione intorno alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, in acronimo REMS. Le residenze in oggetto costituiscono le strutture sanitarie detentive adibite all'accoglienza di autori di reato ritenuti infermi o seminfermi di mente. A dieci anni dalla L. n. 81/2014, che le ha istituite, le criticità sull'effettiva attuazione delle stesse sono ancora molte, così come emerso anche recentemente dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 22 del 2022 e da quella della Corte Europea

* Dottoressa in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

dei Diritti dell'Uomo del 24 gennaio dello stesso anno¹.

1.1 *La giurisprudenza recente.* - Le due sentenze citate forniscono un quadro esaustivo delle problematiche attuali del sistema delle REMS nel territorio italiano, fornendo al legislatore le linee evolutive da seguire per un'imminente riforma. La sentenza della Corte costituzionale n. 22 del 2022 prende le mosse dall'ordinanza dell'11 maggio 2020, portata avanti dal GIP presso il tribunale di Tivoli. Il GIP aveva sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 c.p. e dell'art. 3-ter del D.L. n. 211/2011 (come modificato in sede di conversione in L. n. 9/2012 e con la successiva L. n. 81/2014) in relazione agli artt. 27 e 110 Cost., nella parte in cui sanciscono la competenza esclusiva delle Regioni in materia di misura di sicurezza detentiva del ricovero presso le REMS sottraendola al Ministro della Giustizia, e in relazione agli artt. 2, 3, 25 e 32 Cost., nella parte in cui consentono con atti amministrativi l'adozione di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza². La questione in esame trae origine dalla vicenda giudiziaria riguardante una persona indagata per reati di violenza e minaccia, affetta da grave disturbo di psicosi, riconosciuta socialmente pericolosa, nei confronti della quale veniva applicata in via provvisoria la misura di sicurezza detentiva del ricovero in REMS. Misura che di fatto non è mai stata eseguita per la mancanza di posti letto nelle strutture presenti sul territorio regionale, problema largamente diffuso, che crea una generalizzata inefficienza nella gestione delle misure di sicurezza detentive nei confronti dei soggetti psichiatrici. Il GIP, per sostenere le sue posizioni, nell'ordinanza portava a riferimento la risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura del 19 settembre 2017, nella quale si denunciava la carenza di posti letto in tutte le REMS delle Regioni nel territorio nazionale, anche a causa del mancato coordinamento da parte del Ministero della Giustizia, che non permette di trasferire da una Regione all'altra gli internati³. Il 27 gennaio 2022 è arrivata la risposta della Corte costituzionale, che ha depositato la sentenza n. 22/2022, con cui ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate. L'inammissibilità si è basata sulla necessità di non determinare

«l'integrale caducazione del sistema delle REMS, che costituisce il risultato di un faticoso ma ineludibile processo di superamento dei vecchi OPG; e produrrebbe non solo un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti ma anche un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal rimettente, che mira invece a rendere più efficiente il sistema esistente, mediante il

¹ G. MELANI e K. PONETI, *Le Rems, sotto esame di Cedu e Corte Costituzionale*, Ristretti orizzonti, <https://ristretti.org/le-rem-sotto-esame-di-cedu-e-corte-costituzionale>, data ultima consultazione 21.06.2024.

² A. CALCATERRA, *Misura di sicurezza con ricovero in REMS: il ritorno al passato no!*, in *Diritto penale e uomo*, 2020, 6, p. 43 e Corte Costituzionale, 30 giugno 2021, n. 131.

³ CALCATERRA, *Misura di sicurezza con ricovero in REMS: il ritorno al passato no!*, cit., pp. 44-45.

superamento delle difficoltà che impediscono la tempestiva collocazione degli interessati in una struttura idonea»⁴.

I giudici della Corte, nel testo della sentenza, hanno evidenziato come le osservazioni sollevate dal giudice *a quo* siano corrette e evidenzino come l'attuale sistema non tuteli in modo efficace né i diritti fondamentali delle persone potenziali vittime di aggressioni, né colui che sia affetto da patologie psichiche, il quale potrebbe nuovamente porre in essere episodi di violenza e non vedrebbe tutelato il proprio diritto alla salute, non ricevendo i necessari trattamenti che siano d'aiuto per superare la patologia di cui è affetto. La Consulta, nonostante dichiarò l'inammissibilità delle questioni costituzionali sollevate, non è contraria nel merito delle osservazioni e riconosce essa stessa come l'estromissione del Ministro della Giustizia da ogni competenza in materia di REMS si ponga in contrasto con l'art. 110 Cost., che assegna a costui la responsabilità dell'organizzazione e del funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Per queste ragioni, la Corte costituzionale ha avvertito il legislatore della necessità di una pronta riforma del sistema, che sia capace di assicurare un'adeguata base legislativa a dette misure di sicurezza. Lascia, inoltre, il monito al legislatore affinché proceda celermente alla creazione di un numero di REMS sufficiente a far fronte ai reali fabbisogni, al potenziamento delle strutture sul territorio, che siano in grado di garantire interventi alternativi adeguati alle necessità di cura, alla creazione di forme di coinvolgimento del ministro della Giustizia nell'attività di coordinamento e monitoraggio del funzionamento delle REMS esistenti, nonché alla programmazione del relativo fabbisogno finanziario⁵.

La decisione n. 22 del 2022 della Corte costituzionale arriva a pochi giorni da quella della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che condanna l'Italia per avere tenuto una persona in carcere senza titolo, nonostante le sue precarie condizioni psichiche (caso *Sy contro Italia*)⁶. La rilevanza della vicenda *Sy contro Italia* va oltre il caso di specie, poiché le violazioni lamentate dal ricorrente traggono origine da una disfunzione sistemica dell'ordinamento italiano, rappresentata dalla cronica mancanza di posti disponibili presso le REMS⁷. L'auspicio, che si

⁴ Corte costituzionale, 2 febbraio 2022, n. 22.

⁵ S. MARANI, *REMS: per la Consulta è necessaria una legge per superare le criticità*, Altalex, <https://www.altalex.com/documents/news/2022/02/06/rem-s-per-la-consulta-necessaria-una-legge-per-superare-le-criticita>, data ultima consultazione 21.06.2024.

⁶ *SY v. Italy*, no. 11791/2020, ECHR, 24 gennaio 2022. La decisione riguarda il caso di un cittadino italiano, sofferente di un disturbo bipolare, rimasto nella Casa Circondariale Rebibbia Nuovo Complesso per quasi due anni, nonostante il giudice italiano avesse accertato che il suo stato di salute mentale era incompatibile con la detenzione in carcere ed avesse ordinato il trasferimento in una REMS. Spunti di riflessione si trovano in P. GONNELLA, *Misure di sicurezza psichiatriche. Antigone: "Pronuncia della Corte salva la riforma, ora però servono nuovi investimenti"*, Antigone. Per i diritti e le garanzie nel sistema penale, <https://www.antigone.it/news/3406-misure-di-sicurezza-psichiatriche-antigone-pronuncia-della-corte-salva-la-riforma-ora-pero-servono-nuovi-investimenti>, data ultima consultazione 21.06.2024.

⁷ *REMS: definitiva la sentenza della Corte europea*, Saccucci & Partners. Studio legale internazionale, <https://www.saccuccipartners.com/2022/04/29/rem-s-definitiva-la-sentenza-della-corte-europea/#:~:tex>

ricava dalla sentenza della CEDU e da quella della Corte costituzionale per risolvere il problema strutturale del sistema delle REMS, è quello che non si scelga la strada del semplice aumento dei posti, in quanto il rischio non è altro che quello di ricondurre al risveglio dei vecchi OPG. Si deve optare, invece, per proseguire il percorso di affermazione e riconoscimento della soggettività delle persone con disabilità psicosociale, avviato dalla legge Basaglia, e per tutelare effettivamente la salute mentale anche nei luoghi di detenzione⁸.

2. *La legge 30 maggio 2014 n. 81*. - Preso atto di quelle che sono le problematiche dell'istituto delle REMS, delineate dalla giurisprudenza recente, occorre fare un passo indietro per riepilogare le novità e le conquiste, che si sono raggiunte con il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e il passaggio alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza. La riforma ha costituito un vero e proprio cambio di paradigma, anche se fu definita già dall'allora Commissario unico per il superamento degli OPG⁹, Franco Corleone, una "rivoluzione gentile"¹⁰. La legge n. 81 del 30 maggio 2014 "Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari"¹¹ ha definito gli OPG come luoghi inadatti alla cura e ha fornito gli strumenti concreti per il loro definitivo superamento a tutti gli attori impegnati: governo, Regioni, Asl, operatori dei servizi, magistratura, associazioni utenti e familiari¹². Il termine originario per la chiusura degli OPG ha subito varie proroghe, fino alla data definitiva stabilita dal governo nel 31 marzo 2015, interrompendo la paradossale concatenazione di atti normativi approvati d'urgenza, che ha consentito alle istituzioni di non rispettare la legge¹³. I continui ritardi nella realizzazione delle nuove strutture e nella riconversione delle vecchie erano dovuti al contesto difficile in cui la legge si trovava ad operare: le Regioni hanno avuto velocità diverse nell'organizzare le risposte dei progetti di cura, i servizi socio-sanitari e la magistratura si trovavano ad operare in condizioni problematiche: vi erano infatti forti contraddizioni e carenze normative¹⁴.

t=5%20CEDU,di%20alcun%20trattamento%20terapeutico%20adeguato, data ultima consultazione 21.06.2024.

⁸ MELANI e PONETI, *Le Rems, sotto esame di Cedu e Corte Costituzionale*, cit.

⁹ Ospedale psichiatrico giudiziario.

¹⁰ F. CORLEONE, *La fine degli OPG. Un bilancio della transizione*, in *Quaderni del Circolo Rosselli*, 2018, XXXVIII, 1, pp. 11-18.

¹¹ La legge n. 81 del 2014 ha avuto il merito di tradurre in norme le due sentenze della Corte costituzionale (la n. 253 del 2003 e la n. 367 del 2004). In tal senso, vedere M. ROSSETTI, *Malati psichiatrici: l'apertura della Corte Costituzionale al superamento della pena manicomiale*, fattodiritto.it, <https://www.fattodiritto.it/malati-psichiatricilapertura-della-corte-costituzionale-al-superamento-della-pena-manicomiale/>, data ultima consultazione 21.06.2024.

¹² Le riflessioni sulla legge n. 81 del 2014 si trovano in S. CECCONI, *Chiudere gli Ospedali psichiatrici giudiziari senza se e senza ma. E senza proroghe*, in *Antigone*, 2014, IX, 1, p. 93.

¹³ A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2.

¹⁴ CECCONI, *Chiudere gli Ospedali psichiatrici giudiziari senza se e senza ma. E senza proroghe*, cit., p. 93.

Il legislatore del 2014, nel definire l'organizzazione delle REMS, ha manifestato fermamente la volontà di discostarsi il più possibile da tutto ciò che rappresentavano gli OPG. Come prima cosa viene affermata la linea dell'*extrema ratio* nell'applicazione delle nuove misure di sicurezza detentive, provvisorie o definitive, a cui dovranno essere sempre preferite, quando la situazione lo richiede, misure curative e contenitive meno invasive per la libertà personale del soggetto. In questo modo il principio di residualità, proprio delle misure cautelari e delle pene, viene esteso a tutto il diritto punitivo, seguendo la logica per cui la compressione della libertà personale deve ispirarsi al criterio del minor sacrificio necessario¹⁵. L'internamento in REMS ha assunto, nella nuova legislazione, non solo il carattere della residualità, ma anche quello della transitorietà: il Dipartimento di salute mentale, infatti, per ogni internato, deve predisporre un progetto terapeutico-riabilitativo individualizzato da inviare al giudice competente, in modo da rendere residuale e transitorio il ricovero in struttura¹⁶.

Un impatto radicale ha avuto anche la previsione per cui il ricovero in REMS non potrà durare più della pena edittale massima prevista per il reato commesso, *ex art.* 278 c.p.p.¹⁷. Con l'art. 1 comma 1-*quater* del D.L. n. 52 del 2014 viene infatti eliminato uno degli aspetti più disumani della vecchia misura di sicurezza, la quale poteva in passato essere protratta *sine die* al persistere della pericolosità sociale dell'internato. È stato rilevato che la fissazione di un limite massimo di durata introduce una nuova presunzione assoluta di non pericolosità sociale quale conseguenza del mero decorso del tempo, rimettendo alle misure di sicurezza non detentive l'onere di contenere la eventuale e residuale pericolosità sociale del soggetto¹⁸. Le situazioni, che si venivano a creare nei vecchi ospedali psichiatrici giudiziari nell'assenza di una durata predeterminata massima, venivano chiamate ergastoli bianchi, in quanto, attraverso il continuo riesame della pericolosità sociale del soggetto, si potevano creare dei potenziali ergastoli inflitti senza processo. La nuova legislazione recupera la proporzionalità tra la pena e il reato commesso, erodendo la logica primitiva che prevedeva la dimensione atemporale per l'internamento. Nello stato di diritto la pena deve

¹⁵ PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., p. 12.

¹⁶ CALCATERRA, *Il soggetto pericoloso: misure personali di sicurezza e di prevenzione, tra tradizione e modernità*, in *Diritto penale e uomo*, 2021, 4, p. 6.

¹⁷ PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., p. 18. Una criticità che si può sollevare intorno a questo tema riguarda la previsione del limite massimo, che è stato inserito solo ed esclusivamente per le misure di sicurezza detentive, provvisorie e definitive, altra sorte è invece toccata alle misure di sicurezza provvisorie non detentive, come la libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche e l'indicazione di risiedere in comunità. In questi casi la loro durata è ancora legata a una valutazione periodica semestrale della pericolosità sociale, da esplicitarsi attraverso accertamenti affidati mediante perizie a psichiatri. Si veda CALCATERRA, *Il soggetto pericoloso: misure personali di sicurezza e di prevenzione, tra tradizione e modernità*, cit., p. 8.

¹⁸ Il riferimento è a A. LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del folle reo*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, a cura di A. Massaro, Roma, 2017, p. 258.

essere sempre determinata nel tempo¹⁹. Resta fermo che per i delitti puniti con l'ergastolo anche la misura di sicurezza detentiva ha carattere perpetuo. Questo crea una sorta di "ergastoli nascosti"²⁰, in quanto, mentre da reo il soggetto una volta in carcere può usufruire delle misure alternative o della liberazione condizionata, la stessa cosa non può verificarsi per il folle reo in misura di sicurezza detentiva. Su tale aspetto sarebbe necessario un intervento da parte della Corte costituzionale, sulla stessa linea di quando nel 1998 dichiarò incostituzionale la misura dell'internamento in OPG per i minori²¹.

Il D.L. n. 211 del 22 dicembre 2011 all'art. 3-ter prevede che l'esclusiva gestione sanitaria delle REMS sia affidata alla sanità pubblica regionale, senza alcun potere decisionale o organizzativo del Ministero della Giustizia. La singola struttura di residenza è diretta da un responsabile medico, che ne assume la direzione sanitaria ed amministrativa. Questa scelta di affidare la gestione delle REMS alle Regioni ha permesso l'implementazione del principio della territorialità della sanzione penale. Infatti i posti nelle strutture presenti nell'ambito regionale vengono di regola destinati ai soggetti provenienti dal territorio della Regione. Le Regioni hanno, inoltre, l'obbligo di adottare un piano di formazione del personale delle strutture sanitarie residenziali, volto ad acquisire e a mantenere competenze cliniche, medico legali e giuridiche specifiche per la gestione dei soggetti affetti da disturbo mentale, autori di reato²². L'articolo 3-ter elimina, in forte contrapposizione con il passato, la presenza della polizia penitenziaria all'interno delle residenze. In particolare, la sola attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna consentita è affidata alle Regioni e alle Province autonome, attraverso specifici accordi con le Prefetture, che tengano conto dell'aspetto logistico delle strutture, al fine di garantire adeguati standard di sicurezza²³. La diversa conformazione delle REMS, attraverso le nuove identificazioni fatte dal decreto ministeriale del 1° ottobre 2012 in relazione ai requisiti riguardanti le strutture, gli aspetti organizzativi, il personale e la sicurezza, permette di restituire i folli rei a un luogo e a un ruolo che non li personalizzi. Le dimensioni ridotte delle strutture sono un grande cambio di passo, adottato al fine di evitare nuove forme di istituzionalizzazione dei rei non imputabili. Si è spezzato, come ritiene Pugiotto, il legame sinallagmatico che lega l'offerta (le dimensioni delle nuove REMS) alla domanda (i futuri provvedimenti restrittivi dei giudici della cognizione e dell'esecuzione). La domanda è stata così ridimensionata attraverso le scelte legislative sulla residualità della misura e sulla diminuzione del numero dei

¹⁹ PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., p. 18.

²⁰ Ivi, p. 20.

²¹ Ivi, p. 21.

²² P. ALLEGRI, B. GIORS e M. MIRAVALLE, *Salute mentale e questione criminale: dal superamento normativo degli Opg all'attuazione della riforma*, in *Dieci anni di Rems: un'analisi interdisciplinare*, a cura di M. Pelissero, L. Scomparin e G. Torrente, Torino, 2022, p. 227.

²³ Art. 3-ter, Decreto legge 22 dicembre 2011, n. 211.

posti letto²⁴. La capienza massima all'interno di ogni REMS è stabilita in un massimo di 20 posti letto, dimensione assimilabile a quella delle comunità terapeutiche, ma superiore a quella dei Servizi psichiatrici di Diagnosi e Cura ospedalieri²⁵. Le attività trattamentali poste in essere nelle residenze sono svolte in raccordo e coordinamento con i servizi psico-sociali territoriali. La riforma ha messo al centro del nuovo sistema i dipartimenti di salute mentale, divenuti titolari dei programmi terapeutici e riabilitativi allo scopo di attuare i trattamenti dei vari contesti territoriali e residenziali. Le REMS sono diventate uno degli elementi del complesso sistema di cura e riabilitazione dei pazienti psichiatrici autori di reato²⁶. In base alla mappatura più recente, secondo la relazione presentata nel giugno 2023 al Parlamento dal Garante nazionale delle persone private della libertà personale, sono presenti nel territorio nazionale 31 strutture funzionanti con 623 presenze, che corrispondono alla capienza²⁷.

Proseguendo con la nostra analisi troviamo un'ulteriore differenza tra le REMS e i vecchi OPG: quest'ultimi aprivano le loro porte sia alla categoria dei "folli rei" che a quella dei "rei folli"; dunque, da un punto di vista normativo, tra le due categorie vi era una distinzione che non si rifletteva nell'ambito delle risposte di cura e di controllo²⁸. A partire dalla L. n. 9/2012 e, poi, con la L. n. 81/2014 anche le risposte sanzionatorie e trattamentali cambiano: i rei folli rientrano nel sistema penitenziario ed è all'interno del carcere che si devono trovare i luoghi e gli strumenti adatti a controllarli e curarli. Si comprende bene come ciò costituisca un ossimoro: cercare di curare persone con patologie psichiatriche all'interno del luogo che per eccellenza produce ed esaspera i disturbi mentali ed è definito per questo da alcuni autori psicopatogeno²⁹. Si sono così create all'interno degli istituti penitenziari delle sezioni speciali con lo specifico compito di occuparsi della salute mentale. La creazione e la gestione di queste sezioni non è mai stata normata in

²⁴ PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., p. 23.

²⁵ ALLEGRI, GIORS e MIRAVALLE, *Salute mentale e questione criminale*, cit., p. 227.

²⁶ S. BOSI e F. MAISTOLEGRI, *Questioni attuali dopo la chiusura degli Opg*, [questionegiustizia.it](https://www.questionegiustizia.it/articolo/questioni-attuali-dopo-la-chiusura-degli-opg_16-03-2017.php), https://www.questionegiustizia.it/articolo/questioni-attuali-dopo-la-chiusura-degli-opg_16-03-2017.php, data ultima consultazione 22.06.2024.

²⁷ Relazione presentata al Parlamento nel giugno 2023 dal Garante nazionale per i diritti delle persone private della libertà personale. Maggiori dati statistici sono rinvenibili nel rapporto di ricerca di G.MELANI e K.PONETI, *Psichiatria, carcere, misure di sicurezza*, Firenze, 2024.

²⁸ Questa impostazione era stata ereditata dai manicomi giudiziari, nati in un primo momento come luoghi di detenzione dei detenuti che "perdono la ragione" in carcere (i c.d. rei folli), a cui con il regolamento carcerario del 1 febbraio 1981 n. 260 si aggiunsero coloro che al momento della commissione del fatto soffrivano di patologie psichiatriche, i folli rei. Il dispositivo del manicomio giudiziale trovò il suo perfezionamento con le misure di sicurezza introdotte dal codice penale Rocco del 1930, le quali sono l'espressione del meccanismo del doppio binario. La ricostruzione storica della nascita dei manicomi giudiziari si trova in L. DAGA, *Ospedali psichiatrici giudiziari, sistema penale e sistema penitenziario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1985, 1/3, pp. 2 ss. e in D. DELL'AQUILA, *La disciplina della follia. Dal manicomio criminale all'Ospedale psichiatrico giudiziario: una breve ricostruzione*, in *Antigone*, 2014, IX, 1, p. 51.

²⁹ ALLEGRI, GIORS e MIRAVALLE, *Salute mentale e questione criminale*, cit., p. 32. Il carcere è definito psicopatogeno e fabbrica di handicap da D. RONCO, *Cura sotto controllo*, Roma, 2018 e da E. GALLO e V. RUGGIERO, *Il carcere immateriale. La detenzione come fabbrica di handicap*, Torino, 1989.

maniera univoca e coerente sul territorio nazionale, ma è affidata a fonti secondarie come gli atti interni all'amministrazione penitenziaria o gli accordi territoriali tra l'amministrazione penitenziaria e sanitaria. Recentemente, le sezioni speciali hanno preso il nome di "articolazioni per la tutela della salute mentale". Le caratteristiche gestionali all'interno di queste articolazioni sono eterogenee nelle varie Regioni, con esclusiva o prevalente gestione sanitaria, ma esse rimangono sempre sezioni carcerarie all'interno delle quali è quindi garantita la presenza della polizia penitenziaria e applicata la normativa penitenziaria. Il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale negli anni ha denunciato sistematiche violazioni dei diritti individuali e gravi problemi gestionali all'interno delle c.d. sezioni speciali³⁰. All'interno delle articolazioni per la tutela della salute mentale si trovano i soggetti autori di reato per i quali la patologia psichica è insorta o si è aggravata in un momento sopravvenuto rispetto alla commissione del reato e all'ingresso in carcere (c.d. infermità psichica sopravvenuta *ex art. 148 c.p.*). L'ingresso e l'uscita avvengono su decisione interna dell'amministrazione sanitaria e penitenziaria, senza alcuna previsione di un controllo giurisdizionale, come avviene nel caso di ricovero in luogo esterno al carcere³¹. Questa distinzione, dal punto di vista dell'esecuzione tra folli rei e rei folli negli anni di chiusura degli OPG, è stata adottata per esigenze concrete ovvero per evitare ulteriori ritardi. Inoltre, il legislatore sapeva bene che, nonostante l'istituzione delle REMS, se queste avessero continuato a ospitare i rei folli, il carcere avrebbe continuato ad affollare le residenze, usando l'etichetta della malattia mentale per scaricare tutti i casi problematici e di difficile gestione. L'unica soluzione per rompere tale meccanismo era distinguere la risposta sanzionatoria³².

Alla fine di questa analisi delle varie novità apportate dal nuovo sistema delle REMS, occorre osservare come si tratti di una riforma emanata in modo svincolato dal codice penale e di procedura penale. Entrambi i codici, insieme all'ordinamento penitenziario e al regolamento di esecuzione, sono rimasti invariati, creando problemi interpretativi e di armonizzazione con alcuni dei nuovi e garantisti principi sulle misure di sicurezza³³. Si tratta di un intervento legislativo epocale per il suo contenuto rivoluzionario, ma non strutturale nelle

³⁰ XV Rapporto sulle condizioni di detenzione, a cura di Associazione Antigone, 2019, p. 109. La mappatura più recente delle articolazioni psichiatriche penitenziarie è contenuta nella relazione del Garante nazionale delle persone private della libertà presentata al Parlamento nel giugno 2023, dove sono indicate 33 sezioni con 227 presenze totali, di cui 17 donne e 210 uomini.

