

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 2/2020

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Giuseppe Caia
Beniamino Caravita di Toritto
Marta Cartabia
Antonio D'Atena
Guido Greco
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo

Comitato scientifico

Marino Breganze	Fabio Merusi
Paolo Carnevale	Jorge Miranda
Giuseppe de Vergottini	Alejandro Saiz Arnaiz
Michele Della Morte	Dian Schefold
Thierry Di Manno	Franco Gaetano Scoca
Laurence Folliot Lalliot	Gaetano Silvestri
Pietro Giuseppe Grasso	Karl-Peter Sommermann
Natalino Irti	Federico Sorrentino
Anne-Marie Le Pourhiet	Mario Rosario Spasiano
Stelio Mangiameli	Aldo Travi

Comitato di Redazione

Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

Flaminia Aperio Bella
Marta Cerioni
Francesco Crisafulli
Guglielmo Aldo Giuffrè
Paolo Provenzano
Enrico Zampetti

SOMMARIO 2/2020

saggi

- Maria Alessandra Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo* 195
- Antonio Cantaro, *Pandemia e scienza giuridica. In divergente accordo* 223
- Stefano Giubboni, *Considerazioni sul diritto del lavoro oltre lo Stato (con una postilla su pandemia e de-globalizzazione)* 247
- Sabrina Tranquilli, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa "robotica"* 281

osservatorio

- Marta Cerioni, *L'anaclosi dei Governi "Conte I" e "Conte II"* 325

attualità

- Camilla Storace, *Identità di genere e tutela della dignità umana dentro le mura del carcere. Riflessioni intorno ad una recente ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Firenze* 359



SAGGI

Maria Alessandra Sandulli

RIFLESSIONI SULL'ISTRUTTORIA TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO*

SOMMARIO: 1. Il ruolo centrale dell'istruttoria nel procedimento e nel processo e l'importanza della sua evoluzione. – 2. Il soccorso istruttorio – 2.1. Il soccorso istruttorio procedimentale (e processuale) all'istante/dichiarante – 2.2. Il soccorso istruttorio processuale all'Amministrazione (in forma di richiesta di “*schiarimenti*”) e l'invito del giudice al “*riesame*” della decisione assunta – 3. Spigolature per altri possibili approfondimenti.

1. *Il ruolo centrale dell'istruttoria nel procedimento e nel processo e l'importanza della sua evoluzione*

Vincenzo Cerulli Irelli ha dedicato grande attenzione al procedimento e al processo amministrativi¹.

La coincidenza degli Scritti in suo onore con la contemporanea ricorrenza del trentennale della legge 241 del 1990 e del decennale del codice del processo mi ha indotto a dedicargli alcune brevi riflessioni su un tema trasversale alle due procedure, che ha assunto e assume massima importanza per la loro evoluzione verso una più giusta e ponderata adozione della decisione finale.

Il riferimento è all'istruttoria, la cui assoluta centralità in qualsiasi tipo di processo è confermata dal fatto che se ne discute con sempre mag-

* Il saggio è destinato agli *Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli*.

¹ Sul piano istituzionale, ha, tra l'altro presentato il ddl da cui ha tratto origine la riforma della l.n. 241 del 1990 (*Norme generali sull'attività amministrativa*, Stampato Camera, n. 6844 del 2000) e ha fatto parte della Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato per la redazione del Codice del processo amministrativo. Tra i lavori scientifici più specificamente dedicati al tema, cfr. la curatela dei volumi *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli 2006 e *Il procedimento amministrativo*, Roma 2007; nonché il contributo *On the constitutional reform in the process of being approved in Italy*, in *Italian Journal of public law*, 2014, 21 ss.

giore insistenza anche per il processo costituzionale, progressivamente aperto all'istruttoria nei giudizi in via principale, ma ancora chiuso a un'istruttoria formale in quelli in via incidentale, per i quali comunque la Corte ha fatto varie volte ricorso a istruttorie informali (come tali, non trasparenti)².

L'istruttoria ha sempre presentato profili peculiari nel processo amministrativo, in ragione, per un verso, della difficoltà di accesso ad alcuni atti e documenti rilevanti per il giudizio e, per l'altro, e opposto, verso, della natura stessa di quest'ultimo: di legittimità e non di merito. Sicché, tradizionalmente e tendenzialmente, il pieno accesso al "fatto" era ritenuto meno necessario che nel processo civile. Nel tempo, con il progressivo rafforzamento del principio di effettività della tutela nei confronti della p.A. e della tendenza a considerare il giudizio amministrativo come un giudizio sul rapporto e non soltanto sull'atto, in grado di garantire, laddove possibile, la soddisfazione della pretesa sostanziale, l'istruttoria ha assunto un ruolo sempre più importante, tanto da meritare specifica considerazione in un apposito titolo del c.p.a. che compie quest'anno il suo primo decennio.

Oltre e prima ancora che momento centrale del processo amministrativo, l'istruttoria è peraltro momento centrale del procedimento, di cui il giudice è chiamato a sindacare il corretto svolgimento. Significativamente, all'istruttoria, anche senza definirla formalmente in questi termini, è dedicata un'ampia parte della l. 241 del 1990, di cui celebriamo invece ormai il terzo decennale, mentre, in parallelo, la l. 287 dello stesso anno inseriva la partecipazione e il contraddittorio nel procedimento come temperamento dei nuovi poteri attribuiti all'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato.

L'istruttoria è, tra le fasi del procedimento e del processo, quella che testimonia forse con maggiore evidenza l'evoluzione del rapporto tra cittadino e amministrazione e tra parti e giudice.

Se torniamo indietro di qualche altro decennio – in particolare al 1940 – la lettura delle pagine della monografia sul *Procedimento amministrativo* di Aldo Mazzini Sandulli rivela in termini ancora più chiari l'importanza del fenomeno e la nettezza di questo salto evolutivo.

² Ne abbiamo recentemente discusso nel Convegno organizzato l'11 novembre scorso a Roma Tre nell'ambito delle Giornate di studio sulla Giustizia Amministrativa (con incontri annuali a Modanella-Roma Tre), dedicato a "*Le incertezze dell'istruttoria*", con il Presidente Aldo Carosi e la prof.ssa Marilisa D'Amico.

L'istruttoria raccoglie il secondo e il terzo gruppo di atti di quella che il volume, che dava la prima sistematizzazione dottrinale dello svolgimento dell'azione amministrativa, costruiva come la "fase preparatoria" del procedimento: quelli che, dopo gli atti di iniziativa, preparano l'assunzione della decisione e ne costituiscono fondamentale presupposto³, consentendo all'amministrazione di provvedere in modo informato e consapevole, condizione essenziale tanto alla corretta individuazione e applicazione della norma, che all'equo bilanciamento dei diversi interessi, pubblici e privati, che il provvedimento è destinato a comporre.

Nell'ottica del processo, maggiore è la completezza e la chiarezza di questi atti, minore dovrebbe essere il contenzioso e comunque più agevole e profondo può essere il sindacato. Orbene, nella lucida costruzione proposta ne "*Il procedimento*", l'acquisizione degli elementi (manifestazioni di desiderio o di rappresentazione, accertamenti tecnici, pareri, ispezioni, certificazioni, chiarimenti, ecc.) necessari o comunque utili all'adozione del provvedimento finale assume evidentemente un ruolo di primo piano: è agevole però riscontrare come la partecipazione dell'interessato, cui pure l'A. dedica specifica attenzione, avesse in quel contesto un ruolo ancora molto limitato, circoscritto alle ipotesi espressamente previste dall'ordinamento. Soltanto con la l. 241 del 1990 (dunque mezzo secolo dopo), pur con tutti i limiti poi introdotti dalla riforma del 2005 e dalla giurisprudenza⁴, essa diventa la "regola generale" dell'azione amministrativa. Così come solo con la l. 241 del 1990 si afferma l'obbligo generale dell'Amministrazione di esternare i presupposti di fatto e le ragioni

³ *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, qui consultato nella ristampa inalterata del 1964, 122, nota 1 così, ricorda l'A., sia pure non esplicitamente, anche F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova 1936, 479 ss.

⁴ Il riferimento è evidentemente al secondo periodo del secondo comma dell'art. 21-octies, introdotto dall'art. 14 della l. n. 15 del 2005, che, operando un sostanziale svuotamento dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo previsto dall'art. 7 della l. 241 del 1990, dispone che "*il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile*" per la mancanza di tale comunicazione "*qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*"; il *requiem* all'obbligo comunicativo è stato completato dalla giurisprudenza che ha spostato sul ricorrente l'onere dimostrativo della rilevanza dell'inadempimento procedimentale. In tema, per tutti, anche per ulteriori rinvii, *I vizi non invalidanti del provvedimento (art. 21-octies, comma 2 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano 2020; R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017.

di diritto che, “*in relazione alle risultanze dell’istruttoria*”, giustificano la decisione assunta.