³¹ XV Rapporto sulle condizioni di detenzione, cit., p. 110.

³² ALLEGRI, GIORIS e MIRAVALLE, *Salute mentale e questione criminale*, cit., p. 33. Per i rei folli dal 2019 esiste una soluzione alternativa al carcere nei casi in cui è riconosciuta l'incompatibilità con la permanenza in carcere. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 99 del 2019, investita della questione dalla Corte di Cassazione (Corte di cassazione, I Sez. Penale, Ordinanza n. 13382, 22 marzo 2018) sulla compatibilità costituzionale della differenza tra grave patologia fisica e psichica, ha esteso la detenzione domiciliare *ex art. 47*, terzo comma, 1-*ter* (la c.d. detenzione domiciliare «in deroga» o «umanitaria») ai soggetti con malattia psichica sopravvenuta.

³³ BOSI e MAISTOLEGRI, *Questioni attuali dopo la chiusura degli Opg*, cit.

soluzioni individuate. Si sono privilegiati degli interventi *extra codicem*, che hanno provocato delle disarmonie tra il codice e gli interventi legislativi successivi, tanto che la misura continua a essere definita ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, ma si esegue nelle REMS, così come i «pazienti» delle REMS restano gli «internati» nel lessico del codice penale³⁴. Pelissero afferma e ricorda che:

la questione dello status giuridico dei soggetti ricoverati nelle REMS deve essere risolta dal legislatore, perché l'individuazione della disciplina applicabile ai ricoverati non solo condiziona la soluzione da dare ad una serie di questioni pratiche che i responsabili di tali strutture devono quotidianamente affrontare ma soprattutto perché lo status giuridico definisce i diritti e le garanzie che spettano ai pazienti ricoverati³⁵.

Affermazioni ancora più dirompenti vengono da Maria Grazia Giannichedda, presidente della fondazione Franca e Franco Basaglia, che, in un articolo del 2012, un anno dopo il D. L. 22 dicembre 2011 n. 211, dichiarava che:

«l'OPG non è solo un luogo, è un dispositivo solidamente ancorato al codice penale che ne definisce l'oggetto (l'infermo di mente autore di reato o il condannato che diventa infermo di mente), la forma (misura di sicurezza) e le funzioni (cura e custodia). E poiché il codice penale non si modifica per decreto, tutto questo resta immutato»³⁶.

3. *Binomio cura e custodia*. - Tema su cui si fondano le Rems e da cui nascono la gran parte dei nodi di criticità è il binomio cura e custodia, consistente nell'incessante tensione tra le esigenze di cura e di tutela dell'infermo di mente e le istanze di contenimento della pericolosità sociale, in funzione della difesa della collettività. Storicamente, la riconduzione del reo alla categoria del soggetto pericoloso in quanto infermo di mente era frutto di rigide presunzioni legali di pericolosità. Presunzioni prive di verificabilità empirica, in quanto il giudizio soggettivo di pericolosità sociale difetta di base scientifica: esso ha sempre alimentato l'infelice equazione legislativa tra follia e pericolosità, a scapito dell'esigenza di cura, tutela e di risocializzazione³⁷. La storia giuridica del paziente

³⁴ A. MASSARO, *Le REMS e "la sottile linea rossa tra il senno e la follia"*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale tra sistema penale e servizi sanitari*, Atti del Convegno, Pisa, 16-17 ottobre 2020, a cura di M. Bevilacqua, L. Notaro, G. Profeta e. al., Torino, 2021, p. 53.

³⁵ M. PELISSERO, *Misure di sicurezza e REMS: una disciplina a metà del guado*, in *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, a cura di E. Mattevi e A. Menghini, Trento, 2020, p. 96.

³⁶ M.G. GIANNICHEDDA, *Opq: chiuderne sei per aprirne quanti?*, forumsalutementale.it, <https://www.news-forumsalutementale.it/opq-chiuderne-sei-per-aprirne-quant/>, data ultima consultazione 28.06.2024.

³⁷ A. GARGANI, *Introduzione alla prima sessione*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale tra sistema penale e servizi sanitari*, cit., p. 3.

psichiatrico è stata strettamente connessa al giudizio di pericolosità sociale e all'applicazione di misure custodiali: l'internamento nei manicomi comuni, per il malato non autore di reato; il ricovero nei manicomi giudiziari e nelle case di cura o di custodia, per l'autore del reato con vizio totale o parziale di mente. In questo contesto, il giudizio di pericolosità era funzionale alla logica della difesa sociale, le istituzioni totali fungevano da strumenti di controllo delle forme di manifestazione della malattia mentale³⁸. Per pericolosità sociale si intende la probabilità che un soggetto che ha commesso un reato realizzi in futuro altri comportamenti previsti dalla legge come reati. La definizione si trova all'art. 203 c.p.³⁹. Molti studi di scienziati e giuristi si sono nel tempo occupati di elaborare un apparato teorico in grado di fornire valutazioni attinenti al fine di operare una previsione sulla possibile commissione di nuovi reati⁴⁰. La nozione di pericolosità sociale entra nell'ordinamento giuridico italiano con il codice penale del 1930, come nozione temporanea soggetta a riesame, verificabile solo in seguito ad un reato, sia che si tratti di persone imputabili che non imputabili e valutata solo in funzione della misura di sicurezza da applicare. La nozione di pericolosità sociale si fonda sull'istituto del doppio binario: la funzione repressiva è legata alla pena, che trova il suo fondamento nella colpevolezza e nell'imputabilità del reo, mentre il principio di pericolosità è ancorato alle misure di sicurezza, volte alla funzione di prevenzione sociale del reo e applicabili ai soggetti imputabili allorché la pena classica è ritenuta insufficiente, e ai non imputabili come misura sanzionatoria esclusiva⁴¹. Nell'accertamento del giudizio di pericolosità di allora venivano presi in esame, oltre al reato commesso, una serie di elementi indiziati, suddivisibili in due gruppi: indizi legati al reato come la gravità, la reiterazione e indizi connessi alle peculiarità del soggetto in rapporto a dati caratteriali o alla condotta di vita. Giocavano un ruolo centrale le presunzioni legali in sostituzione dell'accertamento giudiziale, creando un sistema attaccabile sotto molteplici profili, soprattutto dall'entrata in vigore della Costituzione⁴². In presenza di determinate situazioni, legate alla natura e alla gravità del delitto commesso o ai precedenti penali del condannato, l'accertamento in concreto della pericolosità era

³⁸ PELISSERO, *I mutamenti della disciplina delle misure terapeutiche e degli effetti indiretti sul giudizio di pericolosità sociale*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale tra sistema penale e servizi sanitari*, cit., p. 10.

³⁹ "Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133".

⁴⁰ A. SALVATI, *La pericolosità sociale nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Amministrazione in cammino*, 2011, 1, p. 1.

⁴¹ "È noto, tuttavia, come nel tempo pene e misure di sicurezza abbiano finito per perdere l'originaria funzione e rivelarsi un doppio sanzionatorio, avendo, da un lato, anche la pena assunto una finalità di prevenzione speciale, avallata normativamente dall'entrata in vigore della Carta Costituzionale, e dall'altro, le misure di sicurezza acquisito sempre più carattere coercitivo, svelando, nella sostanza, i caratteri della pena detentiva, per giunta indeterminata nel *quantum*". M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore di reato non imputabile*

⁴² SALVATI, *La pericolosità sociale nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., pp. 3-4.

ritenuto superfluo e anzi non vi era la possibilità di apportare dimostrazioni contrarie che potessero superare le presunzioni. Tra queste presunzioni troviamo la diagnosi per l'autore di reato di un'infermità mentale⁴³. L'abrogazione integrale della fattispecie della pericolosità presunta si è avuta con la Legge 10 ottobre 1986 n. 663 "Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", nota come Legge Gozzini. Questo intervento normativo stabilì, per l'applicazione delle misure di sicurezza, l'accertamento preventivo della pericolosità sociale del soggetto e l'attribuzione al magistrato di sorveglianza della competenza funzionale esclusiva in ordine alla loro applicazione in concreto. Si sono così fatti passi avanti sul superamento del binomio infermità-pericolosità, in quanto la prima non è più considerata una causa speciale della seconda, ma un fattore che, interagendo con altri, può costituire un presupposto⁴⁴. Con il D. L. n. 52 del 2014 all'art. 3-ter c. 4⁴⁵, è stata introdotta una modifica ulteriore al tema: il magistrato di sorveglianza non può più fondare il giudizio di pericolosità sociale sulla base delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo o sulla sola mancanza di programmi terapeutici individuali. Il ricovero in REMS, fino alla scadenza del termine massimo di durata, si giustifica in questo modo esclusivamente sulla base di fattori endogeni ovvero sulle qualità soggettive della persona⁴⁶. La *ratio* di tale esclusione si spiega con l'intento del legislatore di porre un freno al rischio che il ricorso alla misura detentiva potesse diventare la via obbligata di tutti coloro che, a causa del loro stato di marginalità o isolamento sociale, non sono supportati da una rete esterna su cui si possa creare una progettualità di recupero terapeutico e socio-riabilitativo⁴⁷. Gli studiosi, dall'altra parte, hanno da subito espresso le loro perplessità sulle ricadute derivanti dall'esclusione dei fattori esogeni per il giudizio di pericolosità sociale, che potrebbe provocare un ritorno a un paradigma che associ di nuovo la pericolosità sociale alla sola malattia mentale. L'intento, condivisibile, del legislatore di circoscrivere il più possibile l'internamento fondato sulla pericolosità dei soli fattori esogeni, cioè degli indicatori esterni di prognosi, rischia di risolversi in una semplificazione del giudizio di pericolosità che non dovrebbe prescindere da una valutazione di carattere situazionale. Molti passi

⁴³ COLLICA, *La crisi del concetto di autore di reato non imputabile pericoloso*, cit., p. 3.

⁴⁴ Ivi, p. 6.

⁴⁵ Art. 3-ter, comma 4 : "[...] Il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale, il cui accertamento è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell'articolo 679 del codice di procedura penale. Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali".

⁴⁶ LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del folle reo*, cit., p. 262.

⁴⁷ A. MANNA, *La lunga e accidentata marcia verso l'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Antigone*, 2014, IX, 1, p. 17.

avanti sono stati fatti dalla scienza psichiatrica recente, la quale ormai insiste molto sull'importanza dei condizionamenti esterni nell'ambito del giudizio di pericolosità⁴⁸. Gli psicologi, ormai in larga parte, sostengono che il comportamento umano sia la risultante della combinazione tra fattori endogeni e fattori esogeni: gli uni non si sommano semplicemente agli altri, ma si intersecano vicendevolmente e danno luogo all'umano comportamento⁴⁹. La Corte costituzionale, nella sentenza del 23 luglio 2015, n. 186, ha offerto un'interpretazione restrittiva, circoscrivendo la portata dell'art. 3-ter c.4 ai soli casi in cui possano derivare effetti *in bonam partem*: i fattori esogeni potrebbero operare soltanto per escludere o far cessare l'internamento del folle reo, ma non per fondarlo. La Corte ha seguito una lettura sistematica, che tiene conto delle intenzioni del legislatore e del successivo periodo della disposizione, secondo il quale «non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali». L'interpretazione della Corte costituzionale è stata fatta propria anche dalla proposta della Commissione Pelissero, che ha suggerito di introdurre a livello codicistico le indicazioni della L. n. 81/2014⁵⁰. Tuttavia, le perplessità e i dubbi intorno a tale disposizione in dottrina non sono stati ancora sciolti e molti ritengono che l'unica soluzione possibile, per non cadere in contrasto con le norme della Costituzione, in particolare con l'art 3, sia un intervento del tutto ablativo della norma che prevede l'esclusione dei fattori esogeni⁵¹.

L'elemento necessario alla trattazione della parte di cura, che compone il binomio delle esigenze di tutela e custodia, è il vizio di mente. Per il codice Rocco, il vizio di mente, da intendersi «come conseguenza d'infermità fisica o psichica clinicamente accertata», rappresentava una «forma patologicamente e clinicamente accertabile di infermità». Negli anni di emanazione del codice, la psichiatria riconosceva solamente ad un ristretto numero di disturbi psichici la qualifica di malattia mentali, come le psicosi⁵². Con la sentenza n. 9163, depositata in data 8 marzo 2005, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno precisato

⁴⁸ LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del folle reo*, cit., pp. 266-267.

⁴⁹ MANNA, *La lunga e accidentata marcia verso l'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., p. 17. Riferimenti in L. NOTARO, *Accertamento e trattamento della pericolosità sociale: "una storia di supplenze"*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale tra sistema penale e servizi sanitari*, cit., p. 129; LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del folle reo*, cit., p. 269 e MANNA, *La lunga e accidentata marcia verso l'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., p. 19.

⁵⁰ Riferimenti in NOTARO, *Accertamento e trattamento della pericolosità sociale: "una storia di supplenze"*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale tra sistema penale e servizi sanitari*, cit., p. 129 e LAURITO, *Le REMS e la sfida del nuovo modello terapeutico-riabilitativo nel trattamento del folle reo*, cit., p. 269.

⁵¹ MANNA, *La lunga e accidentata marcia verso l'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., p. 19.

⁵² M. BERTOLINO, *L'imputabilità secondo il codice penale. Dal Codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza, Commissioni a confronto*, in *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, a cura di E. Mattevi e A. Menghini, Trento, 2020, p. 21.

quanto segue:

«Anche i disturbi della personalità, come quelli da nevrosi e psicopatie, possono costituire causa idonea ad escludere o scemare grandemente, in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere di un soggetto agente ai fini degli artt. 88 e 89 c.p., sempre che siano di consistenza, rilevanza, gravità e intensità tali da concretamente incidere sulla stessa; per converso, non assumono rilievo ai fini della imputabilità le altre “anomalie caratteriali” e gli “stati emotivi e passionali”, che non rivestano i suddetti connotati di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente; è inoltre necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo»⁵³.

Le Sezioni unite hanno individuato un necessario coordinamento tra due piani che entrano in gioco nel giudizio, quello biologico e quello normativo, che secondo la Corte di Cassazione deve essere il giudice a lasciar dialogare vicendevolmente⁵⁴.

4. *Conclusioni*. - Soffermandoci su un’elencazione di punti fermi, al fine di orientarsi meglio tra tutte le riflessioni che negli ultimi anni sono emerse intorno alla necessaria imminente riforma del sistema delle REMS, troviamo *in primis* la necessità di fornire al sistema una nuova base legislativa, per creare una visione d’insieme sul sistema penitenziario e sanitario. Per quanto riguarda, invece, gli approcci inerenti le numerose proposte sui recenti progetti di riforma si sceglie qui di seguire un approccio empirico-realista che «muovendo da ‘ciò che è, tenti di immaginare ‘ciò che potrebbe-dovrebbe essere’, allo scopo di migliorare l’esistente e senza la pretesa di rivoluzionare un sistema che, forse, necessita solo di una (sia pur significativa) messa a punto»⁵⁵. All’interno della valorizzazione di questo approccio si indicano due linee guida: la prima riguarda la diversificazione e il gradualismo nel trattamento dell’infermo di mente autore di reato, la seconda la dimensione trasversale della tutela della salute mentale nell’ambito dell’esecuzione penale⁵⁶. La prima linea valoriale si poggia sull’assunto per cui, vista l’attuale eterogeneità delle situazioni ricomprese nell’etichetta “vizio di mente”, non si può che far corrispondere una diversificazione delle misure terapeutiche e custodiali

⁵³ A. BUZZONI, *I gravi disturbi della personalità rientrano nel concetto di infermità mentale* (Cass. pen., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163), Altalex, <https://www.altalex.com/documents/news/2006/09/12/i-gravi-disturbi-della-personalita-rientrano-nel-concetto-di-infermita-mentale>, data ultima consultazione 22.06.2024.

⁵⁴ A. MASSARO, *Tutela della salute mentale e sistema penale: dalla possibile riforma del doppio binario alla necessaria diversificazione della risposta “esecutiva”*, in *Questione giustizia*, 2021, 2, p. 6.

⁵⁵ MASSARO, *Tutela della salute mentale e sistema penale*, cit., p. 5.

⁵⁶ Ivi, p. 5. La ricostruzione alla quale si intende aderire è quella della studiosa MASSARO, *Tutela della salute mentale*, cit., *passim*.

per il trattamento dell'autore di reato con disturbi psichiatrici⁵⁷. In questo modo si aggiunge alle caratteristiche di residualità e transitorietà delle misure di sicurezza una terza, identificabile nel principio di gradualità, in grado di permettere una più facile gestione delle lunghe liste di attesa oggi vigenti per trovare un posto all'interno delle REMS. La necessità è quella di assicurare una gradualità nella risposta penale, attraverso una progressione degli strumenti trattamentali che, pur dovendo risultare commisurati alle condizioni del singolo infermo di mente, necessitano di una chiara ed esplicita predeterminazione legislativa. La non attuazione finora di questa scelta fa sì che nella stessa struttura si trovino ricoverati soggetti con pericolosità sociale ed esigenze di cura profondamente differenti, difficilmente gestibili⁵⁸. Gli strumenti in grado di differenziare la risposta sanzionatoria si potrebbero individuare nei criteri di commisurazione della pena all'interno dell'art. 133 c.p.⁵⁹, lasciando da parte l'art. 203 c.p., che ha ad oggetto la pericolosità sociale. La gravità del reato commesso interverrebbe nella fase di scelta e commisurazione della risposta sanzionatoria, mentre la gravità del disturbo mentale verrebbe presa in considerazione, così, nella fase del giudizio di imputabilità. In quest'ottica sarebbe preservata la coesistenza di pene e misure di sicurezza, ma risulterebbero riformulati i presupposti applicativi delle seconde, in una visione che guardi di più al passato, secondo i criteri della gravità del reato, e al presente, collegandosi al bisogno di cura, piuttosto che al futuro secondo il criterio della pericolosità sociale⁶⁰. Per fare ciò, è necessario concentrarsi su un potenziamento delle risorse dei servizi territoriali, lasciando da parte la creazione continua di nuove strutture: è opportuno qualificare il personale nella direzione di una professionalità sempre più attenta alle storie di vita e alla cura dei vari soggetti a carico, così da creare dei veri progetti individuali intorno ai malati psichiatrici autori di reato. Questo implica ragionare in un'ottica di percorsi e non più di "posti". Tornando poi alla seconda linea guida da seguire, di questo approccio empirico realistico, dobbiamo necessariamente ricordare come ogni progetto di riforma debba attuare una trasversalità nell'attenzione alla salute mentale in tutti gli ambiti dell'esecuzione penale, mantenendo separati i luoghi di esecuzione per i malati psichiatrici autori di reato da quelli ritenuti al momento della commissione del fatto capaci di intendere e di volere. Per seguire le linee di correzione qui trattate, è necessaria, infine, la creazione di protocolli e pratiche di

⁵⁷ Ivi, p. 6.

⁵⁸ Ivi, p. 7.

⁵⁹ Art. 133 (Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena): «Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo».

⁶⁰ MASSARO, *Tutela della salute mentale*, cit., p. 9.

comunicazione e coordinamento tra i vari dipartimenti che hanno ad oggetto questa delicata materia (Dap, Dsm, Regioni), lasciando la competenza di gestione delle misure di sicurezza in capo agli enti territoriali⁶¹. La centralità di tutti i progetti di riforma dovrebbe, comunque, essere sempre attribuita alla persona con i suoi diritti di dignità, libertà e di cura, con un'attenzione rivolta sempre all'inclusione degli individui, al fine di rendere lo spazio di marginalità di alcuni soggetti sempre più ristretto: questo è il cuore dello spirito riformatore, che tutti gli operatori devono sempre avere come monito⁶².

⁶¹ A. CALCATERRA, *Le nuove linee dell'accordo della Conferenza Stato Regioni per la gestione dei pazienti con misure di sicurezza. Luci e ombre*, Sistema penale, <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/calcaterra-luci-ed-ombre-nuovo-accordo-conferenza-stato-regioni-rems>, data ultima consultazione 21.06.2024.

⁶² EAD, *La riforma delle misure di sicurezza e il necessario ripensamento del percorso di cura*, in *Questione Giustizia*, 2015, 2, pp. 79 ss.

IL DIRITTO E LA POLITICA: INTERVISTA A GIULIANO AMATO

GIULIANO AMATO*

Presidente Amato, la Sua vita professionale è costellata di incarichi di un certo rilievo, che concorrono a fare di Lei una figura a metà strada tra il mondo del diritto e quello della politica. Professore ordinario di Diritto costituzionale, Vicesegretario generale del PSI, sottosegretario alla presidenza del Consiglio, presidente del Consiglio dei ministri, e infine Presidente della Corte costituzionale: solo alcuni dei tanti incarichi che Lei ha ricoperto, e che, appunto, testimoniano la Sua centralità nel panorama giuridico e politico italiano. Una centralità che, ogni qual volta cadesse un Governo, e il Paese necessitasse di un esecutivo che lo traghettasse a nuove elezioni, ha fatto parlare di “Ipotesi Amato”. Come giudica questa Ipotesi? E quale portata le riconosce nella storia politico-istituzionale recente?

Presumo che mi venissero attribuite capacità tecniche unite a non estraneità alla politica, che per ciò stesso poteva ritenermi più adatto di altri nei momenti difficili. Ma è non meno istruttivo che questo doppio potenziale sia valso soprattutto per rendermi l'usuale candidato a cariche che poi non ho ricoperto. La politica, evidentemente, ha poi trovato soluzioni di cui si fidava di più.

Come abbiamo detto, la Sua centralità va intesa sia in senso giuridico che in senso politico: la politica ricopre, infatti, un aspetto importante della Sua figura, al punto che è facile credere che questa abbia giocato un ruolo fondamentale nella Sua formazione di giurista. A tal proposito: come ha inciso la Sua pregressa attività politica sulla Sua successiva attività di giudice costituzionale? E soprattutto: avrebbe mai immaginato che la prima potesse, per così dire, scontrarsi con la seconda? Il pensiero va subito alla legge di conversione del Decreto antimafia Martelli-Scotti, che porta la Sua firma da presidente del Consiglio, e che

* Professore emerito all'Istituto universitario europeo di Fiesole e all'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Presidente emerito della Corte costituzionale. Già Presidente del Consiglio dei Ministri della Repubblica Italiana.

Lei stesso si trovò a giudicare, in seno alla Corte costituzionale, qualche anno più tardi.

La politica non mi ha mai distolto dal mio lavoro di giurista ed io l'ho vissuta come un arricchimento di tale lavoro. Di sicuro nella mia esperienza di giudice costituzionale mi ha reso più sensibile di altri al confine che dovevo, dovevamo rispettare nei confronti del legislatore. Il caso di quel decreto è un caso a sé, nel quale il mio rispetto non per ciò che spetta al legislatore, ma per ciò che il legislatore aveva fatto, nasceva da specialissime ragioni, anche emotive. Per questo ebbi una personale contrarietà a togliere alla collaborazione il carattere di unica via di accesso ai benefici penitenziari per gli autori di reati di mafia. Ma ho successivamente difeso in pubblico la prima sentenza sul tema e ho condiviso poi quella successiva.

Parlando, invece, del Suo ultimo libro, “Storie di diritti e di democrazia: La Corte costituzionale nella società”, scritto a quattro mani con la Dottoressa Donatella Stasio, emerge con chiarezza il tema della Corte nella società civile; nello specifico, se questa debba andare in cerca di una legittimazione politica, oppure, essendo chiamata ad amministrare la giustizia in nome del popolo, se debba “semplicemente” dare conto delle proprie decisioni come ogni altro potere dello Stato. Un modo di intendere la comunicazione istituzionale, quest’ultimo, che sembra la diretta conseguenza del fatto che la Consulta, oramai, paia aver assunto la natura di giudice dei diritti, prima ancora che di giudice della legge. È, questa, una lettura che sente di condividere? E soprattutto: la natura di giudice dei diritti, a Suo avviso, rappresenta il compimento della vocazione contromaggioritaria che da sempre si riconosce alla Corte?

Che la Corte sia istituzione contromaggioritaria è insito nella sua prima missione, quella di giudice delle leggi, giacché le leggi sono frutto delle maggioranze parlamentari e quando la Corte le invalida opera contro tali maggioranze. È ovvio che deve e può farlo in quanto le leggi siano contrarie alla Costituzione, non all’opinione e ai sentimenti dei giudici. Quando oggetto delle leggi sono i diritti, e in particolare i diritti in materia a elevata rilevanza bioetica, le maggioranze attuali hanno particolari difficoltà a dire la loro e le Corti, chiamate comunque a deciderne, possono essere avvertite come concorrenti sullo stesso terreno. È una situazione comunque di pericolo per una corretta separazione e un corretto equilibrio fra i poteri.

Dicevamo: la Consulta pare sempre più assumere la veste di “cassa di risonanza” delle questioni ignorate dalla classe politica, senza che a tal fine abbia potuto giocare un ruolo fondamentale la cosiddetta “opinione dissenziente”: un’opzione mai realmente presa in considerazione. A Suo modo di vedere, è più

probabile che la “opinione dissenziente” faccia emergere le questioni ignorate dalla classe politica, oppure che rappresenti il terreno fertile per il protagonismo dei giudici costituzionali?

A far emergere le questioni, ignorate o meno dalla politica, sono sempre i giudici che le sollevano come questioni di costituzionalità. Le opinioni dissenzienti possono lumeggiarne soluzioni che la maggioranza (della Corte) non vede o non condivide. Nella mia esperienza, è stato sempre utile che su una medesima questione vi fossero vedute diverse, che proprio l'assenza di *dissenting opinion* spingeva tutti a comporre, tenendo conto gli uni degli altri. Certo, non sempre è possibile. Anni fa ero favorevole alla pubblicazione della *dissenting opinion*. Ora, pur nel dubbio, penso che sia soprattutto uno stimolo al protagonismo e un disincentivo invece a farsi valere nella decisione della Corte.

RICORDO DI UN AMICO: ALESSANDRO PIZZORUSSO

ANDREA PROTO PISANI*

Il 15 dicembre del 2023 si è svolto a Pisa nell'aula Magna del Palazzo della Sapienza un seminario in ricordo di Alessandro Pizzorusso su iniziativa di Roberto Romboli. Riassumo qui il mio "ricordo di un amico", aggiungendo una prima parte alla stesura della quale sono stato indotto dallo stimolante precedente intervento di Gaetano Silvestri che aveva evidenziato i profondi mutamenti sul piano delle interpretazioni sistematiche con i principi fondamentali della Costituzione avvenuti dal 1948 ad oggi. Dagli anni '90 del secolo scorso, infatti, il programma previsto dalla Costituzione italiana del 1948, ed in particolare dai suoi principi fondamentali, entrò in crisi. Progressivamente sembrò inattuabile il programma, concordato nel testo della Costituzione nel 1946-48 da Togliatti e Basso da un lato, e Dossetti e La Pira dall'altro cioè da coloro che avevano materialmente redatto i principi fondamentali in cui ancora oggi si legge, invece, un programma da attuare lentamente negli anni.

1. - Svolta questa premessa, inizio da lontano.

Il 1700 è un secolo di profonde incertezze politiche, sociali, culturali. È di certo il secolo dell'illuminismo, delle opere principali di Voltaire, Rousseau, Montesquieu, opere che però diventeranno determinanti solo nel 1800, dal '48 in poi, per giungere al termine della prima e seconda guerra mondiale con la costituzione tedesca di Weimar del 1919 (di fatto abrogata nel 1933, dopo una serie di modifiche); la costituzione tedesca, la legge fondamentale c.d. di Bonn del 1949 (tutt'ora in vigore); la costituzione italiana del 1948 e il preambolo della costituzione francese del 1946.

Nel frattempo il marxismo aveva tentato di concretizzarsi a seguito delle rivoluzioni russa del 1917 (con Lenin, Trotsky e poi Stalin) e cinese degli anni '30: rivoluzioni entrambe realizzate in paesi che non avevano conosciuto ancora la rivoluzione industriale, cioè in piena contraddizione (mai risolta, perché poi avremo negli anni '80 e seguenti del '900 fenomeni quali la globalizzazione, le multinazionali, la trasformazione - si è detto da Claudio Napoleoni e poi più di

* Professore emerito di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Firenze.

recente da Massimo Cacciari - degli operai in consumatori) con quanto previsto e ritenuto necessario da Marx ed Engels nei loro studi dell'ottocento.

Conseguenza diretta di tutto ciò è la redazione, nella Costituzione italiana del 1948, del secondo comma dell'art. 3: «È compito della Repubblica 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 e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

Ho riportato per esteso questa disposizione perché essa delinea l'accordo su un vero e proprio "programma" di governo, programma da attuare nei decenni e nelle legislature successive.

Pur tra mille difficoltà questo programma - una volta esaurita la "ricostruzione" negli anni '50 - comincia ad essere attuato nel periodo ricompreso tra i primi anni '60 e la quasi fine degli anni '70: attuazione della scuola media unificata, importanti riforme a favore dei lavoratori (divieto dei contratti a tempo determinato, consentiti solo in casi individuati in modo tassativo, divieto dei licenziamenti se non per "giusta causa" o "giustificato motivo"; *statuto dei diritti dei lavoratori*¹; infine la riforma del processo del lavoro nell'agosto del 1973).

Questo periodo però si interrompe presto, alla metà degli anni '70, con la prima grave crisi economica italiana e poi mondiale. La riforma sanitaria, voluta dalla ministra Tina Anselmi, è l'ultima vera riforma volta ad attuare la Costituzione.

2. - Ai governi moderati del c.d. quadripartito (D.C., liberale, repubblicano, P.S.D.I.), e poi dagli anni '60 anche al partito socialista storico di Nenni e De Martino, e alla forza trascinate della sinistra democristiana di Donat-Cattin (e Nicola Pistelli), si sostituiscono negli anni ottanta i governi "di salute pubblica" di Giulio Andreotti (personaggio espertissimo e intelligente, ma su cui si è addensata più di un'ombra a seguito di processi anche di mafia di grande rilievo).

Sulla stessa linea, nel 1983, per la prima volta un socialista (anch'egli assai abile protagonista dalle molte sfaccettature), Bettino Craxi, diviene Presidente del consiglio.

Nel tragico decennio degli anni settanta le c.d. brigate rosse insanguinano l'Italia *da un lato* mietendo vittime tra magistrati "scomodi" (perché onesti), *dall'altro* lato sequestrando Aldo Moro, onesto e abile politico, che reputava giunta l'ora per traghettare la democrazia cristiana a sinistra. Aldo Moro sequestrato e poi ucciso, dopo giorni tormentosi, con il corpo ritrovato in Via Caetani a metà strada tra Piazza del Gesù ove si trovava la sede della D.C. e via delle Botteghe Oscure, sede storica del P.C.I.: accadde così che nello stesso giorno,

¹ L. n. 300 del 1970, per la quale si disse che "la Costituzione entrava nei luoghi di lavoro", il cui art. 28 ha introdotto un procedimento sommario *tipico* a tutela del godimento del diritto di libertà nei luoghi di lavoro, con la previsione di una tutela rapida ed effettiva che trova riscontro solo nelle azioni a tutela del proprietario spossessato o limitato nel godimento del suo bene.

poche ore dopo il rapimento, venne varato uno dei primi governi monocolori, con la D.C. disposta ad avvalersi ed essere sostenuta (sia pure con la astensione e - sui singoli provvedimenti - anche con il voto favorevole) dal forte Partito comunista italiano.

A questo punto la partita per l'attuazione del programma previsto dal (prima trascritto) art. 3, 2° comma, Cost., comincia ad essere persa, a bruciarsi, fino ad arrestarsi progressivamente del tutto.

Ma ecco, due date memorabili che indicano che quella fase si è conclusa.

a) Nel 1989 - dopo una lunga agonia durata più di trenta anni (dalla morte di Stalin nel 1954) - Gorbaciov ha finalmente il coraggio di rendersi responsabile del dissolvimento dell'impero sovietico: Russia e paesi satelliti si sfaldano, anche se di ciò non si avvantaggiavano in modo alcuno i lavoratori, bensì soprattutto gruppi di oligarchi (solo apparentemente i dirigenti politici del "democratico" occidentale vivranno a lungo notti e sogni più tranquilli).

b) In Italia un certo Mario Chiesa, colto sul fatto, comincia a parlare a Milano e apre la stagione di "Mani Pulite" e di "Tangentopoli". La procura di Milano operò sotto la guida di Saverio Borrelli, grazie ad un ex poliziotto (il dott. Di Pietro) e ad uno staff di qualità (desidero ricordare il dott. Gherardo Colombo che con rapidità preferisce abbandonare la toga di sostituto procuratore della Repubblica, e recarsi a spiegare - con Anna Sarfatti - agli studenti i principi fondamentali della bellissima Costituzione del 1948).

E così i giochi sono fatti: Craxi, per evitare il carcere, nel 1994 preferisce fuggire da Milano ad Hammamet, in Tunisia.

Degli altri vorrei evitare per buon gusto di fare i nomi, se non quello di Primo Greganti, fedele militante comunista vecchio stampo, che preferirà anni di carcere al denunciare il sistema - noto a tutti - di finanziamento di *tutti* i partiti, e anche del P.C.I.

Nella politica italiana, a Alcide De Gasperi, Palmiro Togliatti, Nilde Iotti, Pietro Nenni, Ugo La Malfa, si sostituiscono Silvio Berlusconi, Matteo Renzi, Matteo Salvini, Giuseppe Conte, Alessandro Di Battista, Italo Bocchino e oggi Giorgia Meloni. Ovviamente questo con il breve o lungo intervallo di tre anni di Covid in cui Mario Draghi ha accettato di essere prestato, per fortuna, alla politica.

L'unico "sopravvissuto" di quella stagione è Giuliano Amato, discepolo politico del peraltro intelligentissimo Giulio Andreotti.

3. - Come birilli scompaiono: il P.C.I. con le sue figure "mitiche" Palmiro Togliatti, morto nel 1964, Enrico Berlinguer, morto nel 1984, senza che Occhetto e D'Alema potessero raccogliergli l'eredità politica; il P.S.I. e il P.D.S.I., con i suoi segretari Nenni, Di Martino, Saragat ecc., che a loro volta si estinguono insieme a Craxi.

Scompaiono le Case del Popolo; le sedi periferiche dei sindacati “rossi”; le feste dell’Unità organizzate con la partecipazione gratuita di tanti uomini e tante donne comunisti; le sedi dell’A.R.C.I. ecc. ecc.

Scompare, come già si è detto, la bellicosa “sinistra” democristiana.

Se si pensa che i partiti della sinistra (comunista e socialista) e del centro (Democrazia Cristiana, liberale, repubblicano) raccoglievano negli anni ’70 oltre l’80% dei voti, e la destra tutta superava di poco il 10%, ci si rende conto del mutamento epocale cui le persone della mia generazione hanno assistito negli anni ’70 fino al ’95: cioè in appena venti anni. Ad esempio, della stampa di “sinistra” sopravvive solo il quotidiano “Il manifesto” fondato nei primi degli anni ’70 da Rossana Rossanda, Luigi Pintor, Aldo Natoli, Valentino Parlato ecc. e poi direi pressoché unicamente “La Repubblica” fondata da Eugenio Scalfari.

Se si pensa che tutto ciò fuoriesce dalla memoria storica di quanti sono nati dalla metà degli anni ’70 in poi, solo allora ci si rende conto della vera e propria - questa sì - *rivoluzione* politica e culturale delle persone della mia generazione (che talvolta ne sono state anche sfortunate protagoniste).

4. - Di qui la necessità, pertanto, di prendere atto di una vera e propria catastrofe (non soltanto sul terreno politico) di questa radicale trasformazione della realtà.

4.1. - Vorrei pertanto soffermarmi su un settore specifico, quello giuridico dell’interpretazione dei testi di legge (costituzionale o ordinaria) e delle norme desumibili in via di interpretazione sistematica dei testi di legge ordinaria e costituzionale (interpretazione sistematica cui gli operatori giuridici devono ricorrere e ricorrono quotidianamente da secoli).

4.2. - Mi piace a questo punto iniziare ricordando il pensiero di Tullio Ascarelli, cioè di certo uno dei maggiori giuristi italiani del Novecento. Nato nel 1903 (allievo di Cesare Vivante, fondatore nel 1903, con Angelo Sraffa, della “*Rivista di diritto commerciale*”), Ascarelli si colloca in un *contesto culturale* inimmaginabile anche per chi come me è nato appena prima della seconda guerra mondiale (per rendersi conto di tale ambiente, rinvio ai molti ricordi di N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977). Emigrato in Brasile durante le leggi razziali, tornato in Italia nel 1950, Tullio Ascarelli muore ancora giovane nel 1959. Nel 1956, in seguito dell’entrata in funzione della Corte costituzionale, annota la prima sentenza della Corte, sentenza c.d. interpretativa di rigetto (e poi di accoglimento) relativa all’art. 2 T.U.L.P.S. del 1931, sentenza che, lasciando intatto il *testo* dell’art. 2, dichiarava incostituzionale la “norma” o le norme che erano state desunte dal testo. Ascarelli perveniva alla - oggi scontata - conclusione che dallo stesso testo di legge, a seguito dell’evoluzione delle “realtà sociale”, fosse e sia normale desumere più e diverse norme di legge nel tempo, fenomeno del tutto

ovvio e legittimo (nella misura – aggiunge Ascarelli – in cui si rispetti una “continuità” nella interpretazione)².

4.3. - In questo contesto va inoltre risolta la *perenne* diversità a seguito del fisiologico e ineliminabile mutamento della realtà sociale, e - per quanto qui più interessa - in maniera determinante la interpretazione del testo immutato della legge ordinaria: anche a seguito della sua interpretazione sistematica (del combinato disposto) con le disposizioni (sopravvenute o preesistenti) della Costituzione (disposizioni, da cui è inevitabile desumere “norme” temporalmente diverse). È alquanto evidente che in sede di interpretazione dell’art. 3 Cost., non poteva e non può oggi non avere rilievo se si sia in un periodo – e in quali settori – di *attuazione* della Costituzione (come in tutti gli anni ’60 e ’70 del secolo scorso) o invece nel protrarsi del periodo di *stasi* (iniziato negli anni ’80 poi protrattosi negli anni ’90 e seguenti, non senza distinguere i singoli settori in cui la *stasi* si è determinata) come conseguenza del venir meno di quel compromesso tra cattolici e socialcomunisti sulla cui base furono scritti i principi fondamentali della Costituzione, ed in particolare gli artt. 1-3 ma anche nell’art. 36 della Costituzione.

Da qui deriva non l’aumento di interesse per l’interpretazione, ma la *stasi* o un *regresso* in sede di risultati della interpretazione sistematica.

Di qui ancora, nel ricordo che sto svolgendo, è alquanto evidente che Alessandro Pizzorusso (il quale, come giovane pretore di Moncalieri e poi di Livorno, era stato tra i primi a rimettere alla Corte costituzionale la questione di illegittimità costituzionale dell’art. 2 T.U.L.P.S. del 1931 nella parte in cui dal suo

² A - Riepilogando e articolando il problema accennato nel testo, come spiegavo ai miei studenti, vi è la *necessità logica* delle seguenti *banali* conseguenze in un sistema (quale quello comune a tutti i paesi dell’Europa occidentale) di *legislazione generale e astratta*, nella impossibilità di fermare la storia, di prendere atto che alla presenza di un *dato* “testo” di legge (ovviamente fino a che questo non sia modificato dall’organo legittimato a farlo, e cioè dal parlamento), è *fisiologico* che le *norme* desumibili dall’immutato testo *cambino* a seconda del momento, dell’attimo storico in cui – secondo legge – va verificata la *regola*, la norma (questa non immutabile ma mutabile nel tempo) da applicare ai sempre nuovi fatti (la c.d. fattispecie concreta), fatti per definizioni specifici *storicamente* accertabili ed accertati (in quale modo e con quale grado di certezza ora *non* interessa).

B - Ancora, spiego a me stesso, la *linearità*/“semplicità” di quanto ho sintetizzato nel capoverso precedente “quantitativamente” ma *non* “qualitativamente”, si complica quando il fatto storico, la fattispecie *concreta*, rinviene la sua disciplina da una *norma* desumibile *non* da *un solo* testo di legge generale e astratto, bensì da più *testi di legge* (sempre generali e astratti): ovvero con diversa terminologia, da “combinato disposto” di testi o – *è lo stesso* – di una operazione c.d. di “interpretazione sistematica”.

C - Ancora – spiego sempre a me stesso – le cose si complicano ulteriormente ove un determinato testo di legge astratta sia divenuto “obsoleto” a seguito del decorso di un bel tempo “eccessivo” dal momento in cui è stato emanato. In questo caso il giudice (e il “consulente del giudice”, vale a dire il *giurista*: avvocato, docente universitario o “garzone” che sia) continua ad essere “soggetto soltanto alla legge” (come dispone l’art. 101 Cost.); e solo la legge può stabilire chi e come può incidere su di essa; ed essa dispone che la legge preesistente può essere soppressa o modificata solo da un’altra *legge* nonché dalla Corte costituzionale ove la soluzione dei contrasti le sia devoluta dal giudice (che non ritenga di applicare la legge in via di interpretazione costituzionalmente orientata). Se il contrasto con la Costituzione non sussiste, soltanto il parlamento (cioè i parlamentari eletti dal popolo), può abrogare la legge divenuta o ritenuta obsoleta.

Tanto almeno impone la democrazia, la Costituzione italiana.

Mi è sembrato opportuno sintetizzare in questa nota la lezione che avrei svolto sull’argomento.

“testo” si desumevano “norme” in contrasto con la disciplina costituzionale delle “libertà”) non abbia mai dubitato anche (quale allievo di Franco Pierandrei, il costituzionalista con cui si era laureato, e di Virgilio Andrioli oltre che di Costantino Mortati di cui era stato assistente alla Corte costituzionale nei primi anni sessanta) della piena legittimità e, anzi della necessità di applicare in via di interpretazione sistematica di disposizioni relative alla enunciazione di *valori* - quindi l’art. 2 (diritti inviolabili della persona, doveri inderogabili di solidarietà); l’art. 3 (eguaglianza formale, con l’indicazione al secondo comma del *dovere* della repubblica, quindi *anche* della magistratura in sede interpretativa, di - “rimuovere gli ostacoli” ecc. ecc.); l’art. 36, 1° comma (retribuzione “in ogni caso sufficiente ad assicurare” al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa”) ecc. ecc. Costituzione che - è da dire a chiare lettere - sia nei *principi generali* (artt. 1-12) sia in tutta l’ampia Parte Prima (relativa ai *diritti e doveri dei cittadini*) si avvale spesso di disposizioni che enunciano *valori* senza specificazione preventiva delle fattispecie alle quali le stesse disposizioni si applicano, e che devono essere applicate da tutti i cittadini e dai giudici tutti della Repubblica. Nel fare ciò il legislatore costituente si è comportato come si sono comportati i legislatori di tutti i tempi (se si vuole a partire da Giustiniano); si pensi a disposizioni di legge ordinaria che impongono *doveri* di *correttezza*, comportamenti secondo *buona fede*, *diligenza del buon padre di famiglia*. Quanto a disposizioni costituzionali, si pensi a tutte le *dichiarazioni dei diritti e doveri dell’uomo e del cittadino*, a cominciare dal *Bill of Rights* del 1791, fino alle costituzioni di pressoché tutti gli stati democratici. Sia ben chiaro, la Costituzione italiana del 1948 innova spesso sui *valori protetti* e quindi introduce *nuovi* diritti e doveri (inesistenti prima o esistenti in modo diverso), ma *nulla innova quanto alla tecnica millenaria*: ripeto alla tecnica delle disposizioni di legge relative a *buona fede*, *correttezza*, *buon costume* ecc. ecc. Tutto ciò è un *dato*, non un *costruito* cui l’operatore del diritto *da sempre* deve attenersi. Di certo il mutamento dei valori - anche qui come da sempre in tutti i tempi e in tutti i luoghi - comporta problemi sempre nuovi in tema di *certezza*; ma è la vita che non si può fermare se non con la *morte* o il non provvedere adeguatamente a contrastare il *riscaldamento climatico* che è problema di tutti noi e non solo degli operatori del diritto.

4.4. - Dopo aver chiesto perdono di questa ulteriore digressione, vorrei chiudere con rilievi in tema di interpretazione, ricordando un caso concreto (in cui mi cimentai anche come avvocato) relativo ad aride questioni “procedurali” in tema addirittura (!) di giurisdizione.

Nel 1977 alcuni avvocati (Ezio Menzione e chi scrive) indussero un giudice (Salvatore Senese, pretore di Pisa; ma vedi anche M. Nigro, in *Il foro amministrativo*, 1993, p. 2035 - 2073 ed ivi ampie indicazioni della giurisprudenza e di commenti relativi a Pret. Pisa) ad emanare una importante *ordinanza* (Pret. Pisa, 30 luglio 1977, in *Foro italiano*, 1977, I, cc. 2353 - 2368, riprodotta in ben 16 dense colonne del *Foro Italiano*), secondo cui il pretore può in materia di

controversie relative a diritti rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - davanti al quale non è prevista la tutela cautelare anticipatoria - adottare provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* a tutela di assegnisti e contrattisti universitari i quali abbiano fondatamente a temere che «il diritto alla corresponsione dell'indennità integrativa speciale» (c.d. scala mobile) «sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile durante il tempo occorrente a farlo valere in via ordinaria», dinanzi al giudice amministrativo.

Questo orientamento ebbe grosso seguito. Indico per tutti tre provvedimenti, i primi due pretorili, il terzo della Corte costituzionale.

a) Nel 1983, un principe del foro romano (Carlo Maria Barone mio amico e collega) chiese al Pretore Preden di Roma (v. *Foro italiano*, 1983, I, c. 1098 ss.) analogo provvedimento a favore della cooperativa "Il Manifesto", cioè la condanna della p.a. alla corresponsione dei contributi all'editoria cooperativa (a seguito di una discussione alla presenza di Rossana Rossanda e Valentino Parlato che si erano rivolti a Luigi Ferrajoli per sapere come fosse possibile evitare la chiusura, impedendo la fine del giornale).

b) La stessa soluzione fu accolta da un *allora* sconosciuto pretore di Chivasso (Luciano Trovato, poi presidente del Tribunale dei minorenni di Firenze) con ordinanza 15 marzo 1983, in *Foro italiano*, 1983, I, c. 1118, in materia di obiezione di coscienza.

c) Il terzo provvedimento è addirittura la sentenza della Corte cost. 28 giugno 1985 n. 190, estensore V. Andrioli (v. *Foro italiano* 1985, I, c. 1881, con ampia nota redazionale, e nota illustrativa dei precedenti di dottrina e giurisprudenza), il cui dispositivo additivo di accoglimento *trapiantò* nel processo amministrativo il precetto dell'art. 700 c.p.c. (il testo della sentenza della Corte costituzionale e di uno scambio di lettere tra Andrioli e la sig.ra Beatrice Canestro Chiovenda, può leggersi nel volumetto da me curato, *L'affetto, l'umanità e l'intransigenza morale di un maestro: Virgilio Andrioli*, Napoli, 2019, p. 57-82).

4.5. - Concludo e sintetizzo. I valori trattati in testi di legge (costituzionale o ordinaria) sono poco meno che *flatus vocis*, disposizioni programmatiche inutili, se non tradotte in testi di legge ordinaria con riguardo a fattispecie specifiche.