L’obbligo di espletare un’adeguata attività istruttoria e di darne conto nella motivazione del provvedimento, da implicito corollario del principio di imparzialità e buon andamento dell’amministrazione, si declina quindi in puntuale prescrizione di legge e la sua violazione dovrebbe *ex se* legittimare l’annullamento della decisione finale, senza più bisogno di ricorrere al vizio di eccesso di potere (di cui tradizionalmente il difetto di istruttoria è stato invocato come figura sintomatica). Conosciamo tutti le “limature” che la giurisprudenza ha nel tempo operato alla rigidità di questa *regula iuris*, soprattutto in riferimento agli atti vincolati. Ma è indubbio che l’attenzione dell’ordinamento alla partecipazione degli interessati e, in termini più generali, all’adeguatezza dell’istruttoria, oggi più agevolmente verificabile attraverso le nuove garanzie di trasparenza dell’azione amministrativa (nella triplice forma dell’accesso documentale, dell’accesso civico e dell’accesso civico generalizzato)⁵, costituisce un’importante testimonianza dell’evoluzione del rapporto cittadino-amministrazione in un’ottica più collaborativa e garantista. Un ruolo centrale in questa prospettiva è assunto dalla configurazione di un “*responsabile*” del procedimento, significativamente inclusa tra i livelli essenziali delle prestazioni, imposti per qualsiasi procedimento amministrativo e su tutto il territorio nazionale (art. 29, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990, aggiunto dalla l. n. 69 del 2009)⁶. Al responsabile, distinto dagli organi politici e diretto e immediato interlocutore dei soggetti interessati, spetta l’arduo

⁵ Per tutti, tra i contributi più recenti, A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli 2018; *L’accesso civico e i poteri del giudice amministrativo: alla ricerca di un’azione in materia di accesso generalizzato, in federalismi.it*, n. 10/2020; F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica, in federalismi.it*, n.10/2019; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell’azione amministrativa*, cit.; *I principi in materia di accesso*, ivi, *amministrativa*, 2° ed., cit., 1209; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili, in federalismi.it*, 23/2016; D.-U. GALETTA, P. PROVENZANO, *Sul d. lgs. n. 97/2016, recante modifiche alla disciplina sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Le nuove regole della semplificazione amministrativa. La legge n. 241/1990 nei provvedimenti attuativi della riforma Madia*, Milano 2016; M.A. SANDULLI, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove Auton.*, 1/2015, 63.

⁶ R. DIPACE, *L’ambito di applicazione della legge n. 241 del 1990 s.m.i.*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole*, cit.; E. LAMARQUE, *L’ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell’azione amministrativa*, cit.

compito di garantire un giusto equilibrio tra la completezza e la rapidità dell'istruttoria, in una logica di necessaria proporzionalità dell'eventuale ricerca, a vantaggio di una decisione "migliore", di elementi non immediatamente disponibili e non imposti dalla legge (primi fra tutti i pareri facoltativi), nel rispetto dei tempi e delle competenze stabiliti dall'ordinamento. La necessità di rispettare il giusto equilibrio tra le riferite esigenze di completezza e di celerità/economicità è ben sintetizzata nella formula che il responsabile "adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria", oltre che nel richiamo alla "necessità" degli atti e dei documenti di cui può essere richiesta l'acquisizione, nei limiti al potere di sospendere i termini per la conclusione del procedimento e nel divieto di aggravamento di quest'ultimo, con l'espressa clausola di salvezza delle "straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria"⁷.

Con la riforma del 2005, il ruolo del responsabile è stato, come noto, sensibilmente rafforzato, ancorché evidentemente "ibridato" per effetto della concentrazione in capo al medesimo di poteri formalmente – o, nel caso in cui la decisione spetti a un soggetto diverso, sostanzialmente – decisori⁸, affidandogli direttamente l'adozione del provvedimento – o imponendo al diverso titolare di tale potere di dare un'esplicita giustificazione dell'eventuale assunzione di decisioni difformi dalle risultanze dell'istruttoria (tendenzialmente tradotte dal responsabile in un "progetto", "schema" o "proposta" di provvedimento). L'obiettivo perseguito è chiaramente quello di offrire una migliore garanzia di imparzialità, pas-

⁷ In argomento, *ex multis*, S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 437; C. MARZUOLI, *Il principio di buon andamento e il divieto di aggravamento del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 1^a ed., 2011, 206 ss.; F. MANGANARO, *Il principio di non aggravamento del procedimento amministrativo*, *ivi*, 2 ed., 2017; M. CAFAGNO, *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 493 ss.; F. SAITTA, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. e soc.*, 2001, 507.

⁸ A. ZITO, *Compiti del responsabile del procedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), Torino 2005, 190; S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo: evoluzione storica e prospettive della figura*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Tomo I, Milano 2015, L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli 2005; sul punto, in generale, anche E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini 1983, 90.

sando per la salvaguardia dell'autonomia della decisione da considerazioni di carattere politico o da pressioni di varia natura: esigenza ribadita e accentuata dalle più recenti disposizioni impositive al responsabile di un obbligo generale di astensione e di segnalazione in qualsiasi ipotesi, anche meramente potenziale, di conflitto di interessi. Pur nella consapevolezza del ruolo di massima rilevanza che comunque la conduzione dell'istruttoria assume nella “*gerarchizzazione, graduazione ed ordinazione*” [de]gli interessi compresenti nella fattispecie concreta”⁹, merita però interrogarsi, proprio nella riferita ottica di imparzialità, sulla opportunità di concentrare in un unico soggetto la funzione istruttoria e quella decisoria, quanto meno per i provvedimenti di tipo repressivo o inibitorio (tema che, come noto, è stato frequentemente sollevato in riferimento alle Autorità indipendenti, rendendo ancora più forte l'esigenza di un sindacato giurisdizionale “pieno” sulle relative sanzioni¹⁰ e che si ripropone, in termini a mio avviso insuperabili, per le sanzioni alternative alla dichiarazione di inefficacia del contratto, applicabili dal giudice amministrativo, che diventa a questo punto accusatore, istruttore e decisore, ai sensi dell'art. 123 c.p.a.¹¹.

In un'analogia prospettiva garantista, il d. lgs. n. 204 del 2010 dedica specifica attenzione all'istruttoria processuale, su cui, per tornare ai grandi maestri scomparsi, corre l'obbligo di richiamare l'importante monografia del 1953 di Feliciano Benvenuti¹² e gli intramontabili scritti di Mario Nigro¹³. Sviluppando il percorso avviato dalla legge n. 205 del

⁹ S. TARULLO, *op. ult. cit.*

¹⁰ Cfr. per le sanzioni irrogate dalla Consob in materia di *market abuse*, cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596; per le sanzioni irrogate dall'AGCM in materia antitrust, v. Corte cost., n. 13 del 2019. In entrambi i casi, rilevata la non conformità dei regolamenti di procedura al principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, il giudice ha anche osservato – secondo l'insegnamento di Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e al. c. Italia*, ricc. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, §§ 139 e 137 - come un successivo controllo di “piena giurisdizione” – nell'un caso, del giudice civile; nell'altro, del giudice amministrativo – sia di per sé idoneo a impedire la violazione del principio convenzionale.

¹¹ Si consenta il rinvio a M.A. SANDULLI, *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano 2010. Cfr. anche RO. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano 2012, 671.

¹² F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova 1953. Cfr., poi, dello stesso A., la voce *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. del diritto*, Milano 1973, 205.

¹³ Per tutti, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano 1968, II, 769. Tra i “classici” sul tema, cfr. anche le monografie

2000 (di cui ricorre dunque quest'anno il secondo decennale), il c.p.a., pur non accogliendo la proposta, avanzata da autorevoli studiosi¹⁴, di istituire un apposito giudice istruttore, anticipa la valutazione delle istanze istruttorie alla fase cautelare e disciplina in un titolo autonomo i mezzi di prova. Il "nuovo processo amministrativo", in un'ottica di maggiore garanzia dell'effettività della tutela, non limitata al giudizio sull'atto, ma estesa, per quanto consentito dalla necessaria separazione dei poteri, alla valutazione della fondatezza della pretesa sostanziale, rimarca il potere/dovere del giudice amministrativo di accedere al fatto, confermandone e valorizzandone il ruolo di "*signore della prova*" riconosciutogli da Mario Nigro¹⁵.

Sicuramente il c.p.a. ha ribadito l'equilibrio fra principio dispositivo e metodo acquisitivo¹⁶, che tradizionalmente contempera i principi generali della domanda e dell'onere della prova a carico del deducente (soddisfatti dall'obbligo di quest'ultimo di dare almeno un "principio di prova" quando non ne abbia maggiori elementi) con la posizione privilegiata dell'amministrazione nella disponibilità di quest'ultima¹⁷. L'art. 64, precisa, infatti, al 1° comma, che "*spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni*", esplicita, al 2° comma, la valenza probatoria dei fatti non specificamente contestati dalle parti costituite e aggiunge, al 3° comma, che "*il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere*". Anche rispetto a tali informazioni e documenti, sia che attengano ai cd fatti principali, sia che attengano a cd fatti secondari (sui quali la giurisprudenza, privilegiando, nel

di L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova 1977 e di C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano 1994.

¹⁴ R. VILLATA, *Resoconto Seminario sul libro II (il processo amministrativo di I grado) del progetto di codice del processo amministrativo*, svoltosi il 9 aprile 2010 presso l'università degli studi di Messina, in *giustamm.it*; F. MERUSI, *Relazione al Seminario su "La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo"*, svoltosi il 6 maggio 2010 presso l'Università Bocconi, *ivi*.

¹⁵ Oltre al noto scritto citato alla nota 13, cfr. il discorso su "*L'avvocato amministrativista*", leggibile in P. GROSSI, M. NIGRO, *Mario Nigro giurista*, Milano 1998, l'insigne Maestro esortava gli avvocati amministrativisti a dare massima attenzione al fatto.

¹⁶ Secondo il quale, come noto, "*l'introduzione del fatto è mezzo per la disposizione che ne opererà il giudice e perciò all'onere dell'introduzione consegue il dovere del giudice*": F. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 295.

¹⁷ Di talché la parte privata è in una posizione di "*materiale e (...) istituzionale inferiorità nei confronti dell'amministrazione*": F. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 125.

giudizio impugnatorio¹⁸, il metodo acquisitivo, opera una distinzione estranea alla teorizzazione benvenutiana)¹⁹, vige peraltro, in ogni caso, il divieto di scienza privata del giudice, che si trae dall'art. 115 c.p.c., in forza del quale, nel rispetto del principio del contraddittorio, il giudice può trarre elementi su cui fondare il proprio convincimento soltanto dal materiale probatorio acquisito al processo²⁰.