La riforma sanitaria del 1978, ultima riforma di attuazione della Costituzione, non ha determinato l'ibernazione delle disposizioni costituzionali in tema di valori senza riguardo alla *predeterminazione* di fattispecie specifiche. Una simile abrogazione sarebbe stata possibile con la maggioranza necessaria per le modifiche costituzionali, ma le modifiche non sono state effettuate, e non ci si può invece comportare *come se* fossero intervenute. I testi per l'educazione civica sulla Costituzione degli studenti della scuola, di Bobbio - Pierandrei, di G. Colombo - A. Sarfatti, di A. Saitta *non* ne hanno dato atto nei loro manuali. Anzi i testi sulla struttura del contratto o del negozio giuridico, pur nella diversità delle opinioni di Betti, Rubino, Scalisi, P. Rescigno, P. Trimarchi, E. Roppo, A. Auricchio, R. Sacco, o sulla interpretazione allora di E. Betti, L. Lombardi Vallauri, o S. Tondo,

non sono stati dati al rogo o eliminati dalle biblioteche o dal commercio. Non si è ritornati alla borghesia liberale dell'Ottocento abrogando la Costituzione, come puntualmente ribadito nel settembre del 2023 nella giornata in ricordo di Paolo Grossi svoltasi ai Lincei; anzi la segreteria dei Lincei, se richiesta, utilizza ancora e mette a disposizione di chiunque lo richieda il testo cartaceo della "lettura" di Paolo Grossi su "*Giovinezza della Costituzione italiana*" del 2019, testo che io ho fatto scannerizzare per poterlo inviare a ex studenti, oggi magistrati o docenti universitari. E ancora, gli atti del convegno tenutosi a Catania nel 1973 per iniziativa di Pietro Barcellona su "*L'uso alternativo del diritto*", o i numeri di *Questione giustizia* con gli interventi di Accattatis, Ferrajoli, Senese, o di P. Borrè sono ancora reperibili e non messi al rogo, anche se ovviamente le tesi sostenute come attuali nella prima metà degli anni settanta non sono più - purtroppo o per fortuna - oggi praticabili, anche perché la rivoluzione sia pure incruenta non si fa attraverso scritti redatti in un tempo - oggi superatissimo - in cui si era certi o si sperava sulla continuità della attuazione del programma emergente dal secondo comma dell'art. 3 cost., e non si prevedeva in modo alcuno la brusca interruzione sopravvenuta degli anni '80 ad oggi.

Anzi, guardando con pessimismo giustificato alla storia del 1948 ad oggi, si è tentati di ritenere che bene hanno fatto Dossetti a ritirarsi nella montagna tosco-emiliana a Monte Sole per fondare una piccola comunità religiosa costituita da persone semi-laiche disposte a trascorrere decenni nel medio oriente - oggi Palestina e Israele - per limitarsi a "testimoniare"; o La Pira a ritirarsi a vita semi-monacale nel convento di Piazza S. Marco a Firenze, per svolgere le funzioni di sindaco (quando tra l'altro chiese a Enrico Mattei, negli anni '50, la difesa dell'occupazione dei lavoratori della Pignone) e soprattutto entrare in contatto con i grandi del mondo, in Russia o in Vietnam o in America, per parlare profeticamente di pace; o ancora - come mi viene alla mente - Franco Cordero ad abbandonare l'Università Cattolica di Milano e a trasferirsi a Torino, preferendo potere studiare e insegnare quanto gli interessava e scrivere non solo in tema di procedura penale, conservando la sua libertà di libero pensatore, se del caso togliendosi qualche sassolino dalla scarpa nel suo "Risposta a monsignore" del 1970 (De Donato editore).

5. - È tempo di ritornare all'amico Alessandro Pizzorusso. In questo caos culturale, di rovesciamento dei valori (per non dire di offuscamento e addirittura di scomparsa di quelli che erano stati valori che la mia generazione pensava eterni), è ovvio lo "spaesamento" di quanti sono cresciuti e divenuti adulti nei mitici anni successivi al '68 in un mondo oggi privo di qualsiasi *certezza*, di sostituzione all'*esprit de finesse* o *de geometrie* dell'*incertezza* quotidiana ecc. ecc.

Alessandro non ci si ritroverebbe.

Alessandro Pizzorusso era una persona semplice e, come tutte le persone semplici, personaggio *complesso* spesso *incomprensibile* anche da parte di Valeria, sua moglie, rimasta sola a Pisa con i suoi studi e le sue ricerche di filologia e

linguistica e i figli a Pisa e Roma, ma presente proprio per questo nel ricordo dei suoi familiari e di tutti *noi* allievi, colleghi, magistrati oggi qui a Pisa.

Non è mio compito – neppure se avessi la capacità o il tempo necessario – ripercorrere la vita di studioso di Pizzorusso: la sua competenza assoluta in tema di diritto costituzionale, non solo italiano ma anche straniero, vero comparatista che conosceva anche il diritto interno, che nascondeva sotto la sua *competenza* la sua innata e irrinunciabile umiltà, semplicità, assenza di certezza assoluta in ogni campo, aperto alle ragioni dell'altro, infaticabile lavoratore con l'accetta ma anche con la punta della spada. Non è mio compito ricordare la sua attività di magistrato, assistente alla Corte costituzionale di Costantino Mortati (probabilmente coautore della sentenza 56/1971 in tema di tutela del diritto di difesa dei terzi nel processo), di redattore prima da solo, poi con i suoi sempre più numerosi allievi, del *Foro italiano* dagli anni '50, di commentatore della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e poi anche straniera.

Così come non è mio compito ricordare le tappe della sua carriera universitaria, prima con Franco Pierandrei relatore della sua tesi di laurea nel 1954, di assistente – come ho già detto – di Mortati; di vincitore nel 1972 del concorso per l'insegnamento del diritto costituzionale, di insegnante prima a Pisa fino al 1981, poi a Firenze dal 1981 al 1989 di diritto pubblico comparato, quale successore di Mauro Cappelletti. Né di dire della miriade delle sue monografie: della prima del 1963 su “*La pubblicazione degli atti normativi*” alle tante altre; o diversi manuali di diritto costituzionale, di Istituzioni di diritto pubblico, di diritto comparato; o dei suoi infiniti studi sull'ordinamento giudiziario italiano e poi anche straniero, ecc. ecc.

Vorrei invece ricordare in alcuni *flash* alcuni momenti della sua vita e della nostra amicizia: il festeggiamento dell'ottobre 1972 (a Montecarlo, in provincia di Lucca), della sua vittoria al concorso universitario con Andrioli e la moglie Adriana, con Beppe e Elvira Pera (e poi a Lucca con la giovanissima Pia), Pino Borrè e Franco Batistoni Ferrara; la conoscenza in quella occasione del padre di Pizzorusso, un simpatico avvocato che ricorderò sempre perché Alessandro mi regalò i suoi vari volumi del Trattato di Mattiolo; e poi le foto di gruppo con Andrioli scattate a Lucca. E così la notizia nel corridoio in via Laura a Firenze, nel 1988, della sua nomina a socio dell'Accademia dei Lincei, nomina di cui quasi si vergognava perché in tal caso aveva scavalcato colleghi a suo avviso ben più “importanti” (quali Paolo Barile o Paolo Grossi). E infine quando, alla scadenza del suo mandato al Consiglio Superiore della Magistratura nel 1994, mi diede in eredità il suo autista personale Cerro con l'avvertenza, però, che non l'avrei dovuto impegnare dopo le 18, perché dormiva con la famiglia lontano da Roma ecc. ecc.

6. - E così sono giunto al termine di questa chiacchierata in cui ho rischiato - serve avere la lucidità necessaria - di dare fondo all'universo nel tentativo di ripercorrere - in un tempo troppo ristretto e per di più senza le conoscenze

necessarie per accennarne - due secoli di storia e di penetrare nei sentieri più profondi della persona umana.

Chiudo però con una ultima - per me indispensabile - più o meno breve osservazione.

La ragione per cui Roberto Romboli mi ha chiesto di venire a Pisa per ricordare l'amico Alessandro è probabilmente a tutti nota. È l'essere stati entrambi allievi di una persona particolarissima: Virgilio Andrioli. Pizzorusso a Pisa all'inizio degli anni '50 (insieme a Beppe Pera, Pino Borrè e Franco Batistoni Ferrara), ed io alla fine degli anni '50 (insieme a Modestino Acone, Giovanni Verde e Ernesto Lupo e tanti altri che non è possibile né il caso di stare qui a ricordare); siamo tutti affratellati dall'essere stati allievi del comune maestro. Di questo ho detto già tanto in altre occasioni orali o scritte, anche e soprattutto sul *Foro italiano*.

Il motivo per cui lo ricordo è però un altro. Chi ha conosciuto Andrioli sa bene che era una persona dal carattere - almeno apparentemente - aggressivo, dal linguaggio in pubblico tale da fare vergognare i suoi allievi (come l'ha ricordato con grande efficacia Pera). L'uno scrittore difficilissimo, dal periodare che più contorto non poteva, ma chiarissimo a lezione; l'altro scrittore sempre chiarissimo, eccetera eccetera.

Ho ricordato questo perché fa riflettere sulla insondabilità della persona umana. Del come le diversità apparentemente incolmabili nascondono persone invece estremamente simili.

Detto questo vorrei chiudere con una parola di speranza.

È possibile che dietro la confusione, il caos del momento storico in cui stiamo vivendo, vi sia qualcosa di diverso: si tratti solo delle doglie del parto proprie di ogni periodo di transizione (come quello dei primi anni della rivoluzione francese, o della rivoluzione russa del 1917, o la *shoah* degli anni '40 del secolo scorso) destinate a sfociare in un periodo radicalmente diverso, simile alla nascita di un bel bambino che deve però crescere senza fretta alcuna.

**RECENSIONE A VIRGINIA CAMPIGLI:
“L'AUTODICHIÀ DEGLI ORGANI COSTITUZIONALI. DAL PRIVILEGIO
DELL'ORGANO ALLA TUTELA AMMINISTRATIVA DELL'INDIVIDUO”
(ESI, 2023)**

RENATO IBRIDO*

A seguito della sent. n. 262 del 2017 Corte cost., il tema dell'autodichia degli organi costituzionali è tornato prepotentemente al centro del dibattito scientifico, essendo oggetto di un cospicuo numero di lavori, anche di carattere monografico¹. Ricordo, a titolo meramente esemplificativo, le monografie di Antonello Lo Calzo (2018), Luca Castelli (2020) e – con un taglio di carattere comparativo – di Francesco Dalla Balla (2024)².

Il recente e brillante volume di Virginia Campigli pubblicato nel 2023 per la collana *Orizzonti del Diritto pubblico* di Editoriale Scientifica (“*L'autodichia degli organi costituzionali. Dal privilegio dell'organo alla tutela amministrativa dell'individuo*”) si inserisce in questo quadro di contributi con un significativo elemento di specificità: pur naturalmente nell'ambito di un fecondo dialogo con le altre discipline giuridiche, la monografia di Virginia Campigli arricchisce gli studi

¹ La sent. n. 120 del 2014 Corte cost. – nel confermare l'inidoneità delle norme dei Regolamenti parlamentari in materia di autodichia a fungere da oggetto del giudizio di legittimità costituzionale – aveva prospettato la possibilità di verificare il fondamento costituzionale del sistema di giustizia domestica delle Camere in un eventuale successivo conflitto di attribuzioni. Sulla base di tale indicazione, la Corte di Cassazione ha sollevato un conflitto in tema di autodichia, il quale è stato tuttavia respinto dalla sent. n. 262 del 2017. Peraltro, in tale pronuncia la Corte ha ammonito le Camere rispetto al rischio di una eccessiva estensione della loro giurisdizione domestica: quest'ultima può senz'altro ricomprendere l'esame dei ricorsi dei propri dipendenti ma non le controversie che coinvolgano situazioni soggettive di soggetti terzi, come ad esempio in materia di appalti e forniture.

² Cfr. A. LO CALZO, *L'autodichia degli organi costituzionali: il difficile percorso della sovranità istituzionale alla garanzia della funzione*, Napoli, 2018; L. CASTELLI, *L'autodichia degli organi costituzionali: assetti, revisioni, evoluzioni*, Torino, 2020; F. DALLA BALLA, *Indagine sull'autodichia. Miti e prospettive tra Italia e Spagna*, Milano, 2024.

* Professore associato di diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Firenze.

in materia di autodichia con un ulteriore punto di vista, il quale prova a rileggere l'esperienza di questo istituto alla luce delle categorie classiche del diritto amministrativo. Peraltro, già la circostanza che una amministrativista – fra l'altro di scuola fiorentina – abbia scelto di occuparsi di un tema tradizionalmente appannaggio di studiosi di diritto costituzionale e parlamentare costituisce una indicazione chiara della ricostruzione teorica dell'istituto sposata nel volume. Sotto questo profilo, la monografia si segnala per una netta scelta di campo a favore della tesi della natura amministrativo-giustiziale degli organi di giustizia domestica, i quali risulterebbero invece carenti dei caratteri costitutivi della giurisdizione (spec. pag. 271 ss.).

Il volume si articola in quattro capitoli.

Nel primo capitolo, l'autrice indaga il significato giuridico dell'autodichia alla luce delle tradizionali teorie sulla sovranità e sulla separazione dei poteri. Se in origine la lettura soggettivo-organica del principio di separazione dei poteri aveva fornito una giustificazione teorica all'esistenza di sistemi interni di autodichia, ad avviso dell'autrice tale interpretazione appare oggi superata. A trovare riscontro nella Costituzione repubblicana sarebbe invece l'opposta lettura oggettivo-funzionale del principio di separazione dei poteri.

Il secondo capitolo è dedicato ai “luoghi” di emersione dell'autodichia. Vengono così identificati i tratti principali dei diversi sistemi di giustizia domestica attualmente esistenti nel nostro ordinamento nonché le categorie di controversie per le quali risulta esclusa la giurisdizione del giudice comune. Particolare attenzione viene altresì dedicata alle ipotesi di assenza di autodichia, a partire dal caso del Consiglio superiore della magistratura.

Il terzo capitolo esamina più nel dettaglio i modelli organizzativi e le regole procedurali (*rectius*, i “moduli procedimentali” per usare una espressione contenuta nella sent. n. 262 del 2017 Corte cost.) che caratterizzano l'autodichia degli organi costituzionali. Di particolare interesse sono le pagine dedicate al sistema di impugnazioni e alle modalità di esecuzione delle decisioni. È proprio l'analisi puntuale di tali procedure a spingere l'autrice a ricostruire la natura di tali organi in termini amministrativo-giustiziali piuttosto che giurisdizionali.

Il quarto capitolo individua i diversi profili di criticità dell'autodichia rispetto ai principi costituzionali, in particolare in relazione agli artt. 3, 24 e 113 Cost. (a loro volta interpretati in stretta connessione con l'art. 2 Cost.). Da qui la proposta di superare un modello di autodichia concepito quale rimedio esclusivo, riconfigurando l'istituto quale forma di *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Ciò implica, nella prospettiva dell'autrice, l'alternatività e cumulabilità del ricorso in autodichia rispetto a quello dinanzi al giudice comune.

Benché il volume giustamente si occupi anche dei sistemi di giustizia domestica degli altri due organi costituzionali (Presidenza della Repubblica, Corte costituzionale), la questione dell'autodichia delle Camere costituisce a mio avviso il passaggio centrale per la comprensione della evoluzione teorica dell'istituto. In

effetti, la giurisprudenza costituzionale in materia di autodichia ha rintracciato nei Regolamenti parlamentari il caso paradigmatico e in qualche modo fondativo di una più ampia (e tutt'altro che scontata) categoria di "regolamenti di organo costituzionale". Tale categoria ricomprende, oltre ai Regolamenti delle Camere, i Regolamenti della Corte costituzionale ed i Regolamenti della Presidenza della Repubblica, ossia proprio i tre organi dotati di un sistema di giustizia domestico. Peraltro, i Regolamenti della Corte e della Presidenza della Repubblica – pur coperti da fonte legislativa – sono privi di quell'aggancio diretto nell'art. 64 Cost. che è invece ravvisabile in relazione all'autonomia normativa delle Camere (quest'ultima intesa come preconditione e presupposto dell'autodichia). Per essere brutali: stando a questa giurisprudenza, l'autodichia degli altri due organi costituzionali è concepita quasi in un "gioco di sponda" rispetto a quella delle Camere.

Ebbene, proprio con specifico riferimento all'autodichia dei due rami del Parlamento, chi scrive ritiene che a collidere con i principi costituzionali non sia tanto l'esclusività dell'autodichia in sé, quanto piuttosto l'articolazione del sub-sistema di fonti che disciplina questo istituto. In particolare dovrebbe essere sempre assicurata la possibilità per la Corte costituzionale di sindacare la congruità delle regole organizzativo-procedurali dell'autodichia parlamentare nella loro dimensione generale ed astratta. Da questo punto di vista, la giurisprudenza costituzionale non sembra aver sufficientemente valorizzato la riserva di legge in materia di giusto processo (art. 111 Cost.). Se il concetto di "riserva di legge" coincide sostanzialmente con quello di "riserva di fonte sindacabile dalla Corte costituzionale" – come autorevolmente affermato da Sergio Fois³ – la disciplina dell'autodichia delle Camere non può esaurirsi nei Regolamenti minori, ossia in fonti insindacabili. L'autodichia richiede al contrario l'intervento della legge proprio in quanto fonte oggetto del controllo della Corte ai sensi dell'art. 134 Cost. Tutt'al più potrebbe ipotizzarsi una copertura dell'autodichia delle Camere in una norma di legge e l'implementazione della disciplina relativa ai procedimenti di giustizia domestica nei Regolamenti minori. In quest'ultimo caso, un sindacato "indiretto" della Corte sulle norme processuali contenute nei Regolamenti minori sarebbe comunque possibile attraverso la dichiarazione di incostituzionalità della legge ordinaria nella parte in cui non subordina l'abilitazione normativa in favore dei Regolamenti minori alla introduzione di una serie di principi processuali inderogabili.

Rispetto a questa soluzione interpretativa, la posizione dell'autrice appare ancor più netta, richiedendo non solo una riarticolazione del sistema delle fonti in materia di autodichia – e dunque un protagonismo più marcato della fonte legislativa – ma anche la sostanziale irreversibilità dell'opzione per la cumulabilità/alternatività fra autodichia e ricorso al giudice comune. È questa, secondo l'autrice, l'unica strada interpretativa possibile per salvare l'autodichia

³ Cfr. S. Fois, *Norme anteriori e riserva di legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, pp. 1071 ss.

rispetto alle obiezioni che tale istituto pone sul terreno dei valori personalistici sanciti dalla Costituzione nonché del corretto bilanciamento fra i poteri. In particolare, secondo Virginia Campigli il superamento di una concezione dell'autodichia quale privilegio dell'organo costituzionale richiederebbe il combinato fra l'intervento di una disciplina legislativa ed un *revirement* della Corte costituzionale rispetto alla propria precedente giurisprudenza. Infatti, anche in considerazione di quanto affermato dalla Corte in occasione della sent. n. 237 del 2022, il solo "trasferimento" a livello legislativo della disciplina in materia di autodichia non potrebbe escludere un successivo ripensamento da parte delle Camere, con conseguente possibilità di adottare una ulteriore disciplina – magari contenuta nei regolamenti minori – preclusiva dell'accesso al giudice⁴.

Al di là della condivisibilità o meno delle posizioni prospettate dall'autrice, la monografia di Virginia Campigli si segnala per la serietà dell'approfondimento nonché per la linearità e chiarezza del percorso argomentativo. Come detto, il volume non si limita ad indagare il solo sistema di giustizia domestico delle Camere, pur mostrandosi consapevole della centralità di quest'ultimo modello negli itinerari evolutivi della più ampia categoria dell'autodichia degli organi costituzionali. Proprio alla luce di questa centralità, l'auspicio è che l'indagine portata a termine da Virginia Campigli possa contribuire a rilanciare un filone di studi che è stato definito con l'espressione di "diritto parlamentare amministrativo"⁵ o, se si preferisce, di "diritto amministrativo parlamentare"⁶. Una materia per sua natura interstiziale ed il cui armamentario metodologico appare in buona parte ancora tutto da costruire.

⁴ La sent. n. 237 del 2022 appare decisiva per chiarire i rapporti fra riserva di legge e riserva di regolamento parlamentare e di conseguenza l'esistenza di una area di materie nelle quali le due fonti (legge e regolamento parlamentare) risultano fungibili. In tale occasione la Corte ha affermato che la disciplina dei vitalizi (e in generale degli emolumenti dovuti al termine dell'incarico elettivo) non è soggetta né alla riserva di legge di cui all'art. 69 Cost., né alla riserva di regolamento parlamentare, spettando alle Camere la scelta dello strumento normativo ritenuto più adeguato (sent. n. 237 del 2022). Secondo la Corte, la riserva di regolamento parlamentare assume «carattere indefettibile soltanto in materia di procedimento legislativo». Di conseguenza, il Parlamento potrebbe attrarre nella riserva di regolamento parlamentare – con tutte le conseguenze in termini di insindacabilità – ulteriori ambiti di diritto parlamentare, così come potrebbe altresì decidere di ricorrere in queste stesse materie alla fonte legislativa.

⁵ Cfr. M. ARAGÓN REYES, *Las fuentes del derecho parlamentario: Ponencia general*, in *Las fuentes del derecho parlamentario*, a cura di J.C. Da Silva Ochoa, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1996, pp. 25 ss.

⁶ Cfr. R. FERRARI ZUMBINI, *Appunti e spunti per una storia del Parlamento come amministrazione: il Senato*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 1987, LX, pp. 88 ss.

«TORNATE ALL'ANTICO, SARÀ UN PROGRESSO»

I fondamenti della cultura costituzionale moderna nello spazio giuridico
e filosofico della classicità greco-romana.

GABRIELE DI GIROLAMO*

Il presente scritto, avvalendosi di un approccio chiaramente giuridico ma anche storico e letterario, si propone di porre in evidenza come, per una piena comprensione delle dinamiche che governano i moderni ordinamenti liberaldemocratici e allo scopo di rivitalizzare le ragioni ideali della cultura del costituzionalismo che è alla base degli stessi, sia essenziale tornare ad interrogarsi sulle indicazioni di Teoria pura dello Stato già vivificate nell'elaborazione filosofica e negli equilibri istituzionali della civiltà greco-romana. Dopo una rapida indagine giuridica ed etimologica sull'origine del concetto di "costituzione", si intende procedere a ricavare dalla speculazione classica le più rilevanti considerazioni in ordine a due fondamenti del costituzionalismo moderno: la sostanziale indefettibilità del "governo limitato" e la preminenza della legge come espressione della sovranità popolare.

The paper – employing a juridical, historical, and literary approach – aims to underscore the imperative nature of revisiting the tenets of State Theory, as invigorated in the philosophical discourse and institutional equilibrium of Classical Civilisation. This re-examination is deemed crucial not only for a comprehensive comprehension of the mechanisms governing contemporary Liberal Democratic systems, but also for the rejuvenation of the foundational ideals of the Culture of Constitutionalism on which these systems are built. After a rapid legal and etymological investigation on the origin of the concept of "constitution", the research is to outline the most relevant evaluations derived from classical speculation on three foundations of modern Constitutionalism: the substantial indefectibility of "limited government", the primacy of law as expression of the Popular sovereignty.

SOMMARIO: 1. L'origine del concetto di "costituzione" nel linguaggio e nella cultura giuridica delle Civiltà classiche. – 2. L'ideale e il realizzabile: il governo "limitato" come

* Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Bologna.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974 - 5640 © 2024 G. Di Girolamo. 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://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

indefettibile argine alla fallibilità umana secondo l'antichità ellenica. – 3. Popolo, legge e costituzione nell'ordinamento di Roma antica: alle origini della sovranità democratica.

1. *L'origine del concetto di "costituzione" nel linguaggio e nella cultura giuridica delle Civiltà classiche.* – L'insegnamento tucidideo varca i secoli, rivolgendosi a coloro i quali intendono scrutare e penetrare la verità delle vicende passate per ricavarne le leggi immanenti che regolano il moto rivoluzionario del mondo umano che ruota su se stesso secondo un asse a sé sempre identico. La storia è davvero *κτῆμα ἐς αἰί*, "possesso per l'eternità", straordinaria *distensio animi* che trasfigura in un istante il presente per condurre l'azione umana da un passato che non è più ma che ha lasciato le sue tracce verso un futuro che ancora non è.

Se questi insegnamenti preservano integri la loro validità, come potrebbe il diritto costituzionale privarsi della conoscenza dei tesori dell'antichità classica senza rinnegare il proprio ruolo di disciplina preordinata a scandagliare i meccanismi stabiliti a tutela dei più alti valori che informano le società complesse? Che la crisi in cui versano molti dei più consolidati ordinamenti di tradizione liberaldemocratica non sia, invece, un'imperdibile occasione per consentire l'accendersi di un rinnovato interesse verso la speculazione filosofica della civiltà greco-romana ed i "monumenti" di dottrina pura dello Stato e della costituzione che in essa possono essere ritrovati?

Queste considerazioni costituiscono la fondamentale premessa del presente scritto, il quale, senza velleità alcuna di completezza ed affrontando in modo trasversale e necessariamente parziale tematiche che richiederebbero una trattazione ben più ampia, vuol farsi portatore di una chiave di interpretazione giuridica ma anche storico-letteraria dei "dogmi" del costituzionalismo liberaldemocratico. L'approccio che qui si vuole accogliere è quello della valenza "universale" degli insegnamenti del mondo classico, dai quali possono ancora ricavarsi indicazioni circa le direttive di sviluppo degli ordinamenti costituzionali contemporanei¹.

In questo senso, la straordinaria "chiaroveggenza" dei campioni dalla speculazione filosofica dell'antichità greco-romana può essere apprezzata sin dalla declinazione del concetto di "costituzione". Va quindi respinta l'idea che l'indagine giuridica e politica sulla categoria generale della costituzione rappresenti una conquista dell'età dei lumi, posto che «fin dall'antichità classica precisa era la distinzione e, per ciò stesso, la definizione di quelle norme che,

¹ Si vuole qui accogliere quella considerazione di M. MOGGI, *La polis e dintorni. Saggi raccolti in occasione del 75° compleanno*, Pisa, 2017, p. 62, secondo il quale la storia «è in qualche misura l'alimento che nutre lo studioso della politica, il legislatore e l'uomo di stato e che mette questi ultimi in condizione di operare con cognizione di causa [...]. È chiaro tuttavia [...] che essa può svolgere un compito di questo genere soltanto se è in grado di offrire una serie di dati il più possibile autentici e rispondenti alla realtà, perché solo così i responsabili di una *polis* saranno in grado di suggerire le decisioni veramente più opportune e più utili da assumere di volta in volta su una serie di questioni che riguardano la sua stessa esistenza e il destino dei suoi *politai*».

avendo un'importanza e una posizione maggiore nella graduatoria delle fonti del diritto, sulle altre avevano carattere di preminenza»².

Eccettuato il caso di Cicerone, che per primo avrebbe impiegato il termine *constitutio* «come nome della struttura giuridico-politica della comunità»³

² C. GHISALBERTI, *Costituzione. Premessa storica (ad vocem)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, 1962, p. 133, il quale sostiene che i filosofi ed i giuristi (spesso le due figure sarebbero state difficilmente distinguibili, almeno nel mondo ellenico) dell'antichità impiegavano la categoria concettuale della "costituzione" con piena consapevolezza e sostanziale uniformità, concepita come «struttura stessa dell'ordine positivo quale risultava dal complesso delle norme che lo costituivano». *Contra* G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, 1995, trad. it. a cura di O. MASSARI, p. 211, sostiene che «non è di alcuna utilità richiamarsi, per il termine costituzionalismo, ai tempi dei greci e dei romani. [...] Il termine costituzione, e con esso la nozione di "costituzionalismo", è quindi un conio del diciottesimo secolo e venne generalmente accettato nella nostra accezione del termine nel solco dell'esperienza americana di elaborazione costituzionale». D'altra parte, in via preliminare va subito chiarito un punto sul quale la dottrina pare pacifica: l'antichità classica non conobbe il problema tecnico-giuridico della costituzione, in quanto «l'esigenza di norme scritte che costituissero il fondamento giuridico dello stato e il fondamento della validità della legislazione susseguente, di cui si pongono come guarentigia, fu problema ignoto, né d'altra parte era problema ideologicamente e storicamente ammissibile nelle concezioni del tempo»; è corretto ritenere lo stato moderno debitore della speculazione antica sulla costituzione, in quanto «orse non svolgendo elementi antichi, ma in contrasto con essi, in conseguenza di nuove situazioni storiche e di diverse posizioni ideologiche, ma trasse dalle concezioni greco romane succhi vitali e autorità per i propri postulati, ben sovente interpretando arbitrariamente – ed anche in contrasto con la realtà – il pensiero e la storia dei tempi classici». (E. CROSA, *Il concetto di Costituzione nell'antichità classica e la sua modernità*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, pp. 112-113; conf. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993, p. 111, secondo il quale «il costituzionalista o lo storico delle costituzioni che deliberatamente e programmaticamente rimangono nei confini esclusivi dell'età moderna rischiano di non capire quanto la loro stessa costituzione, quella elaborata in varie versioni alla fine del Settecento, contenga principi fondamentali, come il primato delle leggi sull'*imperium singulare*, che più delle volte sono apparsi, ed hanno operato, nella storia costituzionale più risalente, ed anche in un'antichità in apparenza molto remota»).

³ CASTAÑO, *Il potere costituente tra mito e realtà*, cit., p. 43, in riferimento a Cic. *Rep.* 1.45.69. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, cit., p. 211, è laconico nell'affermare che «il latino *constitutio* non ha nulla a che vedere con ciò che noi chiamiamo costituzione»; C.H. MCLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, ed. it. a cura di N. MATTEUCCI, Bologna, 1990, pp. 47-48, ove viene riportata una sintetica ma efficace cronistoria dell'evoluzione del termine "costituzione" nella sua preesistente versione in lingua latina "*constitutio*": «Nell'Impero romano la parola, nella forma sua latina, divenne il termine tecnico per gli atti legislativi dell'imperatore; e la Chiesa lo ha tolto in prestito dal diritto romano e l'ha impiegato nei regolamenti ecclesiastici validi per tutta la Chiesa o solo per qualche provincia. Dalla Chiesa o forse dagli stessi libri di diritto romano il termine venne preso in uso nel tardo medioevo per essere applicato agli atti secolari del tempo. In Inghilterra le famose *Constitutions of Clarendon* del 1164 erano definite da Enrico II e da altri, appunto come 'costituzioni', *avitae constitutiones, recordatio vel recognitio* delle relazioni che si supponeva fossero esistite tra Stato e Chiesa al tempo di Enrico I, nonno del sovrano allora sul trono. Si trattava, però, in sostanza di disposizioni ecclesiastiche sia pur promulgate dall'autorità secolare, e ciò può spiegare l'applicazione ad esse della parola 'costituzioni'. Il termine si trova tuttavia usato apertamente per atti secolari appunto in questo periodo, sebbene non si tratti di un vero e proprio uso tecnico della parola, onde è che troviamo sovente altre parole, come *lex* ed *edictum*, usate indifferentemente in luogo di *constitutio*, per indicare un atto amministrativo secolare. [...] In questo periodo, e per secoli ancora dopo, 'costituzione' significa sempre uno specifico atto amministrativo, proprio come per i giuristi romani. La parola era usata per distinguere questo atto particolare dalla *consuetudo*, o antico costume; mai nel nostro senso moderno, per indicare, cioè, la completa ossatura giuridica dello Stato. Sarebbe necessario un esame a curatissimo delle opere giuridiche e politiche di molti secoli per poter dire con sicurezza quando questa nozione moderna di costituzione appaia per la prima volta»; GHISALBERTI, *Costituzione*, cit., p. 134, che ricorda come «Durante l'Impero, in realtà, appare il termine "*constitutio*" non già, però, per definire l'intero ordinamento, ma solo per indicare le

inaugurando il costume moderno, gli studiosi latini impiegavano la perifrasi *forma* o *status civitatis* ovvero *status rei publicae*⁴. L'accostamento terminologico, a sua volta, non pare casuale, rappresentando la traduzione praticamente letterale della corrispondente circonlocuzione ellenica *πολιτείας εἶδος*, spesso tradotta riduttivamente come “forma di governo”⁵.

Se si volesse accogliere un'interpretazione evocativa del termine, “costituzione” per gli antichi sarebbe stato ciò che è “compiutamente stabilito” oppure ciò che è “tenuto insieme”: non soltanto «il modo con cui le varie funzioni dello stato sono distribuite ed organizzate fra i diversi organi costituzionali»⁶, ma la suprema ipostatizzazione dei fini della collettività associata⁷. Non deve

manifestazioni di volontà normativa di grado più elevato emanate direttamente dall'autorità del *princeps*. Si ritornava, perciò, al concetto di una gerarchia delle diverse fonti del diritto al vertice della quale stavano tali “*constitutiones*” che, peraltro, non erano mai norme primarie in quanto presupponevano pur sempre l'esistenza di un organo costituzionale capace di discriminare le varie fonti giuridiche e di differenziarle sia dal punto di vista del loro valore sia da quello della loro denominazione»; CASTAÑO, *Il potere costituente tra mito e realtà*, cit., p. 43.

⁴ GHISALBERTI, *Costituzione*, cit., p. 134, che ricorda come manchi «nel mondo romano l'impiego del termine costituzione come ordinamento politico, ché, in questo senso, i giuristi latini ricorrono all'espressione “*status rei publicae*” considerando l'ordine giuridico su un piano generale, o a quella “*status rei romane*” se riferita alla realtà dell'Impero romano»; C. MORTATI, *Costituzione. Dottrine generali (ad vocem)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, 1962, p. 142, il quale ricorda che anche «da prassi [...] che succede al tramonto del mondo antico continua ad ignorare il nome di “costituzione” quale complessivo ordine politico, che viene invece designato di solito con il termine *status reipublicae*, in un significato però più vicino a quello aristotelico di *πολιτεία*».

⁵ M. LUCIANI, *Forme di Governo (ad vocem)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Milano, 2010, p. 538, ricorda che il termine *πολιτεία* è stato impiegato, nella letteratura greca, per indicare «quella che sarebbe divenuta la definizione standard di forma di governo [la quale, ndr.] ha origine da un passaggio polibiano nel quale l'espressione era impiegata con riferimento specifico alla distribuzione delle funzioni tra i vari organi “costituzionali”. [...] In verità, già la stessa nozione di forma accolta da Polibio sembra essere intessuta di determinazioni concrete. Per un verso, come sinonimo di *eidos* è usato anche *sústasis* e cioè, più propriamente, struttura (o, secondo alcune letture, «costituzione politica»). Per l'altro, nella descrizione della forma di governo romana (forma mista per eccellenza e in quanto tale – scrive Polibio – preferibile a tutte le altre) la ricognizione delle regole formali che disciplinano i rapporti fra gli organi si accompagna alla considerazione del profilo degli interessi e – in qualche misura – della psicologia degli attori istituzionali».

⁶ C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, p. 3. Sul concetto di «costituzione come ordine della subordinazione (“forme di governo”)» si rinvia a CASTAÑO, *Il potere costituente tra mito e realtà*, cit., p. 66.

⁷ S.R. CASTAÑO, *Il potere costituente tra mito e realtà*, trad. it. a cura di C. RAZZA, Milano, 2018, pp. 42-43. Sulla polisemanticità del termine “costituzione” nel linguaggio contemporaneo merita riportare la brillante sintesi operata da C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, trad. it a cura di A. CARACCILO, Milano, 1984, pp. 15-16: «La parola “costituzione” ha più di un significato. In un'accezione generale della parola tutto, uomini e cose, aziende e società, è in una “costituzione” e tutto ciò che è possibile può avere una costituzione. Da ciò non vien fuori nessun concetto specifico. La parola “costituzione” deve essere limitata alla costituzione dello Stato, cioè all'unità politica di un popolo, se la si vuol rendere intelligibile. Con questa limitazione può indicare lo Stato stesso, e precisamente il singolo, concreto Stato in quanto unità politica o come un particolare, concreto modo e forma dell'esistenza statale; allora significa la condizione generale dell'unità e dell'ordinamento politico. “Costituzione” può però significare anche un sistema chiuso di norme ed in tal caso indica ugualmente una unità, anche se non concretamente esistente, ma soltanto pensata, ideale. In tutte due i casi il concetto di costituzione è assoluto, poiché indica un tutto (effettivo o pensato). Accanto a questo è prevalente un modo di esprimersi che chiama costituzione una serie di leggi fatte in un determinato modo. Costituzione e legge costituzionale sono trattate alla stessa stregua. In questo modo ogni singola legge costituzionale può passare come costituzione. Il concetto diventa pertanto relativo; esso non concerne più un tutto, un ordinamento ed unità, ma alcune, varie

meravigliare, dunque, che in dottrina la costituzione delle città-stato della Grecia classica sia stata individuata come «la carta d'identità di una *polis*»⁸: colpisce, in tal senso, che già nel I millennio a.C. possa essersi affermata una sensibilità giuridica tale da percepire il carattere multiforme del fenomeno costituzionale, quasi anticipando la colta distinzione tra costituzione “in senso formale” e costituzione “in senso materiale” che Costantino Mortati, più di duemila anni dopo, avrebbe consegnato alla storia del pensiero occidentale⁹.

Già un sintetico riferimento al piano terminologico consente di dimostrare come il pensiero classico non riuscisse a concepire l'organizzazione politica della società – sia essa *πόλις* o *civitas* – senza una propria “forma”, una struttura in grado ricondurre ad unità i fini supremi della vita associata e le connotazioni etico-culturali dei popoli¹⁰. Paradigmatica di questo stato di cose pare la definizione di “costituzione” enunciata dal retore ateniese Isocrate, il quale affermava che «l'anima di una città non è nient'altro che la costituzione, che possiede tanta forza quanto ne ha nel corpo l'intelligenza»¹¹.

o molte disposizioni legislative formate secondo un procedimento speciale. La definizione usuali dei manuali è: costituzione = norma o legge fondamentale. Cosa significhi “fondamento” rimane per lo più oscuro; spesso significa soltanto, quasi come una parola d'ordine, qualcosa di politicamente assai importante o di inviolabile, così come si parla pure confusamente di diritti fondamentali, di “ancoraggio”, ecc.».

⁸ E. Poddighe, *Politeia nella storiografia e nel pensiero storico greco tra V e IV secolo a.C.: la questione della continuità e del mutamento*, in *Gerión. Revista de Historia Antigua*, 2019, vol. XXXVII, 2, p. 272.

⁹ Per “costituzione materiale” può sinteticamente intendersi l'insieme «dei rapporti di forza che sono dietro le norme, [...] quell'assetto sostanziale, quel nucleo di interessi fondamentali, i quali mai trovano interamente compiuta espressione nella legge costituzionale» (C. Mortati, M. Goldoni (a cura di), *La teoria del potere costituente*, Macerata, 2020, p. 40). Sulla costituzione materiale si rinvia anche a V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I – *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Milano, 2012, p. 86, per il quale «una costituzione in senso sostanziale v'è sempre, anche in assenza di una costituzione in senso formale: una costituzione, in senso sostanziale, si rinviene necessariamente in qualsiasi ordinamento». Crosta, *Il concetto di Costituzione nell'antichità classica*, cit., pp. 104-105, che rileva come «Se tuttavia non può dirsi che il pensiero greco abbia formulato la nozione materiale di costituzione esso ha elaborato un concetto che ne è assai prossimo dando al concetto un'accezione che comprende l'ordinamento dello Stato nella complessità e varietà degli elementi ridotti ad unità concettuale. Ma è soprattutto da porre in luce come la filosofia greca non concepisse la “πόλις” senza costituzione e senza una costituzione che ne regolasse le diverse manifestazioni».

¹⁰ McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 49, ritiene che «di tutti i vari significati, di cui la nostra parola costituzione è suscettibile, la *politeia* greca è conforme ad uno dei più antichi»; Castaño, *Il potere costituente tra mito e realtà*, cit., p. 42.

¹¹ «Ἔστι γὰρ ψυχὴ πόλεως οὐδὲν ἕτερον ἢ πολιτεία, τσαύτην ἔχουσα δύναμιν ὅσην περὶ ἐν σώματι φρόνησις» (Isoc. *Aerop.* 12.14, che poco oltre così continua: «Ἄττη γὰρ ἐστὶν ἡ βουλευομένη περὶ πάντων, καὶ τὰ μὲν ἀγαθὰ διαφυλάττουσα, τὰς δὲ συμφορὰς διαφεύγουσα», [trad. it. «È la costituzione che assume le deliberazioni riguardo a qualsiasi argomento, custodisce i beni, allontana le disgrazie; ad essa è giusto che si conformino sia le leggi sia gli oratori sia i privati cittadini e che essi agiscano in accordo con la costituzione che si trovano ad avere»]). Sulle origini della *politeia* si rinvia a E. Poddighe, *Politeia and the historical account of the polis in Aristotle (Politeia y el relato histórico de la polis en Aristóteles)*, in *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 2021, XLIX, p. 289, che ricorda come «in Pol. 3 Aristotle states that the establishment of a *politeia* dates back to a time when the members of a community first chose what should be common among them, i.e. when they first decided on a certain idea of equality that became incompatible with accepting the power of a single individual. Here is what Aristotle states: “when it happened that many arose who were similar with respect to virtue, they no longer tolerated kingship but sought something common and established a *politeia*” (1286b, 11-13). The term *politeia* seems here to have the generic

Nel medesimo contesto storico connotato, da un lato dal tramonto della democrazia ateniese a seguito della disfatta nella Guerra del Peloponneso, e dall'altro dall'alba della nuova egemonia macedone che delle città-stato avrebbe segnato la fine¹², Aristotele definisce *πολιτεία* come «l'ordinamento di tutti i poteri dello stato e soprattutto di quello sovrano»¹³, quasi postulando la piena identità tra lo stato medesimo e la sua costituzione¹⁴.

D'altra parte, in accordo con l'insegnamento dello Stagirita, la costituzione non avrebbe avuto una vera e propria funzione autonoma «né, in generale, la filosofia politica greca la riconobbe come un'esigenza costruttiva, di ordine [solo, ndr.] tecnico-giuridico dello stato»¹⁵. Forse travalicando i confini del concetto moderno di costituzione¹⁶, per la cultura politica ellenica la *πολιτεία* era l'insieme di tutte le innumerevoli caratteristiche che avrebbero determinato la peculiare natura di uno stato, inclusa la struttura sociale ed economica e le materie di governo nel senso contemporaneo¹⁷.

meaning of a polycratic civic regime, as opposed to the first kings who – Aristotle had already commented – had their powers taken away from them in the course of time (1285b, 15).

¹² Per un'efficace descrizione del contesto storico nel quale operano gli autori del IV sec. a.C. citati si rinvia per tutti a G. GIANNELLI, *Trattato di storia greca*, Bologna, 1983, pp. 355 e ss. ove in relazione alla decadenza delle città-stato così si esprimeva: «la prassi politica dominante nelle Poleis è ormai determinata dall'egoismo di classe: prevalga l'aristocrazia o la democrazia, l'una e l'altra mira a realizzare quell'ordinamento politico che meglio convenga ai propri interessi, a danno degli avversari».

¹³ Arist. *Pol.* 6.6.1278b.

¹⁴ *Ibidem*, ove lo Stagirita precisa che «Sovrano è dappertutto il potere supremo dello Stato e il potere supremo si identifica con la costituzione». Conf. H. REHM, *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, Darmstadt, 1967, pp. 78-81, il quale rileva come la definizione consueta dello Stato per i Greci non fosse di pura natura, ma, al contrario, avesse carattere precipuamente politico: ciò in quanto l'interesse erudito si concentrava su una considerazione etico-politica delle relazioni tra lo Stato e le altre forme di associazione umana. Basti rammentare, in tal senso, che in luogo del concetto moderno di sovranità, il termine aristotelico per indicare la condizione di supremazia in uno Stato (*το κέριον*) non indicava la suprema autorità costituita, ma solo una mera situazione di fatto.

¹⁵ CROSA, *Il concetto di Costituzione nell'antichità classica*, cit., p. 100.

¹⁶ A.H.J. GREENIDGE, *A Handbook of Greek constitutional History*, Londra, 1896, p. 6, riteneva che «*πολιτεία*, therefore, meant to the Greek something more than "constitution" or "government" means to us. It was not merely a convenient form of organisation under which men lived». Per una definizione «onnicomprensiva» del moderno concetto di costituzione si rinvia paradigmaticamente a MORTATI, *La teoria del potere costituente*, cit., p. 33, il quale per «costituzione» intende «un proprio assetto [di ciascuno Stato, ndr.] stabile, una determinata struttura, un particolare modo di atteggiarsi dei rapporti fra i tre elementi fondamentali che lo compongono, o, come può più comprensivamente dirsi, una propria specie di organizzazione. È essa che (se anche non esclude la possibilità di ricondurre, da un punto di vista teorico, Stati diversi sotto uno stesso tipo, in base alle somiglianze del loro ordinamento) conferisce ad ogni concreto Stato storico la sua individualità, cioè un complesso di lineamenti essenziali, i quali, accompagnandolo con almeno relativa stabilità durante tutto il corso della sua vita, ponendosi come qualche cosa di analogo a quello che è il carattere per il singolo individuo, valgono per identificarlo ed a distinguerlo, quale entità autonoma, sia dagli altri Stati coesistenti in ambiti territoriali diversi, sia da altre forme che, nello stesso territorio, l'abbiano preceduto».

¹⁷ Arist. *Pol.* 5.1279a ss. Sul punto si veda anche MCLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 49, il quale afferma che la *πολιτεία* greca indica «innanzitutto lo Stato com'è attualmente: è un termine il quale comprende tutte le innumerevoli caratteristiche che determinano la peculiare natura di uno Stato, incluse la struttura sociale ed economica e le materie di governo nel senso moderno. Si tratta dunque di un termine descrittivo, che comprende tutto ciò che abbraccia la nostra stessa parola costituzione, allorché con essa indichiamo in generale la struttura dell'uomo e della materia»;

L'idea della costituzione coincideva con la nozione stessa di πόλις, dalla quale si sarebbe differenziata per la sua connotazione “sintetica” o “comprensiva” dei diversi elementi giuridici, economici, sociali e politici che la città-stato avrebbe dovuto possedere¹⁸. Lo stesso Aristotele riesce a rappresentare in maniera efficace il peculiare rapporto esistente tra la πόλις e πολιτεία, definendo la prima come «κοινωνία πολιτῶν πολιτείας»¹⁹, comunità di cittadini legati insieme dal mastice rappresentato dalla costituzione.

A partire dalla definizione dello Stagirita non è mancato chi è pervenuto ad affermare che «sarebbe riduttivo intendere la *politeia* come “costituzione” nel senso moderno del termine»²⁰, poiché essa era forma ed essenza dell'organizzazione politica cittadina. In questo senso, la πολιτεία rappresentava l'ideale etico cui la città-stato avrebbe dovuto conformarsi, il δίκαιον φυσική, consentendo all'essere politico – l'uomo – di vivere secondo il suo istinto socializzante²¹.

C.H. MCLLWAIN, *Il pensiero politico occidentale. Dai Greci al tardo Medioevo*, Venezia, 1959, p. 99, ove con enfasi si traduce il concetto aristotelico: «“la costituzione” significa [...] questo principio unitario che fa una cosa sola di tutti i cittadini, come l'armonia che risulta di toni differenti acconciamente temperati»; Poddighe, *Politeia and the historical account of the polis in Aristotle*, cit., pp. 288-289 («*The word politeia includes everything that concerns the ‘way of life of a city’, in other words, everything that concerns values, practices, customs and, not least, the particular form of government of a political community*») e, più ampiamente, pp. 295-296 («*The word politeia includes everything that concerns the ‘way of life of a city’, in other words, everything that concerns values, practices, customs and, not least, the particular form of government of a political community. It is in fact quite clear that the politeia for Aristotle is not just a set of institutional rules (or laws). Aristotle’s interest is in politeia as a living constitution and embodiment of community values ... At the core of his enquiry is the politeia as a “total social fact”, as a “product of citizens’ acquiescence and reason” which is therefore capable of accounting for the polis as a “community of interpretation”. [...] In other words, it is the belief that the politeia represents the most heuristically fecund category for the purpose of investigating the history of the polis*»).