Proprio la riferita evoluzione del rapporto privato-amministrazione (con l'istituzionalizzazione in via generale del contraddittorio procedimentale e la possibilità di composizione negoziale degli interessi) e la maggiore trasparenza dell'istruttoria procedimentale consentono peraltro ormai a tutte le parti e al giudice un accesso più completo e diretto ai presupposti del provvedimento e una più agevole percezione delle sue eventuali criticità: ciò che, per un verso, aggrava l'onere probatorio delle parti private (che hanno, o dovrebbero avere, i mezzi per entrare nella "casa di vetro") e, per l'altro, permette al giudice una più mirata ricerca degli elementi non emersi in sede procedimentale. Quest'ultimo profilo è tanto più importante in quanto, come evidenziato anche dal Presidente del Consiglio di Stato in un recente convegno scientifico, *"la combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere ha consentito di focalizzare l'accertamento, per successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere"*²¹.

Il c.p.a. prende atto di questa evoluzione, introducendo l'azione di condanna all'adozione di atti per i quali l'Amministrazione non abbia

¹⁸ Posizione opposta, in ragione della disponibilità del fatto, vale invece nel giudizio risarcitorio. Più complessa la questione per il giudizio di condanna ad un *facere*, in particolare al fine di verificare l'esaurimento degli spazi di discrezionalità in astratto conferiti dalla legge: sul punto, cfr. A. CARBONE, *Profili ricostruttivi dell'azione di adempimento*, Torino 2012, 248 ss.

¹⁹ A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm.*, 2965.

²⁰ A. CARRATTA, *Le incertezze dell'attività istruttoria del processo civile nel rapporto parti-giudice*, Relazione al Convegno su "Le incertezze dell'istruttoria", Roma Università di Roma Tre, 11 novembre 2019. Nella richiamata voce di F. Benvenuti si ricordava in proposito che *"Sono dunque le parti e non il giudice che possono compiere l'introduzione nel processo dei fatti della realtà esterna occorrenti per mettere il giudice in grado di verificare la esattezza delle loro affermazioni, siano essi i fatti (principali) che forma oggetto della prova che si vuol dare, siano essi quegli altri fatti (secondari) destinati a fornire, per via di indizio la prova dei fatti principali. Resta pertanto escluso che l'introduzione dei fatti nel processo possa avvenire ad opera del giudice, come è nel sistema inquisitorio"*.

²¹ F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro* (intervento al convegno "Stato a diritto amministrativo tra presente e futuro" – Parma 4 ottobre 2019), in *Il processo*, 2019.

mai avuto o abbia consumato margini di discrezionalità²². Ma soprattutto, come si diceva, il c.p.a. ha chiaramente e definitivamente riconosciuto la possibilità (che lo stesso Presidente del Consiglio di Stato ha espressamente dichiarato “pacifica”) del giudice di spingersi “oltre” la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento, autonomamente indagandoli e, se del caso, valutandoli anche sul piano “tecnico”, nella convinzione che le valutazioni tecniche²³ non vanno confuse col merito amministrativo e non possono farsi rientrare in un’area istituzionalmente “riservata” alla pubblica amministrazione, a meno di voler sottrarre alla giustiziabilità aree rilevanti di intermediazione pubblica. Ciò che il giudice amministrativo non può spingersi a sindacare è soltanto il giudizio di valore e di scelta che costituisce il *proprium* della funzione amministrativa, ma esso può, e deve, controllare che tale valutazione/scelta sia stata effettuata nel rispetto dei canoni di logicità, ragionevolezza e completezza di istruttoria. Per questo il giudice deve poter acquisire la piena contezza del fatto (con l’ausilio degli strumenti probatori occorrenti), che è elemento sostanziale del “caso” su cui è chiamato a pronunciarsi e, con riferimento alle valutazioni tecniche, deve acquisire gli elementi per apprezzarne l’attendibilità. L’insindacabilità del merito resta “*confinata alla scelta vera e propria*”, implicando solo che il giudice non può, soggettivamente, so-

²² A. CARBONE, *Profili ricostruttivi dell’azione di adempimento*, cit.; P. CARPENTIERI, *L’azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 385 ss.

²³ Per restare fedeli ai “classici” della nostra materia, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1980, I, 487 ss.: “La discrezionalità si riferisce infatti ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo, e implica solo giudizio (...). I giudizi di discrezionalità tecnica (...) investono oggi tutte le discipline umane (...) Quando le scienze di cui si applicano le regole danno risultati sufficientemente certi (...) i giudizi sono correlativamente certi. Ma se la materia è solo relativamente certa, o addirittura opinabile, altrettanto divengono i giudizi. Sicché se in astratto i giudizi tecnici dovrebbero essere sempre dei giudizi di esistenza, in concreto essi possono talora divenire dei giudizi di probabilità, ipotetici, in una parola si possono avvicinare ai giudizi valutativi propri della potestà discrezionale. Tale possibilità è particolarmente evidente quando devono essere applicati canoni delle c.d. discipline non esatte, come le scienze economiche, aziendalistiche, letterarie, artistiche (...) Significa formulare dei giudizi che possono essere opinabili (...). Malgrado il carattere fortemente valutativo (...) essi rimangono nell’ambito dell’apprezzamento tecnico, e non debordano nella potestà discrezionale: abbiamo sempre dei giudizi tecnici, giuridicamente distinti dai giudizi di opportunità e dal momento decisionale. Vi è una differenza tra i giudizi tecnici valutativi e quelli solo di esistenza (...) Quanto ai secondi il giudizio tecnico e il momento decisionale sono nettamente separati (...) ruotano in ambiti diversi. Quanto ai primi invece la separazione è più una divisione ideale che reale: la connessione tra giudizio tecnico e decisione amministrativa è strettissima”

stituire la propria scelta a quella dell'amministrazione²⁴; ma i presupposti della scelta effettuata, oggettivamente considerati, sono sindacabili sul piano della legittimità e non attengono al merito²⁵. Il principio, si ricorda, risale alla "storica" sentenza n. 601 del 1999²⁶, seguita dalla sentenza n.

²⁴ Così espressamente la "Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa" tenuta dal Presidente Patroni Griffi il 5 febbraio 2020, in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario 2020, in www.giustizia-amministrativa.it (cap II, 2.5), dove peraltro si aggiunge, in termini che rischiano di valicare il confine dei poteri giurisdizionali, che il giudice potrebbe/dovrebbe spingersi anche a "valuta[re] se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di 'maggiore attendibilità' e non semplicemente quella comunque riconducibile al novero delle opzioni possibili".

²⁵ Cfr. *inter alia*, Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013 (ACEA vs AGCM e Suez Environment), che enuncia esplicitamente il principio di diritto per cui "il sindacato di legittimità del giudice amministrativo ... comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato", rimanendo preclusa al giudice amministrativo unicamente la sostituzione ("controllo c.d. di tipo forte") nell'esercizio di valutazioni tecniche opinabili, "fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile un controllo di ragionevolezza, logicità, coerenza".

²⁶ Sulla sentenza (pres., Catalozzi, est. Baccarini), cfr., *ex plurimis*, le note di P. MADDALENA, *La consulenza tecnica nel nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it, osservando che, nella nuova impostazione accolta dal Collegio, "la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità, non si trasforma, solo perché opinabile, in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito e, pertanto, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici deve svolgersi 'non in base al mero controllo formale dell'iter logico seguito dalla P.A., ma in base alla verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo"; di talché, "nella logica della sentenza, l'apprezzamento tecnico è finalizzato all'individuazione dei presupposti di fatto che devono sussistere perché la P.A. possa legittimamente provvedere sulla fattispecie concreta, per quanto la valutazione dei fatti possa presentarsi come una delle diverse possibili, in conseguenza dell'idoneità dei criteri tecnici utilizzati a prestarsi ad applicazioni differenziate (...) Infatti, in primo luogo la c.t.u. può essere ammessa, ricorrendone i presupposti, solo per verificare la corretta applicazione di regole e discipline tecniche richieste dalla legge o dalla fattispecie concreta, in quanto attinente all'accertamento dei fatti da sussumere dalla P.A. ai fini del provvedimento da adottare, mentre l'apprezzamento ulteriore, attinente al valore del fatto descritto dalla norma, da individuare e considerare nel contemperamento degli interessi coinvolti nella vicenda deliberativa, attiene al merito e necessariamente sfugge al diretto controllo del giudice; M. DEL SIGNORE e P. LAZZARA, in *Dir. proc. amm.* 2000, 182 ss.; e L. IEVA, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative. La c.d. discrezionalità tecnica dopo la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV del 9 aprile 1999, n. 601 e la legge n. 205 del 2000 in materia di giustizia amministrativa*, in www.giustamm.it ("la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, del 9 aprile 1999 n. 601 [36] sembra aver profondamente innovato sul punto, in quanto riconosce, expressis verbis – in sintonia con quanto sostenuto dalla dottrina più evoluta – la possibilità di un sindacato che si spinga fino alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il duplice profilo della correttezza del criterio tecnico individuato e della correttezza del procedimento applicativo seguito dalla autorità per l'applicazione dello stesso (...) In tal modo si è inteso superare la tralattizia tesi fondata sul riscontro estrinseco

1247 del 2001²⁷, ma è stato – e, per vero, continua a essere – applicato in modo discontinuo e contraddittorio.

Va di certo sicuramente apprezzato un utilizzo più frequente delle verificazioni (nettamente preferite, per ragioni di semplificazione e di spesa, alle CTU, cui il c.p.a. consente infelicemente di ricorrere solo “*se indispensabile*”²⁸) nelle controversie sull'affidamento dei contratti pubblici e, più in generale, in quelle che coinvolgono profili tecnico-scientifici (criteri di classificazione di *devices* medico-chirurgici²⁹) o economici (criteri di calcolo del costo standard³⁰), ma il giudizio amministrativo è ancora tendenzialmente concentrato sugli atti e legato alla rappresentazione cartolare dei fatti. La cognizione del fatto è dunque generalmente mediata dall'atto e dall'istruttoria procedimentale (fatta o meno) che lo precede, ciò che inevitabilmente limita la pienezza del sindacato sulla discrezionalità.

Il tema è di massima attualità in un momento in cui, anche in ragione dell'esigenza di reagire con la massima prontezza all'emergenza sanitaria ed economica determinata dall'eccezionale epidemia planetaria Co-

volto a sanzionare soltanto la presenza di macroscopici errori o di manifeste illogicità, sotto il profilo dell'eccesso di potere”.

²⁷ Su cui, G. SAPORITO, *Consulenze tecniche e discrezionalità. Nota a Consiglio di Stato Sez. V – Sentenza 5 marzo 2001, n. 1247 e Sez. IV – Ordinanza 10 aprile 2001, n. 2176*, cit.: “Un tentativo di ampliare il sindacato è nella decisione della IV sezione del Consiglio di Stato 9 aprile 1999, n. 601 (...). Poco dopo, nel Convegno di Pisa e Lucca del maggio 2000, S. Baccharini (la cui relazione ha il titolo *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, pubblicata in *Dir. proc. amm.*, 2001, 80 ss., spec. 92) sottolinea che occorre distinguere tra controllo estrinseco e formale (sulla logica astratta e sui suoi procedimenti) rispetto al controllo intrinseco del criterio tecnico e della sua applicazione, esaminata dall'interno dell'approccio tecnico. Quindi nella ricostruzione di Baccharini v'è già quanto si trova applicato dalla decisione Sez. V, 1247/2001 e cioè che l'apprezzamento tecnico può avere ad oggetto tre momenti diversi: 1) il fatto; 2) il rilievo del fatto rispetto all'interesse pubblico; 3) la valutazione dell'interesse pubblico. Solo quest'ultimo attiene al merito, mentre i provvedimenti discrezionali a substrato tecnico consentono di distinguere tra i presupposti di legittimità del provvedimento amministrativo che non vanno confusi con gli elementi di opportunità. Gli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione possono quindi essere sindacati (e sostituiti) con quelli del Giudice, qualora vi sia insufficienza di un criterio tecnico oppure vizio del procedimento applicativo”.

²⁸ Critica condivisibilmente la scelta e la formula anche RO. CHIEPPA, *Il processo*, cit., 150. Sulla CTU nel codice del processo amministrativo, cfr. per tutti, F.G. SCOCA, *Consulenza tecnica d'ufficio*, in *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta, V. Lopilato, Milano 2011, 563.

²⁹ Cons. Stato, III, ordd. 11 luglio 2016, nn. 2222 e 2680 nonché Id., ord. 1 febbraio 2018, n. 670.

³⁰ Cons. Stato, VI, 1 aprile 2019, n. 2138.

vid-19, si chiede una riduzione dei vincoli normativi e il riconoscimento di un maggiore spazio alla discrezionalità amministrativa³¹.

Per evitare che la discrezionalità sconfini in arbitrio e che i vuoti e le deroghe normative aprano varchi a forze diverse da quelle istituzionali, è essenziale che il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa, anche sotto il profilo della proporzionalità³², raggiunga il massimo grado di effettività, anche attraverso un effettivo accesso al fatto, ovviamente nel rispetto del principio della domanda e, più in generale, di quello dispositivo, di cui è espressione il cd principio di non contestazione, enunciato dall'art. 115 c.p.c. ed espressamente ripreso dall'art. 64 c.p.a..

In questa linea, del resto, il codice, superando in radice il modello originario di un processo in cui la fase istruttoria verteva prettamente su prove precostituite ovvero su documenti che si formavano prima del processo, ha dotato il g.a. degli stessi mezzi di prova di cui dispone il g.o. (tranne il giuramento formale e la confessione), configurando un sistema rimediabile "aperto" e conformato al bisogno differenziato di tutela dell'interesse evocato in giudizio. Sarebbe quindi opportuno anche un maggiore utilizzo delle testimonianze, attualmente ammesse solo in forma scritta, e sostituite nella pratica da autodichiarazioni giurate, utilizzate di frequente nei giudizi elettorali (ad esempio per comprovare la presentazione delle liste entro le ore 12.00) o in quelli in materia di condono edilizio (per comprovare la data di ultimazione dei lavori).

Nei casi di giurisdizione esclusiva e per i procedimenti sanzionatori, nonché in materia di interdittive antimafia, è stata anzi auspicata l'apertura alla testimonianza orale.

Proprio in riferimento alle sanzioni, si deve peraltro rilevare che, nonostante le dichiarazioni di principio, la giurisprudenza amministrativa ha tendenzialmente mostrato un certo *metus* verso le Autorità indipendenti, soprattutto verso l'Autorità antitrust, nei cui confronti, pur propugnando in linea teorica una intensificazione del sindacato sulla attendibilità delle relative decisioni³³, il giudice amministrativo non ha ancora

³¹ Cfr. tra gli altri, F. FRANCIOSI, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *federalismi.it*, e l'intervento di A. PAJNO al webinar organizzato dalla LUISS il 4 maggio 2020 su *Ripresa economica e riforma dei contratti pubblici: quali problemi per quali soluzioni?*

³² Cfr., con riferimento ai vincoli di interesse culturale, Cons. Stato, VI, 20 marzo 2020, n. 2061.

³³ Cfr. il documento redatto nel 2017 dall'Ufficio studi del Consiglio di Stato su "Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale", con l'emblematico sottotitolo "Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le Autorità indipendenti"

mai adottato una verifica o una CTU, pur ammessa, in linea teorica, almeno dal 2002³⁴; e, nonostante l'inequivoco tenore della disposizione, ha tradizionalmente propugnato un'interpretazione riduttiva dell'ambito del sindacato di merito sulle sanzioni riconosciutogli dall'art. 134, lett. c, c.p.a., ingiustificatamente limitandolo al *quantum* della pena e così abdicando il potere/dovere di vagliare *funditus* la correttezza dell'intera decisione afflittiva, attraverso un giudizio di "pieno" accertamento della effettiva sussistenza e gravità dell'illecito. La giurisprudenza più recente sembra, come rimarcato dall'Ufficio studi del Consiglio di Stato³⁵ e ribadito nella "Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa" svolta dal Presidente del Consiglio di Stato in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario 2020³⁶, almeno in linea teorica, decisamente più aperta a un sindacato di *full jurisdiction*. Con riferimento a una fortissima sanzione applicata in esito all'accertamento di un grave illecito anticoncorrenziale, *sub specie* di intesa anticompetitiva nella commercializzazione di prodotti farmaceutici (nota vicenda Hoffman La Roche-Novartis, per i farmaci Avastin e Lucentis), la VI sezione del Consiglio di Stato ha invero espressamente segnalato che, a fronte di un'iniziale impostazione giurisprudenziale che includeva la c.d. "discrezionalità tecnica" nell'ambito di valutazione riservato alla p.A., si è sostituita una lettura ispirata al canone del sindacato di "attendibilità tecnica", come tale "non sostitutivo", che ha fatto leva sulla nuova configurazione dell'oggetto e della funzione del processo amministrativo, ispirati al canone della effettività della tutela, e "sul ventaglio di nuovi mezzi di prova a disposizione del g.a. e

(in www.giustizia-amministrativa.it), nella cui Premessa si legge che "La giurisprudenza amministrativa ha iniziato da tempo un percorso evolutivo che la ha condotta da un iniziale atteggiamento "timido" nell'esercizio del sindacato ad un sindacato pieno, che ha superato il vaglio e i parametri della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nessun limite oggi sussiste per il giudice amministrativo per procedere ad una piena verifica dei fatti e anche ad un sindacato pieno sulle analisi economiche e sulle valutazioni tecniche compiute dalle Autorità, oltre al sindacato di merito sulle sanzioni, compreso il potere di rideterminarle". E ancora che "la tendenza sembra essere quella di passare da un sindacato di mera attendibilità (è sufficiente che sia in sé attendibile la valutazione economica svolta dalle Autorità) ad un sindacato di maggiore attendibilità, in cui il giudice non si limita a ritenere appunto attendibile la valutazione dell'Autorità, ma la valuta in termini di maggiore o minore attendibilità rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti con la possibilità, quindi, di ritenere che la valutazione dell'Amministrazione, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall'impresa sanzionata".

³⁴ Cons. St., VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

³⁵ Cfr. il rapporto citato alla nota 33.

³⁶ Cit. alla nota 24, cap. III, *sub e*.

sulla giurisprudenza della Corte EDU sul concetto di «full jurisdiction»³⁷. Il Collegio, preso atto della lettura (indebitamente: ndr) *riduttiva della giurisdizione di merito sulle sanzioni pecuniarie, per quanto prefigurata in termini ampi dall'art. 134, comma 1, lettera c), c.p.a.*», ha dunque rilevato la necessità di proporre una “*attenta riconsiderazione*”, giustificandola “*anche alla luce*” della testuale precisazione, nell'art. 7, co. 1, del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 (che, in attuazione della direttiva UE 2014/104, ha introdotto il cd. vincolo dell'accertamento pubblicistico dell'illecito anticoncorrenziale anche ai fini del risarcimento del danno), che “*il sindacato del giudice del ricorso (avverso gli atti dell'Autorità: ndr) comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*”. Tale disposizione, sottolinea ancora la sentenza, induce a chiedersi se il mero sindacato “non sostitutivo” di attendibilità della decisione antitrust, limitato cioè a verificare se la risposta che questa ha dato a un determinato problema tecnico e opinabile (in particolare, la fase di c.d. “contestualizzazione” dei parametri giuridici indeterminati e il loro raffronto con i fatti accertati) rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto sia ancora coerente con la fisionomia che il processo amministrativo ha nel frattempo assunto informandosi all'anzidetto principio di effettività.