¹⁸ Ghisalberti, *Costituzione*, cit., p. 133, che così sintetizza il concetto: «In stretta correlazione, pertanto, con la sua concezione della forma come essenza delle cose, Aristotele vedeva nell'ordine politico l'essenza della “πόλις”, il criterio della sua individualità e della sua distinzione desunto dallo stesso modo di essere dello Stato ed alla cui conservazione veniva a collegarsi la stessa continuità dello Stato». Sul punto si veda anche Crosa, *Il concetto di Costituzione nell'antichità classica*, cit., pp. 100-101, che rileva come, pur recando in sé il termine “πολιτεία” tanto l'accezione di “Stato” quanto quella di “costituzione”, quest'ultimo significato si sarebbe distinto dal primo in quanto avrebbe designato «l'unità dei diversi elementi di cui lo Stato si compone. Di questi il termine di costituzione offre una nozione unitaria ed indifferenziata che poscia si specificherà, individuandosi in categorie, nelle diverse forme che il governo può assumere: “monarchia”, “aristocrazia”, “*politia*” e sue forme degenerate. Risulta così uno stadio nella graduazione finissima dei concetti propri della filosofia greca: Stato, governo, costituzione. Questo valore ideale del concetto e la sua posizione fra quelli a un primo esame equivalenti, viene dimostrata in maniera singolarmente efficace dalla coincidenza del termine come indicazione generica della costituzione con il termine specifico usato per designare la forma ottima, la costituzione per eccellenza, quella in cui i diversi elementi che compongono lo Stato sono riuniti in perfetta armonia».

¹⁹ Arist. *Pol.* 1276b. Sulla definizione aristotelica si rinvia a O. Murray, *Polis and Politeia in Aristotle*, in M. H. Hansen, *The Ancient Greek City-State*, Copenhagen, 1993, pp. 197-210.

²⁰ Poddighe, *Politeia nella storiografia e nel pensiero storico greco tra V e IV secolo a.C.*, cit., p. 272, la quale descrive la πολιτεία come capace «di tenere dentro tutta la polis: essa identifica non solo le sue istituzioni politiche e giuridiche, i corpi legislativi, l'ethos di una comunità, ma comprende tutto ciò che i cittadini hanno deciso di avere in comune, quel “comune interesse” che li rappresenta dentro la polis e fuori da essa».

²¹ A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Torino, 2009, pp. 109 s., che precisa come, in accordo alla concezione aristotelica, «il fine ultimo di questo [dello

La totale compenetrazione tra lo stato e il suo fine etico trovava la sua più elevata manifestazione nella costituzione, «la forma per eccellenza dello stato ed anche l'ipostasi del [suo, ndr.] fine»²²: soltanto aderendo ad essa, la πόλις avrebbe potuto divenire la «imitazione della vita più bella e più nobile»²³ vagheggiata da Platone nelle sue *Leggi*. Si può, dunque, concludere che per il pensiero ellenico – quanto meno nel contesto storico in cui operano gli autori citati – la costituzione dovesse intendersi come un concetto bifronte fortemente radicato nella realtà materiale, ma al contempo recante il manifesto etico e trascendente della città²⁴.

Stato, ndr.] è un fine etico, non strettamente giuridico [...]. La giustizia che si attua nello Stato non è soltanto una giustizia in senso “particolare” o formale (“distributiva” e “correttiva”), ma una giustizia in senso “generale” o sostanziale, un “bene” che si raggiunge non solo attraverso le leggi, ma nella costituzione»; MCLLWAIN, *Il pensiero politico occidentale*, cit., pp. 92-93, ricorda come, in accordo all'insegnamento di Aristotele, «lo Stato è la naturale “destinazione” dell'uomo perché “l'uomo è per natura un animale politico”; o piuttosto il contrario, come Aristotele stesso avrebbe preferito: noi sappiamo che l'uomo è un animale politico perché sua naturale destinazione è lo Stato». Con riferimento all'elaborazione aristotelica sul carattere etico della costituzione si rinvia a Poddighe, *Politeia nella storiografia e nel pensiero storico greco tra V e IV secolo a.C.*, cit., p. 291, la quale ricorda come «a determinare le differenze tra i modelli o le fasi costituzionali non sono, nella riflessione politica di Aristotele, fattori come la natura o la necessità, i quali infatti non spiegano né l'evoluzione storica di una costituzione né la diversità tra le costituzioni, ciò che conferma il valore euristico della metabole come paradigma interpretativo della storia politica e sociale. A determinare le differenze tra i modelli e le fasi costituzionali è invece, a giudizio di Aristotele, il cosiddetto *dikaion*, la nozione di giustizia, ovvero l'idea di interesse comune che rappresenta il fine della comunità politica».

²² CROSA, *Il concetto di Costituzione nell'antichità classica*, cit., p. 106, il quale poco oltre così chiarisce questo passaggio: «Per la concezione ellenica il fine dello Stato ha la sua guarentigia nella forma stessa della costituzione: utopia magnifica questa, che dà alla teoria delle forme di Stato, di governo, di costituzione l'imponenza di una grandiosa architettura. Ogni forma, ogni costituzione quindi, rivela nella sua stessa struttura il fine dello Stato, e la purezza della forma è la purezza della costituzione»; tutto ciò nella consapevolezza che «possono variare le espressioni di quest'ordine nelle varie città, d'onde la differenza delle costituzioni, ma tutte presuppongono l'esistenza di un ordine e di una legge naturale. [...] La forma è per Aristotele – com'è ben noto – un concetto essenziale, e la rispondenza alla forma è aderenza intima all'essenza stessa dello Stato, al fine che lo Stato deve proporsi che è indicato dalla sua forma e risiede nel concetto di costituzione». Sul carattere etico del concetto di costituzione per la cultura ellenica e per una sua efficacia conformatrice sul modo d'essere dei cittadini si rinvia a P. VINOGRADOFF, *Outlines of historical jurisprudence*, vol. II – *The jurisprudence of the Greek City*, Oxford, 1922, p. 12, il quale sostiene che «the Greeks recognized a close analogy between the organization of the State and the organism of the individual human being. They thought that the two elements of body and mind, the former guided and governed by the latter, had a parallel in two constitutive elements of the State, the rulers and the ruled»; W. L. NEWMAN, *The politics of Aristotle*, Oxford, 1950, vol. I, pp. 209-210, secondo il quale l'analogia tra organizzazione statale ed organismo umano recava implicito in sé ciò che per la cultura ellenica era il tema centrale della scienza politica, in quanto «in the view of the Greeks every constitution had an accompanying ἦθος, which made itself felt in all the relations of life. Each constitutional form exercised a moulding influence on virtue; the good citizen was a different being in an oligarchy, a democracy, and an aristocracy. Each constitution embodied a scheme of life, and tended, consciously or not, to bring the lives of those living under it into harmony with its particular scheme»; E. BARKER, *The politics of Aristotle*, Oxford, 1952, Appendice II, p. 364, ove la costituzione è intesa come un processo di assuefazione morale, che prepara il terreno per una bontà cosciente.

²³ Pl. *Leg.* 7.817b.

²⁴ C. CARINI, *Teoria e storia delle forme di governo*, vol. I – *Da Erodoto a Polibio*, Napoli, 2017, p. 136, a fortiori ricorda che la connotazione etica della città altro non è che cartina tornasole dell'indole etica dei suoi cittadini, per cui, «spiega Platone quasi precorrendo Montesquieu, cioè facendo dipendere le diverse “costituzioni” dai “caratteri s'uomini” e dai “costumi vigenti nelle città”, nella timocrazia (o timarchia) governa l'uomo timocratico, nell'oligarchia l'uomo oligarchico, nella democrazia l'uomo democratico, nella tirannia l'uomo tirannico (anzi l'anima tirannica, giacché

Volendone evidenziare il carattere più profondo, si potrebbe parlare della *πολιτεία* come di un principio di unità che consente di sottoporre ad esame critico l'aderenza della città-stato alla sua forma perfetta²⁵: a conferma di ciò pare potersi riportare l'atteggiamento assunto nel V sec. a.C. dagli storici greci che hanno scelto di riflettere in termini assoluti sulla *politeia* democratica ateniese²⁶, intendendola «[non, ndr.] come l'esito di un lungo processo storico che inizia al principio del VI secolo e si compie a metà del V»²⁷, ma secondo una narrazione basata sulla «necessità di credere in un'Atene da sempre democratica nella quale l'uguaglianza dei cittadini risalirebbe al tempo delle origini»²⁸.

Se dunque l'idea di costituzione è l'architrave della cultura giuridico-politica della Grecia classica e post-classica²⁹, non deve meravigliare che il Maestro di Stagira, per la prima volta nella storia, abbia ricavato dall'approccio etico alla costituzione le condizioni per l'instaurazione di rigidi rapporti di gerarchia tra la stessa e la generalità delle norme di legge. Afferma Aristotele che «le leggi sono distinte dai principî fondamentali della costituzione [...] in quanto hanno solo il fine di prescrivere ai magistrati le norme per esercitare l'impero e punire i trasgressori»³⁰. La costituzione, invece, individuata come «l'ordinamento dello stato riguardo [...] la determinazione del fine di ogni associazione»³¹, tracciava i confini entro i quali il *vóμος* cittadino avrebbe dovuto muoversi: ciò poiché «le leggi debbono essere regolate sulle costituzioni e non le costituzioni sulle leggi»³².

Presupponendo un tale primato della *πολιτεία* rispetto alla generalità delle leggi, logica ma rivoluzionaria fu la conclusione di Aristotele: la legge deve uniformarsi e adattarsi alla costituzione, «considerata non già soltanto sotto il

bisognerebbe guardare direttamente alle “conformazioni dell'anima dei singoli individui”). Il riferimento è a *Pl. Resp.* 7.544d-e.

²⁵ CROSA, *Il concetto di Costituzione nell'antichità classica*, cit., p. 104. Coerentemente anche PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato*, pp. III s., il quale ritiene che, in accordo alla cultura politico-giuridica greca, «la πόλις non può esistere senza una costituzione, cioè senza una distribuzione del potere fra i suoi componenti. Lo Stato è pertanto un ordinamento giuridico, una strutturazione dei rapporti fra uomo ed uomo secondo regole note, conoscibili e determinabili. Ad Aristotele spetta dunque certamente il merito di avere per primo proposto una concezione dello Stato in cui il diritto è riconosciuto come elemento costitutivo, come condizione essenziale del rapporto politico».

²⁶ Così Erodoto (si veda *Hdt.* 5.66 ss.) ma anche Tuciddide (si rinvia a *Th.* 2.35 ss.).

²⁷ Poddighe, *Politeia nella storiografia e nel pensiero storico greco tra V e IV secolo a.C.*, cit., pp. 273-274, che ritiene paradigmatico l'atteggiamento di Erodoto nel quinto libro delle Storie, ove per l'autore «esiste una sola *politeia* di Atene, è quella democratica, ed è una *politeia* democratica che non ha conosciuto sviluppi significativi dopo la fase delle sue origini». Sul punto anche N. LORAUX, *Clistene e i nuovi caratteri della lotta politica*, S. SETTIS (a cura di), *I Greci. Storia, cultura, arte e società*, Torino, 1996, pp. 1108-1110; M. MUNN, *The School of History. Athens in the Age of Socrates*, Berkeley-Los Angeles-London, 2000, pp. 33-40.

²⁸ D. LANZA, *Percorsi dell'ateniesità, Ítaca*, in *Quaderns catalans de cultura clàssica*, 2006, n. 22, p. 28. Sul punto anche M. MUNN, *The School of History*, cit., p. 18, secondo il quale «tradition held that democracy was an Athenian trait, and therefore it must have been so from the time of its legendary founding hero. It was not useful to have history correct that tradition».

²⁹ GREENIDGE, *A Handbook of Greek constitutional History*, cit., p. 1.

³⁰ Arist. *Pol.* 1289a.

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

profilo esclusivamente tecnico-formale ma anche ed essenzialmente sulla base di una concezione dell'intero ordinamento giuridico che preesiste alle leggi condizionandone l'esistenza e costituendone il criterio di valutazione»³³.

Non bisogna tuttavia eccedere nella *laudatio temporis acti*, poiché il riferimento alla "costituzione" per i Greci consentiva di stabilire solo se una data istituzione o legge fosse buona o cattiva, etica o non etica. In sostanza, la cultura ellenica (come anche quella romana)³⁴ mai si spinse a ritenere illegittima una norma che diremmo oggi incostituzionale, il che equivale ad intendere che la costituzione non avrebbe avuto un valore coercitivo ma solo normativo, priva com'era di sanzioni e meccanismi che ne assicurassero la giustiziabilità³⁵.

2. *L'ideale e il realizzabile: il governo "limitato" come indefettibile argine alla fallibilità umana, secondo l'antichità ellenica.* – La cultura dell'antichità ha rappresentato il fertile *humus* nel quale i principi del moderno costituzionalismo hanno potuto germogliare. Ciò può dirsi, innanzitutto, per l'apparente contraddizione che governa gli ordinamenti liberaldemocratici, tali in quanto la

³³ GHISALBERTI, *Costituzione*, cit., p. 133.

³⁴ Sul punto si rinvia a G. VALDITARA, *Riflessioni su principi fondamentali e legge nella repubblica romana*, in L. LABRUNA (diretto da), M.P. BACCARI e C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, tomo I, Napoli, 2006, pp. 551-552, che, a partire dalla constatazione che a Roma non vi fossero principi immodificabili per via legislativa (v. §3), aggiunge che «non vi era neppure organo che fosse riconosciuto competente ad annullare le leggi in contrasto con i principi fondamentali. Certamente nella tarda Repubblica il Senato tentò di arrogarsi il potere di cassare leggi, in particolare adducendo vincoli di carattere formale come il mancato rispetto delle norme in materia di *auspicia*. Questo potere non era tuttavia pacificamente accettato e anzi, come è stato acutamente notato, il fatto che in molte leggi proposte da parte popolare si trovi l'obbligo dei senatori di osservare la legge e di non operare contro di essa, in altre si trovi il divieto di trattare in Senato della sua abrogazione o deroga, è decisamente inconciliabile con un preteso potere di controllo e di cassazione delle leggi da parte del Senato. Ancor più decisiva mi pare peraltro la circostanza che proprio nei confronti di quelle leggi fortemente sgradite al Senato verso cui si era levata alta la protesta di esponenti della *nobilitas*, non vi sia stato alcun intervento formale e il loro annullamento sia stato conseguenza di atti certamente illegali sfociati spesso in tumulti di piazza e in alcuni casi in assassini politici e non invece in provvedimenti di carattere giuridico imputabili al Senato». Conf. F. SERRAO, *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, 1974, p. 104.

³⁵ MCLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., pp. 57-58, che rimarca come la *πολιτεία* null'altro sarebbe stata che un ideologico termine di paragone cui raffrontare istituzioni e leggi particolari (*νομιζόμενα*); conf. CROSA, *Il concetto di Costituzione nell'antichità classica*, cit., p. 105, secondo il quale i cui concetti più altamente significativi della speculazione costituzionalista della Grecia classica costituirono certamente l'imprescindibile presupposto delle moderne concezioni del costituzionalismo, le quali affondano nella gravida consapevolezza «dell'eccellenza assoluta della norma costituzionale, ossia della coincidenza della costituzione con una giustizia del pari assoluta ed astratta che s'impone allo Stato, che il popolo, ordinandosi a Stato, formula esso stesso, come ragione e giustificazione della propria esistenza». Sul punto è interessante richiamare alcune considerazioni svolte sul punto in Cic. *Leg. 3.20.46-47*, ove l'Arpinate, nel quadro di un disegno di ampio respiro per la riforma della Costituzione romana, pare configurare per la prima volta l'esigenza di introdurre un organo pubblico cui demandare «una sorta di controllo sull'esatta applicazione della legge da parte di soggetti aventi responsabilità politiche. Più precisamente ai censori Cicerone sembrerebbe affidare il compito di garantire il rispetto della legge – ma anche, verosimilmente e più in generale, dei principi fondamentali del diritto romano – da parte dei magistrati. È evidente che in questa prospettiva l'oggetto della verifica si sarebbe appuntato in primo luogo sulle *rogationes* [le proposte di legge che il magistrato faceva in forma d'interrogazione al popolo adunato nei comizi, ndr.] e sulla loro rispondenza ai principi dell'ordinamento» (così VALDITARA, *Riflessioni su principi fondamentali e legge nella repubblica romana*, cit., p. 553).

sovrana autorità dello stato sulla persona umana può trovare estrinsecazione solo entro le norme di diritto che ne regolano l'azione e ne limitano la discrezionalità, mai in grado di trasformarsi in puro arbitrio³⁶.

Ebbene, nonostante la concessione di carte costituzionali sia divenuta uno dei *mantra* della lotta politica occidentale solo a partire dalla seconda metà del XVIII sec., da tempo è stato posto in evidenza come l'instaurazione di un governo "limitato" – e, quindi, costituzionale – come condizione necessaria per la realizzazione di ordinamenti improntati alla giustizia sociale rappresenti una conclusione alla quale già alcuni tra i più autorevoli esponenti del pensiero filosofico ellenico e romano erano, in qualche modo, pervenuti³⁷.

Nella consapevolezza che questo sintetico scritto si propone obiettivi ben lungi dal realizzare una ricostruzione enciclopedica del tema in esame, ci si soffermerà sulla questione del rapporto tra governo e legge affrontata dal filosofo ellenico Platone in una delle sue opere più tarde, il *Politico* (*Πολιτικός*)³⁸. Il dialogo può essere considerato come la specificazione, oltre che il naturale sviluppo, delle tesi che Platone aveva esposto nella *Repubblica*: se in quest'ultima, infatti, il filosofo ateniese aveva delineato i tratti di un ordinamento ideale in cui la costruzione e il mantenimento di una società giusta sarebbe stata affidata ad un principio meritocratico in base al quale il governo della collettività avrebbe dovuto

³⁶ Per una definizione sintetica ed onnicomprensiva di "costituzionalismo" si rinvia a P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzionalismo (ad vocem)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, 1962, p. 130, che rammenta come «nel suo significato più stretto e specifico l'espressione "costituzionalismo" viene impiegata nella letteratura giuspubblicistica recente per indicare le dottrine, le norme e le istituzioni accolte nella maggior parte degli Stati, in cui, a cominciare dagli ultimi anni del sec. XVIII, venne introdotto un governo, appunto detto costituzionale, in contrapposto a quello assoluto, fino a quell'epoca del tutto predominante. Fra le note più caratteristiche di tale costituzionalismo devono, perciò, annoverarsi: una limitazione dell'autorità governativa per mezzo del diritto (la cui formulazione ben presto si riconobbe spettare ai cittadini stessi, attraverso l'opera dei propri rappresentanti in Parlamento) e la precisa determinazione, in apposite costituzioni scritte, dei limiti in tal modo instaurati».

³⁷ *Ibidem*, ove sono tracciati – pure con efficace capacità di sintesi – le origini storiche del costituzionalismo: «Le menzionate forme di governo non assoluto appaiono come il frutto di una lunga evoluzione politico-costituzionale: tanto che vari autori, specie anglosassoni [...] ne hanno riscontrato le prime origini nell'antichità greco-romana e ne hanno seguito il progressivo sviluppo durante le agitate vicende del Medioevo europeo». Cfr. sull'influsso del costituzionalismo antico sull'enucleazione del principio di separazione dei poteri si rinvia a M. MICELI, *'Governo misto' e separazione dei poteri*, in L. LABRUNA (diretto da), M.P. BACCARI e C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, tomo I, Napoli, 2006, p. 662, che argomenta come «la sua [del Montesquieu, ndr.] teoria, invece, non appare in netta antitesi con il pensiero antico ma sembra alimentarsi e vivificarsi in esso, seppur nelle innegabili, profonde e radicate differenze. Basti pensare che la stessa dizione separazione dei poteri non è riportabile a Montesquieu che parla di "distribuzione" e solo una volta, in tutta la sua opera, di "separazione". Ebbene, proprio questa osservazione ci riporta ad un capitolo importante della storia del pensiero politico occidentale, quello che riguarda la teorizzazione del "governo misto", capitolo che non può essere trascurato senza rischiare di far torto alla complessità e specificità del fenomeno giuridico dell'articolazione del potere e della garanzia nell'esercizio dello stesso».

³⁸ MCLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., pp. 51-52. L'autore contesta come il *Politico*, pur «certamente meno importante della *Repubblica*, sia stata troppo trascurata nelle nostre valutazioni della posizione e dei propositi politici di Platone; e non soltanto nella valutazione della sua posizione personale, ma anche del comune atteggiamento verso il costituzionalismo da parte dell'Accademia prima e poi del Liceo, se non addirittura di tutta la Grecia».

Un simile modello di esercizio dell'autorità temporale, dunque, ha nella sua profonda natura la forza e la debolezza, poiché «il costituzionalismo soffre dei difetti inerenti ai suoi stessi meriti: dal momento che non può fare troppo male gli è impedito di fare troppo bene: conviene rinunciare al bene per prevenire il male, oppure è preferibile sottomettersi al male per assicurare il bene?»⁴². Il quesito, in grado ancora oggi di far tremare fino alle fondamenta la costruzione dello stato liberaldemocratico, origina dalla circostanza che nel governo costituzionale l'autorità pubblica è sottoposta al cieco dominio della legge, la quale argina la discrezionalità del potere, impacciandone l'azione tanto che intenda agire nel bene, quanto che si proponga di perseguire il male.

In sostanza, il problema che Platone affronta nel *Politico* è una questione di somma pragmaticità, è un problema pratico che durerà finché esisteranno gli Stati, poiché «un governo costituzionale sarà sempre un governo debole, se paragonato con quello arbitrario: ci saranno sempre cose molto desiderabili, come cose molto indesiderabili, che saranno agevoli in un regime dispotico ma impossibili altrove»⁴³. Ed è proprio dai limiti del governo costituzionale che Platone trae le mosse per dimostrarne l'indifettibilità: il valore garantista della legge consiste nei caratteri di generalità e astrattezza che permettono che delle norme possa darsi applicazione in maniera eguale in una serie illimitata di analoghi casi concreti. La legge, dice Platone, «è come un tiranno ostinato ed ignorante, che non concede a nulla di essere contrario alla sua volontà e che non sopporta che nessun dubbio sia avanzato, neppure in improvvisi mutamenti di circostanze, quando accade qualcosa che sarebbe migliore di ciò che egli ordina»⁴⁴.

Posto, dunque, che il principale difetto di tutte le leggi ne è anche la più valida caratteristica, ciò consentirebbe di dimostrare la preferibilità di un governo *legibus solutus*, in grado di adattare il proprio operare alle esigenze poste dal caso concreto, assicurando una giustizia di volta in volta adeguata⁴⁵. Stando così le

⁴² MCLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 53.

⁴³ *Ivi*, p. 52, ove l'autore, trasversalmente, rammenta che, proprio l'individuazione – da parte del filosofo ateniese – del governo ideale in un regime di carattere fermamente dispotico aveva indotto taluni autori della prima metà del '900 a proclamare Platone «compagno di fede da alcuni recenti sostenitori dello Stato totalitario: ma come si possa fare onestamente una tale affermazione, dopo aver attentamente meditato il *Politico*, è fuori della mia comprensione. Se nella *Repubblica* fosse possibile e lecito separare alcune affermazioni platoniche dai concetti fondamentali della sua filosofia, si potrebbe forse ancora tentar di comprendere una trasformazione del dialogo platonico in una difesa dei governi arbitrari in atto; ma tutta la discussione del *Politico* dimostra chiaramente che questa non è la vera posizione di Platone, ma semmai il suo esatto contrario. [...] È stupefacente, e per molti di noi veramente allarmante, considerare a quale intollerabile barbarie oggi un paese dopo l'altro mostra di volersi sottomettere in cambio di ciò che pensa di ottenere da un governo arbitrario nel presente o nel futuro».