A questi fini si propone la distinzione tra le ipotesi in cui il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazio-

³⁷ Sez. VI, sent. 15 luglio 2019 n. 4990. La sentenza ricorda in particolare che “*Secondo i giudici di Strasburgo la decisione amministrativa incidente su civil rights and obligations, per quanto adottata senza il rispetto di tutti i requisiti prescritti dal principio del «[fai] trail», può nondimeno essere considerata adottata conformemente alla Convenzione, laddove le garanzie procedurali ivi previste siano comunque riscontrabili nella sede di controllo della decisione stessa. Perché ciò avvenga è necessario, tuttavia, che l'organo che procede al sindacato sulla decisione pubblica possa effettivamente ed efficacemente influire su di essa «both on the facts and the law». La giurisdizione «piena» è dunque il potere del giudice di riformare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata resa dall'autorità amministrativa. La Corte europea ha pure precisato che soltanto in particolari casi – concernenti scelte amministrative caratterizzate da «wide policy aims» o che necessitino di specifiche competenze tecniche – il sindacato giurisdizionale può considerarsi sufficiente senza che sia richiesta una valutazione sostitutiva sui fatti e sul merito della decisione, sempreché la decisione stessa sia stata adottata dall'organo amministrativo attraverso una quasi judicial procedure «that sufficiently complies with Article 6» o in ogni caso nel rispetto di specifiche garanzie procedurali, in particolare per quanto concerne il contraddittorio tra le parti”.*

ni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre i congegni per il loro confronto dialettico, “senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato” e rimettendo ai pubblici poteri di delineare *in itinere* l'interesse pubblico concreto che l'atto mira a soddisfare, attraverso un “*giudizio di valore politico consistente nella conveniente ed opportuna scelta allocativa, distributiva e gestionale delle risorse pubbliche*” che resta precluso al giudice amministrativo; e il caso, “ben diverso”, in cui “*l'ordinamento generale pone esso stesso una regola sostantiva che determina a priori ed in astratto ciò che spetta ad ognuno dei soggetti coinvolti*”, ai cui interessi deve essere dunque “*assicurata, entro questi limiti, soddisfazione*”.

In questi casi, cui la riferita giurisprudenza riconduce l'individuazione degli elementi del divieto di intesa anticompetitiva, anche quelli valutativi e complessi, “*in quanto presi in considerazione dalla norma attributiva del potere, nella dimensione oggettiva di “fatto storico” (...) e non di fatto “mediato” dall'apprezzamento dell'Autorità*”, il giudice non può allora limitarsi a verificare se l'opzione prescelta dalla p.A. rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ma “*deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie*” per accertare l'effettiva sussistenza di quel “fatto storico”³⁸ e operare, alla luce dei fatti accertati, un “*sindacato pieno di maggiore attendibilità*”. Si evidenzia infatti che, in materia di provvedimenti sanzionatori amministrativi, “*la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)*” che non lo esoneri “*dal contemporaneo dovere di accertamento «critico» degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria*”.

Anche se la pronuncia conclude per il rigetto del ricorso, si tratta, almeno in linea prospettica, di un notevole e importante passo avanti sul piano della garanzia giurisdizionale dei diritti. Come anticipato, esso non deve tuttavia indurre a un eccesso opposto a quello criticabilmente “prudente” nei confronti dell'Amministrazione, che porti a travalicare i limiti della giurisdizione di legittimità, mediante una indebita sostituzione del

³⁸ Tanto che, nelle azioni risarcitorie c.d. *stand alone* (ossia non precedute da una decisione dell'Autorità), il giudice civile – sia pure ai fini risarcitori – è chiamato a verificare direttamente i presupposti dell'illecito, senza necessità di alcuna intermediazione del potere pubblico.

g.a. all'Amministrazione nelle aree in cui, diversamente da quella sanzionatoria, il sindacato giurisdizionale non è esteso al merito³⁹.

Il percorso giurisprudenziale *in subiecta materia* è comunque ancora assai incerto. La stessa VI sezione, pur rimarcando il carattere “*pieno ed effettivo*” della giurisdizione di legittimità sugli atti dell'Autorità antitrust, “*improntata ai canoni della full jurisdiction*”, ha invero più recentemente ribadito la tesi della riduzione del sindacato di merito al *quantum*⁴⁰. Al di là delle petizioni di principio e di qualche caso sporadico più garantista⁴¹, il g.a. (soprattutto in sede di appello) resta dunque tendenzialmente restio a un controllo effettivamente pervasivo⁴².

Non si può d'altro canto negare l'oggettiva difficoltà di una valutazione sulla “attendibilità” e ancor più sulla “maggiore attendibilità” di uno piuttosto che di un altro criterio valutativo. Da ciò la ritrosia nell'affidare tale valutazione a un esperto diverso dai funzionari istruttori e dagli organi decisori delle Autorità indipendenti⁴³.

All'opposto, un recente filone giurisprudenziale ha dimostrato un atteggiamento nettamente critico (e incomprensibilmente severo) nei con-

³⁹ La Sentenza si dà in proposito cura di specificare che quando – come nel caso in discussione – si tratti semplicemente di fissare il significato della fattispecie normativa sanzionatoria ad opera del giudice chiamato alla sua interpretazione, non sia predicabile uno “sconfinamento” dai limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

⁴⁰ Sentenza 23 dicembre 2019 n. 8965.

⁴¹ Cfr. Cons. Stato, VI, 27 aprile 2020 n. 1775, che ha confermato la sentenza TAR Lazio, I, n. 3983/2016, di annullamento della decisione con cui l'AGCM aveva riscontrato e sanzionato una condotta pretesamente anticoncorrenziale nell'ambito di 16 procedure di gara nel settore della ristorazione autostradale, riconoscendo un “*deficit istruttorio*” nell'accertamento dell'illecito, per il fatto che detta istruttoria non consentiva di ravvisare quel “*complesso di indizi seri, precisi e concordanti di una previa concertazione che sono (comunemente) considerati presupposto indispensabile per dimostrare l'intervenuta intesa collusiva*”.

⁴² Cfr. ad es., ancora recentemente, Cons. di Stato, VI, 12 febbraio 2020, n. 1047, in cui, pur avendo espressamente richiamato la nozione di “*piena giurisdizione*” e confermato che “*il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità non risulta [...] depotenziato dalla norma di cui all'art. 7, comma 1, d.lgs. 19/1/2017, n. 3 [...], trattandosi di norma sostanzialmente ricognitiva del sindacato 'forte', e non meramente 'estrinseco', esercitato dal giudice amministrativo in materia di provvedimenti sanzionatori dell'AGCM*”, il Collegio, nel valutare una prova a scarico potenzialmente decisiva, si è limitato a giuocarla “*non attendibile*” poiché *prima facie* controintuitiva, senza disporre verificazioni o CTU.

⁴³ Di recente, cfr., significativamente, Cons. di Stato, VI, 13 marzo 2020, n. 1832, nel senso che “*risulta ragionevolmente confermato, anche alla stregua della cd. fase II del criterio United Brands l'eccessivo ed ingiustificato aumento dei prezzi imposti da Aspen. Per tale ragione, non appare necessario demandare ad un consulente la verifica dell'attendibilità di tale aspetto dell'accertamento*”.

fronti delle valutazioni tecniche di livello universitario: un ambito nel quale, addirittura, il Consiglio di Stato ha da ultimo, coniato l'eccentrica tesi che la reiterazione di un illegittimo uso della discrezionalità tecnica ne determina la consumazione, al punto che il giudice amministrativo, senza neppure porsi il problema di affidare la valutazione a un organismo terzo (CTU), possa ordinare direttamente all'Amministrazione l'accoglimento dell'istanza (nella specie, il rilascio dell'Abilitazione Scientifica Nazionale che consente l'accesso ai ruoli dei professori universitari)⁴⁴.

Di questi temi avremmo dovuto discutere più approfonditamente nelle Giornate annuali sulla Giustizia amministrativa, programmate, come di consueto, a Modanella, il 15 e il 16 maggio, ma rinviata a causa della già ricordata emergenza pandemica.

L'ampiezza dell'argomento al quale ho scelto di dedicare questo contributo mi ha indotto a concentrare queste brevi riflessioni su due profili in cui la connessione e la continuità tra procedimento e processo e gli effetti delle tendenze evolutive che si registrano in parallelo nei due sistemi sono particolarmente evidenti: uno, cui ho già accennato, è l'effetto del *remand* e l'altro è il c.d. soccorso istruttorio (espressione di cui autorevole dottrina ha rilevato la natura anfibologica)⁴⁵. Inizierò da quest'ultimo.

2. Il soccorso istruttorio

2.1. Il soccorso istruttorio procedimentale (e processuale) all'istante/dichiarante

In coerenza con l'impostazione del rapporto amministrazione/amministrati in termini di leale collaborazione, l'art. 6 co. 1, lett. b, l. 241 attribuisce in via generale alla p.A. procedente il potere-dovere di "*accerta[re] di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta[re] ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria*", aggiungendo espressamente che "*In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incom-*

⁴⁴ La decisione lascia tanto più perplessi in quanto il ricorrente non si era spinto a formulare alcuna domanda in tal senso e il codice processuale amministrativo è chiarissimo nel delimitare, anche in senso temporale, l'azione di condanna a un *facere* amministrativo, imponendone la proposizione contestuale a quelle impugnatorie o di accertamento.