⁴⁴ *Pl. Plt.* 4.294c, così descrive i limiti della legge umana: essa, infatti, «non può comprendere esattamente ciò che è più nobile e più giusto o ordinare immediatamente ciò che è buono per tutti. Le differenze degli uomini e delle azioni e il movimento infinito irregolare delle cose umane non consentono una norma universale e semplice. Nessuna arte può tracciare una norma che sia valida per sempre»; e ancora, «un principio perfettamente semplice [la legge, ndr.] non può essere applicato ad uno stato di cose che il rovescio del semplice».

⁴⁵ PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato*, cit., p. 117, il quale rimarca che per Platone i «filosofi-re» sono uomini che «conoscono quello che è il bene, e non devono quindi, né possono,

cose, in via di pura teoria, il governo ideale esisterebbe quando il governante illuminato non fosse limitato da leggi, ma – libero dai ciechi capestri del diritto – potesse fare della sua arte una legge⁴⁶.

È qui, tuttavia, che lo stesso Platone evidenzia la fallacia di questo ragionamento, poiché esso presuppone l'assoluta saggezza – se non addirittura l'onniscienza – del despota, illuminato a tal punto da conoscere esattamente la soluzione più opportuna per realizzare la pura giustizia sociale; ovviamente, sarebbe sciocco negarlo, se un re-filosofo onnisciente, un sovrano simile a Dio apparisse tra gli uomini, un tale governo non gli potrebbe essere certamente negato⁴⁷.

È palese la debolezza del costrutto ora descritto poiché esso si basa completamente sulla sussistenza di una variabile priva di garanzia, nella consapevolezza – ben radicata nella cultura greca – che la tracotanza costituisca il tratto che più connota l'essere umano, il quale rimane – pur nella saggezza – inevitabilmente ben lontano dalla pura onniscienza⁴⁸. E allora, poiché “l'ottimo è nemico del bene”, senza il vagheggiato semidio «il dispotismo diventa per Platone

esser sottoposti ad alcun vincolo nelle loro decisioni e nei loro comandi»; MCLLWAIN, *Il pensiero politico occidentale*, cit., p. 39, secondo il quale, in accordo all'insegnamento Platonico, la generalità delle norme di legge «implica una media, e le norme non possono sanare tutte le eccezioni che sempre vanno sorgendo, come può invece la libera discrezione di un governante onnisciente. Nel migliore dei casi queste norme rigide sono un rozzo espediente, molto inferiore alla flessibilità di quella saggezza che sola regge alla prova della vera giustizia, rendendo infallibilmente ad ogni uomo ciò che a lui è dovuto, non ciò che è dovuto a un “uomo medio” che non è mai esistito né può esistere».

⁴⁶ Pl. *Plt.* 4.297a, ove il filosofo paragona la saggezza del re-filosofo alla competenza dell'esperto navarca, che «vigila sugli interessi nel battello e della ciurma, e preserva la vita dei suoi marinai, non rinunciando alle regole della sua arte ma facendo della sua arte una legge». Già nella *Repubblica*, d'altra parte, Platone aveva preventivato la decadenza dello Stato nell'ipotesi in cui «i filosofi non regnino nella città, o quelli che oggi han nome di re e di sovrani non prendano a nobilmente e acconciamente filosofare, e non vengano a coincidere la forza politica e la filosofia, e i vari tipi che ora tendono separatamente a un dei due campi non ne siano per forza esclusi; a meno che ciò non succeda, caro Glaucone, non avran tregua alcuna dai mali le città, anzi credo neppure il genere umano, né questa costituzione che ora abbiam visto in teoria potrà mai prima nascere al mondo del possibile, e vedere la luce del sole» (Pl. *Resp.* 5.473d-e).

⁴⁷ Pl, *Leg.* 875c, ove si legge tale conclusione: «perché semmai qualcuno degli uomini, nato con adeguata natura per destino divino, riuscisse a comprendere tutto ciò, non avrebbe per nulla bisogno di leggi che lo reggano. Non c'è infatti legge o ordinamento superiore alla scienza né è lecito che l'intelletto obbedisca a qualcosa, di qualcosa sia schiavo, ma invece è legge che sia signore di tutto, se realmente e secondo natura sia un intelletto vero e libero». Cfr. sul punto MICELI, *Governo misto e separazione dei poteri*, p. 665, la quale pone in evidenza come in Platone «la preferenza per l'assolutismo regio è però temperata dalla circostanza che l'uomo a cui deve essere affidato il supremo potere, senza il limite delle leggi, deve essere dotato di qualità trascendenti».

⁴⁸ MCLLWAIN, *Il pensiero politico occidentale*, cit., p. 40, che sul punto così ragiona: «In un mondo di filosofi, noi potremmo supporre che non vi sarebbe bisogno né di leggi né di governo; ma Platone, anche nei suoi momenti più ideali, non può credere che tutti gli uomini siano capaci di questa saggezza. Vi saranno sempre alcuni che debbono accontentarsi della indistinta ombra della verità proiettata sul muro che li imprigiona nella loro caverna. Il massimo della buona volontà consisterà nel lasciarsi governare dalla discrezione dei pochi che hanno visto la luce: soltanto ove questi manchino dobbiamo ricorrere alla seconda scelta, un regime che ci stende tutti sul letto di Procuste della rigida legge».

non il migliore, ma il peggiore di tutti i governi possibili»⁴⁹, totalmente in balia delle voglie di un uomo più o meno, ma inesorabilmente, vizioso ed ignorante.

Per quanto, allora, possa sembrare quasi paradossale ritenere il costituzionalismo una versione “realizzabile” del dispotismo illuminato, l'apparente nodo di Gordio si scioglie se – con Platone – si considera un governo fondato sul dominio della legge come una strada praticamente obbligata, in un mondo in cui l'onniscienza non ha cittadinanza e la legge stessa, con le sue norme generali e astratte, rappresenta quanto di più vicino sia concepibile alla perfetta arte del despota-dio⁵⁰.

⁴⁹ MCLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 55, il quale, ad ulteriore rafforzamento dell'argomentazione platonica, rileva «la tendenza generale dei popoli a divinizzare i sovrani dopo aver loro concessa l'autorità dispotica: la competenza divina in un sovrano è in effetti la sola giustificazione reale del dispotismo; e si può essere sicuri che dove viene il dispotismo, si vedrà prima o poi apparire anche la divinizzazione del despota. Ed è altrettanto interessante, ma non certo strano, la rilevare che il cardinal Bellarmino, nel sedicesimo secolo, affermò che la Chiesa poteva aver un governo dispotico per la sua essenza divina, mentre lo Stato, perché umano, non poteva avere che un governo limitato».

⁵⁰ CARINI, *Teoria e storia delle forme di governo*, cit., pp. 171-172, pone in evidenza come per il Platone del *Politico* l'indefettibilità dello strumento legislativo dipende da due elementi: «solo dove vigono le leggi si può sperare che il potere rimanga stabile per un periodo sufficientemente lungo di tempo [...]; [...] è proprio quando a prevalere è il “re consapevole”, cioè il politico intenzionato a cambiarle per migliorarle (“fornendo come legge la propria tecnica”) che il rischio di disordine si riduce, grazie appunto alla tecnica, posta, in questo caso, al servizio della scienza»; MCLLWAIN, *Il pensiero politico occidentale*, cit., pp. 40-41, pone in evidenza come per Platone gli Stati che implementano il governo costituzionale «sono soltanto una “seconda scelta” ma anche questa è preferibile alla sfrenata discrezione di un uomo non saggio; e dopo tutto è meglio avere le leggi osservate egualmente da uno e da tutti che essere soggetti al governo personale di chi sia privo della conoscenza, poiché le prime saranno almeno “copie” della saggia amministrazione del vero governante in quanto ammettono di esser state dettate da coloro che hanno la conoscenza, laddove la discrezione di un governante privo della conoscenza benché imiti la verità, non può non imitarla sempre male. [...] Lo stato quale è, non è eguale ad un alveare; esso non ha un capo naturale riconosciuto superiore di corpo e di mente, ed i molti non hanno mai vera conoscenza di alcuna arte. L'arte regia o politica, la più alta di tutte, non sarà mai appresa a pieno né dai ricchi né dalla plebe; pertanto l'umanità è obbligata, in ultima istanza, a subire e fare leggi, e a cercare di avvicinarsi quanto più possibile alla forma di governo; e il miglior modo per essi di accostarsi a questa vera forma, è di non far nulla di contrario alle leggi scritte e alle naturali consuetudini». Se i difetti di tutte le leggi, e quindi anche del governo costituzionale che su esse si fonda, non sono altro che la loro più essenziale caratteristica, non deve colpire se, sin dagli albori della civiltà occidentale, si sia ragionato attorno alla possibilità dell'uomo di governo di aggirare le norme poste per regolare le relazioni sociali ove la necessità che tiranneggia l'umana esistenza lo richieda. Sono un chiaro esempio di questa esigenza tutti quegli strumenti giuridici di cui, nel corso del tempo, gli ordinamenti si sono dotati per garantirsi una valvola di sfogo nei casi di incapacità delle vecchie formule normative del passato a adeguarsi alla viva materia del presente: sul punto PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato*, cit., pp. 117 s.; MCLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 54). Si tratta di meccanismi che, se sviluppati all'ennesime conseguenze, consentono all'uomo di governo di agire con assoluta spregiudicatezza, ove la tutela dell'ordine costituito lo richieda, ove la famigerata ragione di Stato pretenda un tributo di “sangue” (*salus rei publicae suprema lex esto*», Cic. *Leg.* 4). Senza voler approfondire oltre, pare evidente, allora, che la scintilla prima del dibattito intorno all'opportunità di un governo costituzionale vada ricercata nella millenaria contrapposizione tra νόμος e δίκη, tra la volontà immanente del governante e la perfetta giustizia trascendente cui l'uomo dovrebbe tendere: su questo dibattito si rinvia, in via del tutto generale a S. PISTONE, *Ragion di Stato [ad vocem]*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO (diretto da), *Dizionario di politica*, Torino, 2016; L. VIOLANTE, *Antigone*, in M. CARTABIA e L. VIOLANTE, *Giustizia e mito – Con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna, 2018, e G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana – Nomos basileus*, Milano, 2006, pp. 21 ss.

3. *Popolo, legge e costituzione nell'ordinamento di Roma antica: alle origini della sovranità democratica.* – Spostando, infine, il *focus* della trattazione sull'ordinamento dell'Antica Roma va subito rilevato come anche nell'Urbe si disconoscesse l'idea di costituzione in senso formale⁵¹. Non per questo, ovviamente, può dirsi che la *Res Publica* fosse priva di una propria *constitutio*⁵² ovvero che la cultura giuridica latina non si fosse confrontata con il concetto di “costituzione” *latu sensu* inteso, il quale – anzi – era ben radicato nella speculazione dotta ed al quale ci si riferiva prevalentemente con la formula “*status rei publicae*” per indicare «l'idea di un particolare assetto organizzativo [...] indipendentemente da un preordinato apparato normativo»⁵³.

Ciò posto, si intende qui svolgere alcune brevi considerazioni in ordine al rilievo che, nell'ordinamento dell'antico stato romano durante la fase della c.d. “repubblica”, ebbe il principio della sovranità popolare, vera chiave di volta dell'intero sistema costituzionale il cui retaggio ultimo può essere ravvisato persino nella formulazione del principio democratico di cui all'art. 1 della Costituzione italiana del 1948⁵⁴. La primazia a Roma della *voluntas populi* sul piano politico e giuridico sarebbe stata tale da potersi considerare come unico vero e proprio assioma dell'ordinamento costituzionale repubblicano, dalla cui

⁵¹ GHISALBERTI, *Costituzione*, cit., p. 134, che ricorda come, nella speculazione giuridico-filosofica dell'Antica Roma, non vi fosse mai «la chiara caratterizzazione della funzione specifica della costituzione né la precisa consapevolezza del valore autonomo dell'ordinamento giuridico dello Stato»; VALDITARA, *Riflessioni su principi fondamentali e legge nella repubblica romana*, cit., p. 547; A. SCHIAVONE, *Storia giuridica di Roma*, Torino, 2016, p. 5.

⁵² V. MANNINO, *L'idea di sovranità e la constitutio nella Roma repubblicana*, in L. LABRUNA (diretto da), M.P. BACCARI e C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, tomo I, Napoli, 2006, p. 586, il quale ritiene che «di una *constitutio* in Roma possa parlarsi, con il riecheggiare, peraltro, di concettualizzazioni compiutamente enucleate in età moderna, si evince – quanto meno – dalla verosimile riconoscibilità anche nell'esperienza romana del paradigma concettuale implicito delle cd. ‘leggi fondamentali’. Nelle fonti, infatti, si trovano riferimenti sufficientemente attendibili alle ‘leggi della comunità’ avvertite come fondamentali e di un loro estrinsecarsi sia nel *ius moribus receptum* che nella *lex (publica)*: negli usi, cioè, propri della società romana e nella produzione autoritativa di norme, avendo assunto, rispetto a quest'ultima attività e nel corso dell'età repubblicana, un ruolo sempre più ampio il *populus* riunito in assemblea».

⁵³ P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nella esperienza costituzionale romana*, Torino, 1996, p. 59.

⁵⁴ G. VALDITARA, *Alle radici romane della Costituzione. Persona, famiglia, Stato, proprietà, libertà*, Milano, 2022, pp. 55-56. Del fondamento romanistico della concezione della sovranità popolare si dimostrarono ben consapevoli alcuni tra i più autorevoli esponenti del processo costituzionale italiano. Basti qui citare, da un lato, l'intervento dell'on. Palmiro Togliatti, tenuto nel corso della seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947, nel quale il leader comunista si riferì anche ai «principi del diritto romano» per contestare la formulazione originale dell'art. 1 del progetto di costituzione, per la quale la sovranità sarebbe “emanata” dal popolo compatibilmente alla concezione per cui la titolarità della stessa sarebbe spettata allo Stato in virtù di una spoliazione da parte del popolo medesimo; dall'altro, l'efficace commento alla concezione ciceroniana di “*res publica*” espressa da G. LA PIRA *La genesi del sistema della giurisprudenza romana. Problemi generali*, Firenze, 1972, p. 17, per il quale «non vi è propriamente *res publica*, cioè *res populi*, quando non vi sia quell'equilibrio fra *populus*, *magistratus*, *senatus* in cui sta l'essenza della costituzione della *civitas*. Nelle forme, quindi di demagogia, di oligarchia e di tirannia non c'è più una *res publica*, cioè una *res populi*: perché appunto in tutti e tre i casi non vi è più quella *societas iuris* dalla quale la *res populi* deriva».

illimitatezza sarebbe discesa persino l'impossibilità di configurare complessi di regole immodificabili da porre a fondamento di quell'assetto organizzativo⁵⁵.

In via preliminare e a scanso di equivoci va qui chiarito che, nonostante le dinamiche istituzionali della *Res Publica* possano aver innescato il lento processo di sedimentazione storica del principio liberaldemocratico della sovranità popolare, Roma non fu mai una democrazia «*by any acceptable definition of that term, though popular institutions were incorporated into the oligarchic governmental system*»⁵⁶. Questa affermazione va intesa in termini ampi, nel senso che di democrazia nell'Urbe non si sarebbe potuto parlare tanto nell'accezione moderna quanto in quella antica del termine, quest'ultima indissolubilmente legata all'esperienza ateniese⁵⁷.

La circostanza che di democrazia si sia parlato anche in relazione alla costituzione della Repubblica di Roma può semmai spiegarsi con il fatto che la speculazione letteraria classica ha impiegato il termine per indicare non tanto una specifica esperienza storica, quanto un idealtipo weberiano, «un modello metastorico, incardinato in una concezione sistematica di evoluzione costituzionale che, certo, non dimenticava la storia [...], ma la trascendeva»⁵⁸.

Il problema della “democraticità” della costituzione romana discende specialmente dall'analisi che di essa ne fece Polibio, al quale si deve la stesura della più risalente e completa trattazione delle dinamiche istituzionali della *Res Publica*. Com'è risaputo, lo storico ellenico, nel II sec. a. C., riteneva che «la costituzione di un popolo è da considerare come la prima causa della riuscita o del fallimento di ogni azione»⁵⁹, motivo per cui l'irrefrenabile ascesa della potenza imperialista romana avrebbe potuto comprendersi solo a partire dall'accettazione dell'ontologica superiorità della forma di governo implementata dal popolo dell'Urbe.

⁵⁵ Sul punto è interessante già adesso richiamare G. MANCUSO, *Brevi note sul concetto di sovranità nel pensiero politico della Repubblica*, in LABRUNA, *Tradizione romanistica e Costituzione*, cit., pp. 610-611, che rileva come, se l'art. 1 della nostra Costituzione, da una parte, proclama il principio dell'appartenenza della sovranità al popolo, determinando, all'altra, i limiti che ne condizionano l'esercizio, per i Romani della Repubblica il problema del rapporto tra titolarità ed esercizio del potere sovrano non si poneva, in quanto «per le antiche esperienze costituzionali, [...] sovrano era il re o il popolo, in cui coincidevano titolarità ed esercizio della sovranità. La distinzione si afferma in epoca moderna, specialmente come conseguenza della delega del potere e della rappresentanza politica assunta da taluni soggetti istituzionali nei confronti del popolo, come avviene nelle moderne democrazie rappresentative».

⁵⁶ M.I. FINLEY, *Democracy Ancient and Modern*, Londra, 1973, p. 14, *sub* nota 20.

⁵⁷ L. POLVERINI, *Democrazia a Roma? La costituzione repubblicana secondo Polibio*, in G. URSO (a cura di), *Popolo e potere nel mondo antico*, Pisa, 2005, p. 85, il quale rileva che «ridotto il concetto di democrazia antica all'esperienza greca, anzi ateniese, fra V e IV secolo, si capisce che esso – per la sostanziale irripetibilità dei fenomeni storici – non si ritrovi né a Roma né in altre parti del mondo antico. Ma, in questa prospettiva rigorosa, anche le varie forme di moderna democrazia rappresentativa, pensate o attuate a partire dalla fine del Settecento, che altro hanno in comune se non il nome con l'antica democrazia diretta».

⁵⁸ *Ivi*, pp. 85-86.

⁵⁹ Polyb. 6.2.

La concezione radicalmente fatalistica della storia di cui Polibio fa il suo marchio, per la quale il passaggio da una forma di governo all'altra pare il frutto di un moto naturalistico inevitabilmente iscritto nella natura delle cose⁶⁰, fa da sfondo ad un interrogativo dal sapore moderno: può l'uomo – si direbbe oggi ricorrendo a congegni di ingegneria costituzionale – opporsi all'indefettibilità del ciclo di degenerazione? La risposta di Polibio stava nella c.d. *μικτή πολιτεία*, la costituzione mista che – quasi con un gioco di pesi e contrappesi⁶¹ – avrebbe riunito in sé i connotati essenziali delle tre forme di governo rette (monarchia, aristocrazia e democrazia) e della quale quella romana avrebbe rappresentato implementazione preclara⁶².

Per quanto afferisce al tema che qui si intende tratteggiare nei suoi lineamenti essenziali, la “lettura” della *forma civitatis* dell'*Urbe* consentiva a Polibio di affermare l'apparente paradosso per cui, considerando la rilevanza

⁶⁰ Polyb. 6.3, ove l'autore così enuncia, con efficace sintesi, la dottrina del governo misto: «è chiaro infatti che bisogna considerare ottima la costituzione che riunisce le caratteristiche di tutte e tre le forme». Sul punto si rinvia a N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico. Anno accademico 1975-1976*, Torino, 1976, p. 53, il quale rileva che Polibio presenti «una teoria dei meccanismi costituzionali, che rendono possibile una forma di governo stabile, e perciò preferibile ad ogni altra»; MCLLWAIN, *Il pensiero politico occidentale*, cit., pp. 131 ss.

⁶¹ POLVERINI, *Democrazia a Roma?*, cit., p. 89; K. VON FRITZ, *The Theory of the Mixed Constitution in Antiquity. A Critical Analysis of Polybius' Political Ideas*, New York, 1954, pp. 155-183 e 184-219, F.W. WALBANK, *Polybius, Rome and the Hellenistic World*, Cambridge, 2002, pp. 277-292.

⁶² Polyb., 6.12, ove l'autore rilevava che, se si fosse voluto analizzare la struttura della costituzione romana, «guardando in parte al potere dei consoli, lo Stato appariva senz'altro monarchico e regio, se invece si guardava a quello del senato, appariva aristocratico e se al potere della moltitudine sembrava senza dubbio democratico». Sulla democraticità della costituzione di Roma repubblicana merita rinviare alle opposte visioni due celebri Maestri degli studi classici: A. GUARINO, *La democrazia romana*, in *Pagine di Diritto romano*, vol. III, Napoli, 1994, p. 418, il quale sostiene che «l'affermazione corrente che Roma mai non conobbe, nel corso della sua storia più che millenaria, un vero e proprio sistema democratico di governo esprime un convincimento tanto vastamente diffuso, quanto, a mio parere, privo di fondamento “giuridico”. Chi ambisse ritrovare nella storia costituzionale romana gli stessi, identici tratti fisionomici delle moderne democrazie rappresentative non potrebbe, certo, che rimanere fortemente deluso. Ma se dall'analisi strutturale dei vari ordinamenti incontrastatamente democratici sia del presente che del passato, si risalga, con procedimento logico di astrazione, ai principi generali, alle “proprietà invariantive” del genus costituzionale “democrazia”, io penso che, passando poi a riesaminare la storia costituzionale di Roma, sia doveroso ravvisare le caratteristiche democratiche essenziali nella struttura di governo dello stato romano in tutto il “*longum aevi spatium*” intercorso tra il IV secolo a. C. ed il secolo I d.C., anzi forse il sec. III d. C.»; L. CANFORA, *Giulio Cesare. Il dittatore democratico*, Roma-Bari 1999, p. 37, il quale da par suo sostiene che «la repubblica romana è, com'è noto, una repubblica oligarchica, nel senso che tutto il suo personale politico dirigente viene reclutato tra le file di una *nobilitas* patrizio-plebea che in tanto è riconoscibile come tale in quanto può vantare antenati che hanno ricoperto il consolato (massima carica politica e militare). È una oligarchia che chiede, e pilota, il voto «popolare» per eternare se stessa».

innegabile dei poteri diretti e indiretti demandati al popolo riunito in assemblea⁶³, la costituzione repubblicana non avrebbe potuto qualificarsi come integralmente democratica, essendo mista; ma, in quanto tale, essa sarebbe stata anche ed inesorabilmente democratica⁶⁴.

Tutto ciò posto, si vuole qui aderire a quella scuola di pensiero per cui a partire dalle leggi delle XII tavole non esistesse nell'ordinamento della *res publica* alcun principio giuridico radicalmente immodificabile⁶⁵, stante lo scopo della legislazione decemvirale di *aequare libertatem* ed *aequare iura*⁶⁶, «sottraendo la identificazione della norma alla discrezionalità dei pontefici, realizzando dunque la certezza del diritto»⁶⁷. Questa gravida considerazione si congiunge all'insegnamento di quella dottrina che individua nella definizione di *lex* «la chiave per comprendere la fonte di ogni autorità politica [...] a Roma»⁶⁸.

⁶³ Polyb., 6.14, ove viene riportata una sintetica ed efficace enumerazione dei poteri del popolo nella costituzione romana: «è lecito domandarsi quale sia mai la parte lasciata al popolo nel sistema politico, dal momento che il senato ha il controllo su tutte le questioni particolari delle quali abbiamo parlato e che – l'aspetto più importante – regola tutte le entrate e le uscite, mentre i consoli [...] hanno i pieni poteri sui preparativi di guerra e autorità assoluta sul campo. Ebbene, anche al popolo viene lasciata una parte, e assai. Solo il popolo, infatti, in questa costituzione, ha il controllo degli onori e delle pene, le sole cose dalle quali sono tenuti uniti gli imperi, gli stati e, in una parola, tutta la vita degli uomini [...]. Il popolo, dunque, spesso giudica una causa che prevede sanzioni in denaro, quando l'ammenda per il reato sia considerevole, e soprattutto giudica coloro che hanno ricoperto cariche importanti. È il solo a giudicare le cause capitali [...]. Per di più, il popolo assegna le cariche a chi ne è degno: questa, in uno stato, è la più bella ricompensa per la rettitudine di un uomo. Esso esercita la sua autorità anche sull'approvazione delle leggi e – l'aspetto più importante – è il popolo a decidere della pace e della guerra. Per giunta, riguardo a un'alleanza, a un trattato di pace e alla conclusione di patti, è il popolo a ratificare e rendere operante o meno ciascuno di questi atti».