⁴⁵ N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *www.igitalia.it*, 5/2013.

plete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali". Diversamente da quanto avviene nel processo, in cui il Giudice trova (o dovrebbe trovare) comunque un limite nella domanda, i poteri ufficiosi esperibili nell'istruttoria procedimentale disegnata dalla l. 241, come riformata nel 2005, sono limitati unicamente dai tempi e dal rispetto del principio di proporzionalità e dei diritti dei terzi. L'importante novità è però rappresentata dalla riferita previsione del potere-dovere di "soccorrere" il dichiarante o l'istante che abbia in buona fede presentato "*dichiarazioni o istanze erronee o incomplete*"⁴⁶. La disposizione ha fatto e continua a fare molto discutere. La formula legislativa è, invero, come spesso accade, infelice e, come altrettanto spesso accade, il legislatore, nonostante vi sia stato sollecitato, non si è dato carico di chiarirne la portata in modo da porre fine ai contrasti interpretativi. Il dato meramente letterale è manifestamente contraddittorio: con la rettifica si può correggere un errore, ma non si possono inserire dati o elementi originariamente mancanti. Lo spirito della norma (vagliare domande e dichiarazioni nella loro sostanza) e una sua lettura meno rigidamente testuale potrebbero far rientrare la richiesta di integrazione in quella, più ampia e generale, di "*rilascio di dichiarazioni*", anche se quest'ultima sembra piuttosto riferirsi a dichiarazioni "*ulteriori*" rispetto a quelle già richieste in via normativa (generale e particolare). Una corretta chiave interpretativa sembra quella di utilizzare il parametro più indulgente nelle ipotesi in cui l'integrazione attenga comunque alla rappresentazione/illustrazione di dati già esistenti e acquisiti o ufficiosamente acquisibili (iscrizione ad albi, residenza, ecc.) – mentre non potrebbe estendersi ad esempio alla sottoscrizione – e non sia comunque suscettibile di ledere altri interessi

⁴⁶ Si segnala a tale proposito l'interessante sentenza n. 2976 del 12 maggio scorso, in cui la V sezione del Consiglio di Stato si sofferma sulla distinzione tra "falsità" e mera "incompletezza" della dichiarazione in sede di gara per l'affidamento di appalti pubblici. Il tema, che non è qui la sede di affrontare, è di estremo interesse, soprattutto alla luce della recentissima introduzione di un comma 1-*bis* all'art. 75 del dPR 445 del 2000 (a opera dell'art. 264 del d.l. n. 34 del 2020, cd decreto rilancio), che, integrando la disciplina delle conseguenze delle dichiarazioni non veritiere, aggiunge alla misura, tradizionale, della decadenza dal beneficio eventualmente conseguente al provvedimento ottenuto sulla base della dichiarazione mendace (già sottoposta all'esame della Corte costituzionale: cfr. TAR Puglia, Lecce, ord. n. 92 del 2020), la previsione – senza limiti temporali e senza riferimenti all'elemento soggettivo – della revoca *ex tunc* di ogni beneficio eventualmente ottenuto, con interdizione all'accesso a qualsiasi ulteriore beneficio nei due anni successivi all'adozione del provvedimento di decadenza: in argomento si rinvia alle considerazioni svolte in M.A. SANDULLI, *La "trappola" dell'art. 264 del Dl 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni*, in *Giustizia insieme*, 3 giugno 2020.

– privati, ma anche pubblici – potenzialmente confliggenti con una positiva valutazione dell'istanza. Un atteggiamento di massimo rigore trova invero sicuramente più logica giustificazione nelle procedure selettive, dove, come ben rilevato dalla giurisprudenza, un'eccessiva apertura al soccorso istruttorio rischia di confliggere con la *par condicio* tra i concorrenti⁴⁷. Mentre potrebbe avere meno ragion d'essere nell'ambito di procedure *lato sensu* autorizzative/abilitative, inidonee a incidere *ex se* su altri interessi, diversi da quello – generalissimo – alla (momentanea) riduzione del carico di lavoro delle amministrazioni: si pensi, ad esempio, all'ammissione a un esame, all'accesso a una sovvenzione o all'autorizzazione all'esercizio di un'attività non contingentata⁴⁸. Non si può tuttavia trascurare che la particolare congiuntura in cui viviamo, con i seri limiti delle risorse disponibili e la fortissima concorrenza in qualsiasi settore di mercato, rende di fatto meno “neutro” l'esito di tali procedimenti nei confronti dei terzi, riducendo le *chances* a loro disposizione. Ciò che imporrebbe quantomeno un ulteriore distinguo tra atti suscettibili di intercettare immediatamente interessi di altri soggetti (come l'autorizzazione ad esercitare un'attività economica in una medesima area di mercato) e atti che potrebbero intercettarli soltanto in via indiretta (come il diploma di maturità potenzialmente utilizzabile per l'accesso a concorsi o a corsi/facoltà universitarie a numero chiuso o la sovvenzione, se la risorsa non attribuita potrebbe, se riassorbita, essere utilizzata a vantaggio di altri potenziali interessati, o ancora, per restare in un ambito a noi più prossimo, l'abilitazione scientifica nazionale per accedere ai concorsi per la docenza universitaria). In questa seconda ipotesi, l'assenza di interessi attuali direttamente confliggenti dovrebbe giustificare una maggiore apertura al soccorso istruttorio⁴⁹. Entrano peraltro in gioco anche in queste ipotesi, soprattutto con riferimento alle procedure di massa, caratterizzate dal-

⁴⁷ P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra “mere” irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urb e app.*, 2014, 1295; P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D.Lgs. n. 56/2017*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 30, n. 94, fasc. 3/2017, 817 ss.; F. SAITTA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*, *Intervento all'Incontro di studi su “Le innovazioni normative in materia di contratti pubblici”*, Catania, 28 novembre 2014, consultabile sul sito *www.leges.info* nonché le osservazioni di F. Aperio Bella, in F. APERIO BELLA, S. CALDARELLI, E.M. SANTORO, S. TRANQUILLI, *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di) *Trattato sui contratti pubblici*, II, 2019, 1468 e ss. e già ID., *L'istruttoria procedimentale*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 343 ss.

⁴⁸ F. APERIO BELLA, *op. cit.*, spec. 1487.

⁴⁹ In linea, TAR Sardegna, sent. n. 527/2018, con riferimento a una procedura per la

la presenza di un numero ragguardevole di partecipanti, gli obblighi di correttezza del dichiarante/istante – specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell’autoresponsabilità⁵⁰ – rinvenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest’ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti chiaramente richiesti dalla normativa generale o speciale. Tali oneri devono tuttavia essere logicamente proporzionati al presumibile livello delle conoscenze del partecipante e delle sue capacità di comprensione delle regole partecipative, che, coniugato all’esigenza di garantire la certezza delle regole, osta a una lettura eccessivamente permissiva, che si sostanzierebbe nel legittimare la sistematica disapplicazione, per mera negligenza, degli obblighi e dei termini imposti a pena di decadenza, aggravando oltre misura il carico dell’amministrazione e contravvenendo ai principi generali di imparzialità e buon andamento, *sub specie* di efficienza ed economicità dell’azione amministrativa.

Il ragionamento sin qui svolto deve però fare i conti con la speciale disciplina del soccorso istruttorio nella materia dei contratti pubblici: proprio nella procedura concorsuale più delicata e importante, la preoccupazione di ridurre gli ostacoli alla selezione dell’offerta effettivamente “migliore” e di favorire la deflazione del contenzioso, ha, come noto, recentemente spinto, in un’ottica “sostanzialista”, a una massima apertura al soccorso istruttorio, superando la tradizionale, ancorché non sempre agevole, distinzione tra “regolarizzazione documentale” (ammessa) e “integrazione documentale” (fino a qualche anno fa pacificamente vietata) e la rigorosa ricostruzione dei presupposti per il relativo utilizzo operata dall’Adunanza Plenaria nella nota sentenza 9 del 2014 con un opportuno richiamo alla *par condicio* e al principio di autoresponsabilità dei concorrenti. Il mutamento è stato giustificato, da un lato, con la logica del *favor participationis* e dall’altro con la costruzione dell’istituto come declinazione del principio del giusto procedimento⁵¹, che, come affermato anche dall’Adunanza Plenaria nella richiamata sentenza del 2014, accogliendo

concessione di contributi diretti a sovvenzionare l’assunzione di personale da parte delle strutture ricettive nei periodi c.d. di “bassa stagione”.

⁵⁰ In tema è tuttora fondamentale la lettura di S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, Milano IV, 1959, 452.

⁵¹ N. SAITTA, *Sul soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., 4; E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli 2016, *passim*.

comunque un'accezione doverosa dell'istituto, «*impone all'amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara*». L'odierno codice dei contratti, sviluppando la nuova filosofia espressa già dal d.l. n. 90 del 2014, infatti, non soltanto ne ammette, ma addirittura ne impone l'utilizzo per rimediare alle “*carenze di qualsiasi elemento formale della domanda*” e, “*in particolare*” alla “*manca-za, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85*”, che, come noto, ingloba le autodichiarazioni e le dichiarazioni sostitutive. Sono invece espressamente escluse dal “*soccorso*” le irregolarità, le incompletezze e le carenze “*afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica*”, nonché le “*carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa*”. Ferma la necessità che il requisito fosse effettivamente posseduto dal candidato alla scadenza del termine previsto dalla legge di gara, il vizio della relativa dichiarazione o documentazione, come i vizi dei non meglio specificati “*elementi*” di cui al secondo periodo dell'art. 83, co 9⁵², non consente pertanto all'Amministrazione di disporre l'esclusione, prima di averne “*cercato*” la regolarizzazione. Nella materia dei contratti pubblici (ma la nuova filosofia estende evidentemente i suoi effetti anche agli altri procedimenti comparativi e di massa⁵³, il soccorso istruttorio costituisce cioè ormai un precipuo potere/dovere dell'Amministrazione, al cui esercizio il concorrente vanta una posizione di interesse legittimo.

Con due importanti pronunce della III Sezione, il Consiglio di Stato⁵⁴ ha poi trasposto l'istituto in ambito processuale, riconoscendo la possibilità di effettuare la riferita verifica di validità sostanziale della partecipazione anche nell'ambito del giudizio (come espressione di uno speciale potere/dovere di “*soccorso istruttorio processuale*”) spettante al g.a. nell'acquisizione delle prove. Secondo tale giurisprudenza, a fronte della contestazione del mancato utilizzo del soccorso procedimentale da parte del ricorrente che impugni la propria esclusione, o, in termini inversi, dell'invocazione del diritto a ricorrervi da parte del controinteressato chiamato a difendersi contro l'impugnazione della propria ammissione, il giudice, qualora non residuino margini di discrezionalità in capo all'amministrazione contraente, può direttamente verificare se il concor-

⁵² R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna 2020.

⁵³ TAR Sardegna, sent. n. 527/2018, cit.

⁵⁴ Sentt. 2 marzo 2017, nn. 975 e 976.

rente potesse effettivamente “sanare” le carenze rilevate (rispettivamente dall’amministrazione o dal ricorrente), facendo così, in sostanza, diretta applicazione dell’istituto per dichiarare la legittimità o meno, rispettivamente, dell’esclusione o dell’ammissione.

Per una più piena percezione della portata di tali pronunce, occorre però a mio avviso distinguere tra l’ipotesi in cui il mancato utilizzo del soccorso procedimentale sia stato oggetto di rituale censura (in via principale o incidentale) da quello in cui il giudice ne abbia verificato l’utilizzabilità in assenza di una specifica domanda. Come ebbi già a osservare a proposito della regolarizzabilità dei vizi formali e procedurali disposta dall’art. 21-*octies* l 241/90 smi⁵⁵, nel primo caso, il potere accertativo esercitato dal giudice sembra invero riconducibile a quello, più generale, e tipicamente giurisdizionale, di verifica della sussistenza di un effettivo interesse alla decisione sul vizio procedimentale fatto valere dal ricorrente principale o incidentale (*sub specie* di mancata attivazione del soccorso istruttorio). Si tratta, invero, di un caso in cui l’interesse a ricorrere e la lesione dell’interesse legittimo sono strettamente e indissolubilmente concatenati, non diversamente da quanto, a mio avviso, si verifica nel giudizio diretto all’accertamento dell’illegittimità dell’inerzia dell’amministrazione a fronte di eventuali richieste di adozione di provvedimenti inibitori o repressivi di altrui attività, dove l’accertamento dell’inadempimento all’obbligo di provvedere dovrebbe presupporre una valutazione di fondatezza dell’istanza.

Si può invece effettivamente parlare di “soccorso istruttorio processuale” nel caso in cui il giudice, pur non ritualmente investito della cognizione del vizio procedimentale della sua omissione, proceda autonomamente (o sulla base di un mero rilievo del controinteressato o, addirittura, della stessa amministrazione negligente) a verificare, in luogo dell’amministrazione, la regolarizzabilità delle istanze/dichiarazioni/elementi/produzioni documentali, per dimostrarne la resistenza ai vizi fatti valere dai concorrenti pregiudicati (*sub specie* di mancata esclusione di un concorrente che, se l’Amministrazione avesse attivato il soccorso istruttorio, avrebbe potuto essere ammesso)⁵⁶. La differenza tra il primo e il secondo caso non è formale: se la mancata attivazione del soccorso istruttorio non ha formato oggetto di specifica e rituale censura (in via principale o incidentale) da parte del soggetto che ne risulta leso, il giu-

⁵⁵ M.A. SANDULLI, *Vizi formali e vizi sostanziali: prime riflessioni*, in V. PARISIO (a cura di) *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano 2004.

⁵⁶ Da ultimo, in tal senso, anche Cons. Stato, V, 21 febbraio 2020, n. 1325.

dizio sulla sussistenza dei relativi presupposti non è più un presupposto necessario alla verifica dell'effettività dell'interesse a ricorrere, ma rientra nell'ambito di un sindacato più penetrante e generale sul rapporto, che induce il giudice a integrare autonomamente l'istruttoria amministrativa per giudicare *funditus* la fondatezza della pretesa sostanziale, senza reinvestire l'amministrazione e fuori dallo schema procedimentale cui la legge vincola (anche per le tempistiche imposte al suo fruitore) l'utilizzo del soccorso procedimentale.

Diversamente dal primo caso, si introduce quindi un forte momento di commistione tra procedimento e processo, che, impattando inevitabilmente anche sul principio di separazione dei poteri, richiederebbe a mio avviso un ripensamento.

2.2. Il soccorso istruttorio processuale all'Amministrazione (in forma di richiesta di "schiarimenti") e l'invito del giudice al "riesame" della decisione assunta

Altro importante momento di commistione tra procedimento e processo è quello in cui il giudice chiede "chiarimenti" all'Amministrazione resistente, nelle forme di una Relazione scritta o, come talvolta è accaduto, in forma di audizione. Non si tratta dunque di un atto che dispone una verifica o una CTU per accertare/valutare la correttezza del suo *modus operandi*, ma della richiesta alla stessa Amministrazione di "spiegarlo", per consentire al giudice di apprezzarne direttamente la legittimità. Indubbiamente questo tipo di richiesta si inquadra molto bene nel modello dell'ampliamento del sindacato dall'atto al rapporto, nell'ottica di una decisione che consenta al giudice di dare una risposta utile ai fini del soddisfacimento della pretesa sostanziale del ricorrente, che potrebbe non ottenere alcun effettivo vantaggio da una pronuncia di annullamento per mero difetto di motivazione o di istruttoria.

È però altrettanto evidente che in questo modo si rischia di aprire il varco a un'integrazione postuma della motivazione in sede sostanzialmente difensiva⁵⁷. Si realizza cioè una vera e propria forma di "soccorso istruttorio processuale", che può finire per consentire all'Amministrazio-

⁵⁷ In tema cfr., per tutti, a F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit.; F. APERIO BELLA, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole*, cit. In senso contrario all'ammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione mediante scritti difensivi, cfr., in giurisprudenza, Cons. St., V, 5 giugno 2018, n. 3399, testualmente nel

ne di “sanare” nell’ambito del giudizio vizi molto seri, come l’assunzione di una decisione totalmente immotivata o fondata su una motivazione manifestamente pretestuosa o superficiale, non supportata da un’effettiva, previa, accurata e consapevole valutazione degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto rilevanti nella fattispecie.

Il tema è delicatissimo, soprattutto con riferimento all’esercizio di poteri cui il legislatore ha imposto specifici limiti temporali, decorsi i quali il potere stesso deve ritenersi “consumato”. Si pensi, per tutti, al potere di respingere un’istanza che, in caso di silenzio, la legge considera implicitamente accolta o al potere di annullamento d’ufficio degli atti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici che l’art. 21-*nonies* l. n. 241 del 1990 consente di disporre entro un termine massimo di diciotto mesi dalla relativa adozione.

I limiti all’intervento giurisdizionale esperibile in questi casi “in soccorso” dell’Amministrazione sono, evidentemente, strettamente connessi alla soluzione della questione relativa agli effetti dell’annullamento giurisdizionale dell’atto reiettivo o caducatorio illegittimamente assunto nei termini di legge. La problematica coinvolge, a ben vedere, entro questi limiti, anche la possibilità di riesercizio del potere in esito a eventuale ordinanza propulsiva (cd *remand*).

Anche se si volesse cercare un temperamento alla soluzione, giuridicamente più rigorosa, che, stante la valenza retroattiva dell’annullamento, implicherebbe l’inidoneità del provvedimento illegittimo a inibire la consumazione del potere (con conseguente insuscettibilità del “soccorso” e del “*remand*” a rimettere in termini l’Amministrazione che non ha tempestivamente assunto un provvedimento valido), non sembra a mio avviso condivisibile quella, radicalmente opposta, secondo cui l’adozione di un qualsiasi provvedimento, anche manifestamente (e insopportabilmente) pretestuoso⁵⁸, possa costituire un facile *éscamotage* per eludere regole assunte come fondamentali nel nostro ordinamento (tanto da meritare la qualifica di “*livelli essenziali delle prestazioni*”). È del resto pacifico che l’annullamento giurisdizionale del decreto di esproprio non riapre i termini per l’esercizio del relativo potere.

A tutto voler concedere, si potrebbe dunque ipotizzare, *de iure con-*

senso che “*Quanto agli scritti difensivi è pacifico che gli stessi non siano idonei a integrare la motivazione dell’atto amministrativo (Cons. Stato, Sez. V, 28/3/2008, n. 1358)*”.

⁵⁸ Come nel caso in la persistenza in giuridica vita del provvedimento illegittimo sia “*schlechthinunerträglich*” e, cioè, semplicemente insopportabile (cfr., per riferimenti, sentenza della Corte di giustizia 19.9.2006 in C-392/04 e C-422/04).

dendo, l'adozione di una soluzione intermedia, che consenta la "riapertura" del termine per il tempo eventualmente residuo all'esito dell'annullamento (e/o della sospensione) giurisdizionale del provvedimento illegittimo.

Mi sembra però che la certezza del diritto e la prevedibilità dell'operato dell'amministrazione e delle conseguenze giuridiche dei propri comportamenti impongano che ogni soluzione diversa da quella per prima prospettata, implicando in qualche modo una deroga ai canoni giuridici tradizionali dell'effetto *ex tunc* dell'annullamento, sia supportata da una chiara disposizione legislativa.

Le precedenti considerazioni dimostrano il fortissimo impatto che l'apertura a un "soccorso istruttorio processuale" all'Amministrazione è suscettibile di esplicare sull'effettività della tutela degli interessi degli amministrati. Proprio la richiamata evoluzione dei rapporti tra Amministrazione e cittadini non consente invero alla prima di supplire in corso di causa a eventuali carenze istruttorie e/o motivazionali nell'adozione del provvedimento impugnato, quantomeno in ogni caso in cui quest'ultimo è soggetto a preclusioni temporali.

Non bisogna cioè confondere tra l'opportunità, indubbia, di portare nel processo ogni ulteriore atto destinato a incidere sulla fattispecie controversa, sì da concentrare in un unico giudizio le eventuali doglianze sul *modus operandi* dell'Amministrazione, fatte salve le preclusioni in cui essa sia eventualmente incorsa, e la concessione a quest'ultima di uno speciale *favor* che le consenta di eludere tali preclusioni.

L'individuazione della sottile linea di confine tra mero chiarimento e sanatoria diventa in quest'ottica delicatissima. Non è certo questa la sede per risolvere il problema, ma esso va indubbiamente affrontato con grande attenzione e serietà, perché, in un ordinamento ricco di preclusioni temporali, la soluzione che ne verrà data impingerà fortemente sulla coerenza e sulla stessa tenuta del sistema.