⁶⁴ Polyb., 6.14: «Così, [...] da ciò si potrebbe a buon diritto concludere che il popolo ha una parte importantissima e che il sistema politico è democratico». Sul punto L. POLVERINI, *Democrazia a Roma?*, cit., p. 90.

⁶⁵ VALDITARA, *Riflessioni su principi fondamentali e legge nella repubblica romana*, cit., p. 547.

⁶⁶ Liv. 3.31.7 ss.

⁶⁷ VALDITARA, *Riflessioni su principi fondamentali e legge nella repubblica romana*, cit., p. 547.

⁶⁸ MCLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 67, il quale più avanti (pp. 68-69) precisa che «nell'esauriente lista dei vari tipi di norme legali romane che Gaio ci fornisce [...] l'autorità di ogni altra forma di legislazione romana dipende invariabilmente dalla sua relazione con la *lex*. Così i Patrizi, ci si dice, rifiutarono di essere obbligati da atti fatti dalla plebe soltanto fino, a quando questi non furono resi uguali alle *leges* per effetto di una *lex* approvata da tutto il *populus*. I decreti del Senato non erano *leges*, sebbene col tempo furono tenuti per tali, per quanto Gaio accenni ai dubbi esistenti sulla loro validità, dubbi che derivavano forse dalla mancanza, per i decreti senatoriali, di una *lex* specifica simile alla *lex Hortensia*, in forza della quale i plebisciti erano stati riconosciuti uguali alle *leges*. Nonostante questi dubbi, come le istituzioni dicono alquanto vagamente, con l'andar del tempo sembrò giusto che il Senato fosse consultato al posto del *populus*, poiché quest'ultimo era diventato troppo numeroso per potersi riunire per legiferare. [...] Anche le *constitutiones* dell'imperatore come i decreti del Senato avevano per Gaio effetto di *leges*, senza diventare esse stesse *leges*; ma, d'altra parte, fin dal secondo secolo non si può verosimilmente dubitare della piena equivalenza legale di una costituzione imperiale e di una *lex*, come invece lecito dubitare per un *senatus consultum*. Era in forza di una *lex* definita che l'imperatore riceveva il suo *imperium* – niente meno che tutto l'*imperium* e la *potestas* del popolo, secondo la formulazione delle *Institutiones* giustiniane – ed esistevano in pratica parecchie di queste leggi per così dire regali». Conf. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit. p. 110, che rileva come «le più recenti ricerche di storia del diritto pubblico romano [...] stanno infatti mostrando come nella concreta strutturazione istituzionale della repubblica romana il primato del *populus*, e la sua partecipazione diretta alla formazione delle magistrature e delle stesse *leges*, non escludesse affatto, ma anzi provocasse più o

Significativa, a tal proposito, pare la definizione che di *lex* diede il giurista Gaio nel II sec. d.C., il quale affermava laconicamente che «*lex est quod populus iubet atque constituit*»⁶⁹: egli poneva la legge al vertice di una gerarchia di fonti che avrebbero “brillato” di valore giuridico solo per la luce riflessa promanata dalla legge medesima⁷⁰. Pur in un periodo successivo all’eclissi della *Res Publica Romanorum*, connotato dal definitivo affermarsi dell’istituto del principato⁷¹, la nozione gaiana di *lex*, tutta improntata sulla volontà creativa del popolo, pare condensare in sé secoli di vita istituzionale repubblicana, fissando il fulcro dell’intera teoria romana della costituzione nel popolo e nelle sue articolazioni politiche e sociali⁷².

Le risultanze storiche⁷³ paiono attestare come un tale postulato etico-valoriale, prim’ancora che giuridico, avesse trovato solenne affermazione direttamente nelle parole marchiate a fuoco nel bronzo delle XII tavole, ove si sarebbe letto «*ut quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset*»⁷⁴: il primato della legge veniva affermato in maniera praticamente incontrovertibile,

meno direttamente, un tipo di responsabilità per l’azione governativa che andava ad incardinarsi nel suo complesso nel Senato, ovvero in una vera e propria aristocrazia politica dirigente, [...] in modo tale da impedire l’emersione di un *imperium singulare* istituzionalizzato»; GHISALBERTI, *Costituzione*, cit., p. 134, il quale ritiene che il primato della legge come fonte di ogni autorità possa confermarsi anche per la circostanza che, in epoca imperiale, «lo stesso potere dell’Imperatore [...] verrà visto come derivato da quella famosa *Lex regia de Imperio* per la quale al *princeps* venivano concessi tutti i poteri una volta spettanti al popolo ed esercitati da questo direttamente attraverso i Comizi o indirettamente attraverso il Senato. Tale *lex regia* appariva agli occhi dei giureconsulti romani come la costituzione fondamentale dell’Impero e il criterio per desumere la legittimità del potere imperiale, fondandosi su di esso persino un diritto all’insurrezione»; l’autore fonda le proprie corrette valutazioni a partire dal noto passo di Ulpiano recato in *Dig.* 1.4.1 («*Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*»).

⁶⁹ Gai. *Inst.*, 1.3.

⁷⁰ McLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 68.

⁷¹ Sull’affermazione e sulle caratteristiche del “principato” romano si rinvia per tutti a SCHLAVONE, *Storia giuridica di Roma*, cit., pp. 213 ss.; U. VINCENTI, *La costituzione di Roma antica*, Bari-Roma, 2017, pp. 213 ss.

⁷² *Ivi*, p. 69. Conf. H. REHM, *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, Freiburg-Leipzig, 1896, pp. 149-150, per il quale «l’assemblea del popolo è lo Stato: essa non è solo l’organo del *populus*, ma è il *populus* stesso» (trad. it. di redazione); MICELI, ‘*Governo misto*’ e *separazione dei poteri*, cit., p. 689, la quale efficacemente sostiene che «la stessa *lex* a Roma è innanzitutto il prodotto concreto delle strutture organizzative della *Res publica* prima che elemento fondante delle stesse strutture, tanto è vero che la stessa “*constitutio Rei publicae*” è intesa ed assunta prevalentemente in senso strutturale-funzionale, cioè come “struttura fondamentale” (costituzione materiale) e non già come “legge fondamentale” (carta costituzionale)».

⁷³ Liv. 7.17.12.

⁷⁴ P. BONFANTE, *Storia del diritto Romano*, vol. I, Milano, 1958, pp. 166 ss. Sulla configurabilità di un analogo principio nel quadro del diritto ateniese della seconda metà del V sec. a.C. si rinvia a R. MARTINI, *Roma e Atene. Note comparatistiche in ‘campo costituzionale’*, in LABRUNA, *Tradizione romanistica e Costituzione*, cit., p. 415, ove si ricorda che il concetto di una capacità legislativa effettivamente illimitata dell’*ἐκκλησία* «era stato in via incidentale vividamente espresso durante il famoso processo contro gli strateghi sconfitti nella battaglia delle Arginuse, allorché (siamo nel 406 a.C.), come ci informa Sen. *Ell.* 1.7.12, si era dichiarato che sarebbe stato *deinòn* (ossia tremendo, terribile, insopportabile...) se qualcuno avesse preteso che il popolo non potesse fare quello che voleva»; conf. S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1993, p. 294, secondo il quale «*in the second half of the fifth century the powers of assembly were very wide: it had at least theoretical control of old state business, and a legislative capacity that was in effect unlimited*».

inserendosi «in una logica democratica imposta dalla plebe per combattere l'oligarchia patrizia che intendeva contrastare l'evoluzione del sistema invocando proprio la inviolabilità e la immodificabilità dei principi dello *ius civile*»⁷⁵ di origine pontificale.

Sulla fonte del “dispotismo illuminato” della legge come tratto caratteristico della costituzione di Roma repubblicana fu lo stesso Cicerone a cercare di fare luce con l'intento di stabilire «un preciso collegamento tra l'ordine fondamentale dello stato e la volontà popolare, collegamento che sembra per certi aspetti anticipare le idee giusnaturalistiche»⁷⁶. In questo senso, infatti, l'apporto dell'Arpinate al futuro svolgimento dell'idea costituzionale è notevole se si prende in considerazione la definizione di “*populus*” dalla quale egli parte per esaminare le ragioni che avrebbero sorretto l'ordinamento della *Res Publica romana*⁷⁷.

Presupponendo che l'essenza dello stato, il suo fondamento primo e, dunque, la legittimazione di ogni sua autorità avrebbe dovuto individuarsi nel popolo («*Est igitur [...] res publica res populi*»⁷⁸), nel *De Republica* Cicerone cerca di progredire nel suo processo di astrazione, indagando il fondamento stesso del legame su cui il popolo si fonda: quest'ultimo, infatti, è raffigurato non come

⁷⁵ VALDITARA, *Riflessioni su principi fondamentali e legge nella repubblica romana*, cit., p. 548.

⁷⁶ GHISALBERTI, *Costituzione*, cit., p. 134.

⁷⁷ Alcune interessanti considerazioni sul punto possono farsi a partire dall'etimologia del termine *populus*, per le quali si rinvia a L. PEPPE, *Popolo. Diritto romano (ad vocem)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIV, Milano, 1985, pp. 315-316, di cui si riporta un breve estratto: «l'etimologia di *populus* non è sicura; due sono le ipotesi fondamentali, la prima che vede nel *populus* la “moltitudine” (da una radice indoeuropea), la seconda la “moltitudine di armati” (di origine mediterranea e mediata forse dagli Etruschi). [...] Nelle aree linguistiche più vicine a Roma, in particolare latina ed osco-umbra, il dato semantico di maggiore interesse viene dalle Tavole di Gubbio, dove *poplo-* sembra riferirsi a quella parte della popolazione alla quale sono attribuiti i pieni diritti e doveri civili (in primo luogo quelli militari), cioè i maschi adulti, talvolta come tale popolazione riunita, senza valenze etniche o territoriali, in contrapposizione a *tota*, tutta la popolazione compresi donne e bambini, la comunità nel suo insieme e nella sua autonomia, con valenza anche territoriale. Nella lingua latina, arcaica e no, non esiste *tota* e se si va alla ricerca di un termine che esprima un significato analogo si vedrà successivamente che proprio un particolare uso di *populus* – accanto a quelli corrispondenti a *poplo-* su indicati – è quello più adatto alla bisogna. Per ora è possibile evidenziare i due seguenti significati fondamentali di *populus* nel vocabolario romano: 1) *populus* come comunità autonoma, talvolta con valenza territoriale; 2) *populus* come riunioni di cittadini, come *comitia*. Avendo riguardo a questi due significati nel mondo romano, le fonti sono assai esplicite nel ricomprendervi tutti i cittadini, patrizi e plebei; accanto a questi, nell'ultimo secolo della Repubblica, appare un ulteriore uso di *populus*, come “massa”, “plebe in senso generico”, *plebs*, in contrapposizione ai due ordini dei senatori e dei cavalieri, alla *nobilitas*».

⁷⁸ Cic. *Rep.* 1.26.

semplice «*omnis hominum coetus quoquo modo congregatus*» ma vero e proprio «*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communionem sociatus*»⁷⁹.

La definizione ciceroniana consente di rilevare con chiarezza il sostanziale confine che divideva la concezione greca da quella romana dello stato: se per i Greci all'origine della *πόλις* vi sarebbe stata la naturale predisposizione umana all'aggregazione, i romani furono portatori di una visione volontaristica e convenzionale della *Res Publica*⁸⁰. Anticipando di secoli l'insegnamento illuministico che è alla base dei moderni ordinamenti liberaldemocratici, la cultura latina affermava il principio secondo il quale il fondamento dell'autorità politica sarebbe dato dal consenso dell'intero popolo; ciò in quanto quest'ultimo è condizione per l'erigersi dello stato, concepito come *constitutio populi*, «organizzazione del popolo [connessa, ndr.] alla *res publica*, che è l'aspetto oggettivo (*res*), materiale-patrimoniale ed istituzionale, del popolo»⁸¹.

Non è casuale la scelta dei termini impiegati da Cicerone per descrivere questo stato di cose: se a distinguere un'informe massa dal popolo propriamente detto sarebbe stata la presenza in questo di un vincolo giuridico, si comprende la

⁷⁹ *Ibidem*. Nello stesso nostro diritto pubblico contemporaneo la nozione di popolo presenta diverse sfaccettature: sul punto si rinvia a D. NOCILLA, *Popolo. Diritto costituzionale (ad vocem)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIV, Milano, 1985, pp. 341 ss., ove si rimarca che il termine popolo, nel campo del diritto costituzionale, «da un lato, [...] sta a significare “una pluralità” di soggetti e, quindi, una entità scomponibile, non solo in tante singole individualità, ma anche in tanti gruppi e sottogruppi, divisi fra loro a causa dei più diversi fattori: interessi materiali, interessi spirituali, lingua, etnia, ecc. Ma d'altro canto, con esso si intende, per lo più, una moltitudine di uomini costituenti “un'unità”, in virtù di cause suscettibili di variare a seconda del punto di vista che si assume: e tali possono essere la mera coesistenza spaziale degli individui (popolo di un'isola), la comunanza di interessi culturali (popolo dei concertisti), talune caratteristiche etniche comuni o, per pervenire ad un campo proprio della scienza giuridica, la sottomissione ad “un medesimo ordine giuridico statale” (*Staatsvolk*). Di qui il continuo oscillare delle correnti definizioni di “popolo” tra i due poli della pluralità e dell'unità, ora facendo sì che prevalga il primo aspetto, ora, invece, dando determinante rilievo al secondo»; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, pp. 90 ss.; T. MARTINES, G. SILVESTRI (a cura di), *Diritto costituzionale*, Milano, 2022, pp. 148 ss.

⁸⁰ CROSA, *Il concetto di Costituzione nell'Antichità classica*, cit., p. 109.

⁸¹ PEPPE, *Popolo*, cit., p. 319. Il riferimento all'intima connessione tra *populus*, *constituito populi* e *res publica* è contenuto in Cic. Rep. 1.26, 41: «*omnis ergo populus, qui est talis coetus multitudinis qualem exposui, omnis civitas, quae est constitutio populi, omnis res publica, quae ut dixi populi res est, consilio quodam regenda est, ut diuturna sit*». Per un'interpretazione non contrattualistica né volontaristica della concezione di Stato secondo Cicerone si rinvia per tutti a F. CANCELLI, *Introduzione a M. Tullio Cicerone. Lo Stato*, Milano, 1979, pp. 68 s., il quale ritiene che «Cicerone parla, più o meno incidentalmente, dell'elemento costitutivo della società civile e dello Stato come la condizione in essi degli uomini, e si riferisce al *vinculum*, o alla *iuris distributio*, *discriptio*, *societas*: con la prima espressione volendo significare l'unione, il rapporto, il coordinamento, con l'altra la collocazione dei singoli, ciascuno nella propria posizione; e se *iuris consensus* esprime la situazione, *iuris distributio* o *discriptio* si riferisce all'azione del legislatore diretta a formarla».

ragione che ha indotto l'Arpinate a definire lo stato una «*societas*»⁸². La nozione convenzionale così adottata dalla cultura romana finiva inevitabilmente per avere le proprie ripercussioni su come i latini concepissero la legge, alla quale sarebbe stato demandato il compito di farsi «*civilis societatis vinculum*»⁸³, ipostatizzazione del contratto sociale e strumento per eccellenza della salvaguardia dei diritti dei consociati⁸⁴.

Il primato della legge, in qualità di essenziale manifestazione della sovranità popolare, si sarebbe giustificato in quanto *lex* – secondo la fortunata formula del giurista Papiniano, ancora nel II sec. d.C. – era «*communis rei publicae sponsio*»⁸⁵, una forma di obbligazione in grado di vincolare ogni cittadino poiché ognuno avrebbe avuto da solo la capacità d'agire per aderire con il proprio consenso a quello del resto dei consociati.

⁸² Cic. *Rep.* 1.32, il quale – *a fortiori* – gravidamente si interroga: «*Quid est enim civitas nisi juris societas civium?*». Cfr. sul punto, CROSA, *Il concetto di Costituzione nell'Antichità classica*, cit., p. 110, che sul termine *societas* impiegato dall'Arpinate chiarisce che esso «non solo indica con efficacia la struttura atomistica dello Stato romano, ma si contrappone al termine di “universitas” e al concetto relativo che sarà largamente impiegato nel medioevo su influenza del germanesimo per raffigurare l'unità dell'ente Stato, unità che assorbe e in cui si annulla l'individualità del singolo. Gli elementi moderni di questa concezione appariranno evidenti quando il pensiero politico volgerà alla ricostruzione dell'individualità morale del singolo e quindi della sua personalità giuridica, togliendolo dalla massa amorfa dell'“universitas”. Il concetto di “*societas*” che non è se non il nome collettivo con cui vengono designati i soci, sarà lo strumento più idoneo per questa costruzione della nozione moderna non solamente giuridica dello Stato. La “*societas*” è una collettività retta da un contratto, la “*societas*” presuppone come condizione essenziale della sua esistenza i soci, perciò la “*res publica est res populi*”, è la cosa comune di tutti i membri della “*societas*”. I soci sono individuati ed individuabili, ad essi pertanto deve spettare una potestà sulla “*res publica*”, concetto questo che si risolverà in quello più ampio della sovranità popolare».

⁸³ Cic. *Rep.* 1.32.

⁸⁴ MCLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 70, che a tal proposito riporta che «l'osservanza di un testamento, ad esempio, era assicurata dalla sua registrazione, per usare un'espressione moderna, nei *Comitia calata*; e simili esempi di transazioni private garantite pubblicamente, come la *mancipatio*, il *nexum*, ecc., sono numerosi nell'antico diritto. L'intero popolo diventava così responsabile per la protezione dei diritti individuali, creati da un accordo o atto privato. Quello romano era, dunque, all'inizio, un diritto molto concreto, e l'ulteriore raffinata concezione, secondo la quale è lo Stato che protegge diritto in astratto, fu il risultato di un lungo sviluppo».

⁸⁵ *Dig.* 1.3.1. Cfr., sul punto MCLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., pp. 71-72, il quale, a conforto dell'impostazione papiniana riporta molteplici esempi di estratti del Digesto, provenienti da autori differenti, nei quali la parola “*lex*” è impiegata per riferirsi chiaramente ad obblighi sussistenti solo tra cittadini: «innanzi tutto un estratto dalle *Risposte* di Scevola: “una controversia è sorta tra un erede per legge e un erede per volontà, ed è terminata in base ad un accordo definito (*'certa lege'*)”. Un esempio si può trarre dalle *Questiones* di Paolo: “È stato chiesto se sia possibile un'azione quando un figlio è stato dato a voi con questa clausola (*'hac lege'*) che dopo tre anni voi dovete darlo a me per l'adozione. E Labeone pensa che non sia possibile adire al pretore”. L'ultima di queste aride citazioni è dal commentario di Ulpiano all'Editto: «se nel corso di un'azione di tutela si conviene che l'interesse deve essere pagato oltre il tasso legale, ciò non deve avere valore e può giustificare un'azione sull'accordo; viceversa sono essenziali quei termini che determinano le condizioni del contratto (“*quae legem contractui dant*”), ossia quelli stabiliti nel momento in cui questo è stato sottoscritto”. Gaio usa *lex* nello stesso senso, quando parla di una locazione di terre con la stipulazione (“*ea lege*”) della quale gli eredi del locatario resteranno in possesso, e si riferisce al nolo di una squadra di gladiatori con una condizione (“*ea lege*”) che riguardi quelli che pose sono essere uccisi o feriti». Si tratta dei seguenti riferimenti alla compilazione giustiniana: *Dig.* 2.15.14; *Dig.* 1.7.34; *Dig.* 2.14.7.5; *Inst. Iust.* III.145.

Queste considerazioni, insieme ad altre ricavabili anche dall'origine etimologica del termine⁸⁶, consentono di meglio apprezzare la pur tarda definizione papiniana di *lex*, recante ancora una eco della risalente concezione convenzionale del costituzionalismo romano. Se la *sponsio* altro non era che l'essenza stessa del vecchio contratto verbale a Roma, stipulabile attraverso formule cristallizzate e connotate da enormi implicazioni etico-religiose, essa avrebbe trovato il proprio corrispettivo sul piano giuspubblicistico nella *rogatio*. Si trattava dell'atto con il quale il popolo riunito nei *Comitia* avrebbe espresso il proprio assenso a vincolarsi alla proposta di normativa, la quale avrebbe acquisito forza precettiva solo in virtù del consenso della collettività cittadina⁸⁷.

⁸⁶ F. SERRAO, *Legge. Diritto romano (ad vocem)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973, pp. 794-795, di cui si riportano alcune considerazioni: «l'etimologia di *lex*, da cui il nostro termine "legge", è dubbia. Cicerone, discutendo intorno all'essenza della legge, instaurava un paragone con il corrispondente termine greco νόμος, derivante da νέμω (distribuire, attribuire a ciascuno il suo), e collegava *lex* con *legere* (scegliere), affermando che nel termine greco è posto in risalto il valore dell'equità, nel termine latino il valore della "scelta", ma che entrambi sono caratteri tipici della legge. Ancora con *legere*, ma nel significato di leggere (e non di scegliere), e quindi col greco λέγειν (dire, pronunciare), il termine era collegato da Varrone, a cui si adeguano spesso i lessicografi più antichi, come il Forcellini. Oggi generalmente si preferisce con ragione collegare il sostantivo *lex* al verbo *legare* il cui significato è "dare incarico", "delegare un'autorità, un potere" e quindi, anche "regolare", "statuire", e "porre", "disporre" (come in XII Tab. V, 3: "*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*"); ma non manca chi tiene ferma l'opinione di Varrone e nemmeno chi trova allettante il collegamento con *ligare*».

⁸⁷ MCLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 72, che precisa come, nel mondo romano «la promulgazione è, dunque, chiamata *rogatio*, poiché [...] contiene esattamente il provvedimento che il popolo trasforma in legge quando l'accetta col suo voto».

Table of contents

M. Palma Le dimensioni del vigilare	1
G. Gardini Il difficile cammino del decentramento tra riforme, emergenze e resistenze. Alla ricerca di un “sistema delle autonomie territoriali”	12
F. Giglioni La tutela dello spazio pubblico attraverso la sicurezza urbana: spunti per una ricostruzione nuova	39
S. Manacorda, M. Colacurci Il “reato universale”? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano	52
L. De Propriis Considerazioni sparse sulla tutela transfrontaliera del consumatore nello spazio giudiziario europeo	79
L. Arduini Lo spazio della pena di morte negli Stati Uniti	107
B. Baldini La governance multilivello per il ripristino degli ecosistemi urbani	132
G. Redigonda Il diritto dello spazio extra-atmosferico e le sue fonti. Glorie passate e tendenze evolutive recenti	150
C. Campodonico La due diligence degli stati nello spazio extra-atmosferico: alcune prime sfide della nuova era spaziale poste da attori privati	167
A. Carrassa Tre metri quadri: lo spazio della dignità? Il valore del criterio spaziale nelle decisioni riguardanti la violazione dell’art. 3 CEDU	184
I. Ceccatoni REMS, un futuro incerto	195
G. Amato Il diritto e la politica	210
A. Proto Pisani Ricordo di un amico: Alessandro Pizzorusso	213
R. Ibrido Recensione a Virginia Campigli: “L’autodichia degli organi costituzionali. Dal privilegio dell’organo alla tutela amministrativa dell’individuo” (ESI, 2023)	223
G. Di Girolamo “Tornate all’antico, sarà un progresso”. I fondamenti della cultura costituzionale moderna nello spazio giuridico e filosofico della classicità greco-romana	227