Sembra peraltro ultroneo osservare che qualsiasi apertura al soccorso istruttorio processuale nel senso qui criticato non potrebbe non essere accompagnata da una corrispondente apertura alla possibilità degli amministrati di produrre a loro volta, in ogni grado di giudizio, nuovi atti o documenti a sostegno delle proprie ragioni.

La radicale trasformazione che avrebbe cioè il processo è di piana evidenza.

3. *Spigolature per altri possibili approfondimenti*

Prima di concludere queste sintetiche riflessioni, vorrei fare un brevissimo accenno ad alcune specifiche criticità dell'istruttoria processuale.

La prima attiene allo scarsissimo utilizzo del potere/dovere di pronunciarsi sulle istanze istruttorie in sede cautelare. Ricordo che la sua espressa previsione, nell'art. 55, co. 9, del c.p.a., fu inserita come opportuno compromesso tra la decisione di non dare seguito alla richiamata proposta di introdurre un giudice istruttore che potesse sin da subito "istruire" la causa, in contraddittorio con le parti, prima di sottoporla al Collegio per la decisione di merito e l'indubbia esigenza di non "caricare" (ed "esaurire") i ruoli delle udienze per la definizione dei giudizi con controversie non definibili nel merito. Si ritenne così che una giusta soluzione intermedia fosse quella di concepire la fase cautelare anche come una prima sede di approccio generale alla controversia, per verificare, anche a prescindere dalla sussistenza di un'effettiva esigenza soprassessoria o inibitoria, la competenza del giudice adito, la sussistenza di ragioni tali da rendere opportuna la sollecita fissazione del merito o addirittura la sussistenza dei presupposti per decidere subito la controversia in forma semplificata e, comunque, come momento per valutare eventuali istanze istruttorie. Quest'ultima previsione è rimasta però tendenzialmente inattuata, come dimostra il fatto che nelle ordinanze cautelari non si fa tendenzialmente alcun cenno alle istanze istruttorie, addirittura neppure quando l'istante abbia espressamente insistito (negli atti e in udienza) per la sua valutazione⁵⁹. Con l'effetto che, pure in controversie soggette al rito accelerato e superaccelerato, l'udienza di merito viene poi conclusa con un'ordinanza istruttoria, "bruciando" l'opportunità di utilizzare a tali fini il tempo decorso dalla decisione sull'istanza cautelare.

Un secondo profilo di criticità investe l'assenza di regole di procedura per le verificazioni, con la conseguenza che il verificatore utilizza spesso sistemi informali e impropri di comunicazione e deposito degli atti, non opera in contraddittorio, ecc.

Un ultimo, ma non ultimo, profilo meritevole di attenzione e di approfondimento è quello della formulazione dei quesiti rivolti ai verifi-

⁵⁹ Meritano dunque speciale apprezzamento le decisioni istruttorie assunte dal Presidente del TAR Abruzzo nell'ambito della tutela monocratica coatta dell'emergenza COVID-19: cfr. *il monitoraggio delle prime decisioni monocratiche assunte ai sensi del d.l. 18 del 2020*, a cura di V. Sordi, su *giustamm.it*, 2020.

catori e ai CTU: come già osservato in altra occasione⁶⁰, si tratta di una “decisione” estremamente delicata, sulla quale sarebbe necessario prevedere un contraddittorio con le parti, ammettendole a muovere tempestivamente eventuali contestazioni sui quesiti, qualora essi travalichino l'ambito delle relative domande ed eccezioni e/o deleghino agli ausiliari/verificatori tecnici valutazioni di carattere più propriamente giuridico. Il rischio che tale possibilità determini una (peraltro lieve) protrazione dei tempi processuali non sembra poter prevalere sulla salvaguardia piena del contraddittorio fra giudice e parti.

Come anticipato, quelle sin qui svolte sono solo alcune “riflessioni”, che però denotano l'esigenza di una maggiore attenzione a un tema assolutamente centrale della nostra materia, per il cui approfondimento gli studi di Vincenzo Cerulli Irelli saranno evidentemente di massima utilità.

⁶⁰ Introduzione al Convegno su “*Le incertezze dell'istruttoria*”, cit.



SAGGI

Antonio Cantaro

PANDEMIA E SCIENZA GIURIDICA. IN DIVERGENTE ACCORDO

SOMMARIO 1. Pandemia e stato di normalità. – 2. La ‘dialettica’ normalità normatività. – 3. L’irruzione del catastrofico. – 4. Stato d’eccezione, stato di normalità. – 5. Normalità neoliberale. – 6. Confinamento. – 7. E dopo confinamento.

*Ho letto come voi tutti i giornali, tutti i libri,
e non ho capito niente del mondo niente dell’uomo,
per quanto mi sia capitato spesso di sostenere il contrario.*

(Benjamin Fondane, poeta rumeno, vittima dell’Olocausto)

1. *Pandemia e stato di normalità*

Come l’araba fenice, “che vi sia, ciascun lo dice; dove sia, nessun lo sa”. ‘Finito’ il confinamento, il ritorno alla normalità economica e sociale è diventato il motivo dominante ed enigmatico dei nostri discorsi.

Agognata come una *età dell’oro*, proviamo faticosamente a riprodurre gli ordinari ritmi produttivi e gli ordinari rituali (cura ‘mistica’ del corpo, aperitivo pomeridiano, movida serale...). Alcuni per “non morire di noia”. Altri – gli ultimi e i penultimi della *società neoliberale* – per “non morire di fame”.

Due questioni serissime, troppo spesso affrontate rimuovendo la madre di tutte le questioni. La *desiderabilità* e la *riproducibilità* della *normalità neoliberale*, delle sue ‘leggi’. O, all’opposto, la *desiderabilità e producibilità* di una “nuova normalità”, con le sue nuove ‘leggi’.

L’opacità del tema discende anche da una risalente disattenzione delle scienze sociali. Dal diffuso pregiudizio che la normalità coincida interamente con la banalità, una sfera considerata estranea alla normatività. La scienza giuridica che pure, in quanto scienza pratica, è quotidiana-

mente chiamata a ‘dire la sua’ in ordine alla regolazione e risoluzione dei conflitti che concernono la “situazione normale”, in tempi di urgenza è più attratta dall’“opposto” polo della “situazione straordinaria”.

Nel presupposto che la partita cruciale e decisiva – la partita della *lotta per la sovranità* – si giochi tutta sul terreno dello *stato di eccezione*. Sia che di questo si postuli l’intrinseca giuridicità, sia che allo stato di eccezione si neghi la qualità di fondamento di legittimazione dell’ordinamento. ‘Narrazioni’, l’una sublimante l’altra demonizzante, che istituiscono, entrambe, una netta dicotomia tra “situazione normale” e “situazione straordinaria”, tra *Stato di diritto* e *Stato d’eccezione*.

L’equivoco discende da una lettura parziale del lascito schmittiano. Da una interpretazione fuorviante della fulminante espressione che recita che “sovrano è chi decide sullo stato di eccezione”.

L’eccezione del giurista tedesco è, in realtà, epistemologica, più che ontologica. Strumento di conoscenza della realtà giuridica e non suo fondamento di legittimazione.

L’eccezione “è più interessante del caso normale. Quest’ultimo non prova nulla, l’eccezione prova tutto”. Più interessante, non fondativa. Più interessante, come il “cigno nero” dell’analista finanziario libanese Nassim Nicholas Taleb¹.

Chi non condivide questa interpretazione, ritenendola assolutoria, non dovrebbe comunque rimuovere la centralità che lo stato di normalità riveste nella dogmatica della sovranità.

Sovrano è chi decide quando esiste uno “stato di eccezione”. Ma, altresì, sovrano è chi decide quando lo stato di eccezione è cessato e si può tornare allo “stato di normalità”. O ad una “nuova normalità”.

Da questo punto di vista la pandemia sanitaria, come ogni evento catastrofico (“apocalittico”), è “rivelazione”. Quando il coronavirus, il virus vestito con lo scettro del comando, ha fatto irruzione nelle nostre vite normali, l’Organizzazione Mondiale della Sanità, nel momento in cui ha proclamato lo *stato di pandemia*, ha sovraneamente deciso che eravamo entrati in uno stato di eccezione.

Un attimo dopo si è aperto il secondo capitolo della “lotta per la sovranità”. La lotta – che ha straordinarie motivazioni e implicazioni geo-politiche e geo-economiche – su chi è legittimato a ‘proclamare’ la cessazione dello stato di eccezione e su chi debba ‘proclamare’ il ritorno allo stato di normalità.

¹ N.N. TALEB, *Il Cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, Milano 2007.

L'epidemiologia? L'arte politica? La *regina scientiarum* – l'economia -dell'epoca pre-covid? I custodi della costituzione?

Ciascuna di queste scienze – con il suo apparato di esperti – coltiva una sua idea di ciò che è lo “stato di normalità”. E ambisce a ‘decidere’ quando è il momento di tornare alla normalità o dar vita ad una nuova normalità.

La credibilità che ognuna di esse si è guadagnata nella fase dell'*emergenza sanitaria estrema* è più o meno grande, più o meno duratura. La scienza giuridica ha fatto la sua parte sul terreno che nel momento dell'estrema urgenza le era più congeniale. Ha ricostruito la *catena normativa dell'emergenza* al fine ‘pratico’ di ‘giudicare’ la legittimità dei diversi anelli che la compongono. Muovendo dal suo fondamento logico (la kelseniana norma fondamentale) o fattuale (la forza legittimante)². O, sapientemente, da entrambe.

La funzione della scienza giuridica potrebbe dirsi adeguatamente adempiuta se le implicazioni della diffusione del virus, per quanto profonde e globali, fossero prevalentemente circoscritte al campo sanitario.

Se, invece, come subito è apparso chiaro ai più, le sue implicazioni sono di carattere sistemico, si apre per il giurista un altro e ben più gravoso compito. ‘Verificare’ persistenza e tenuta dello statuto della perduta (“sospesa”) normalità liberale e del suo diritto³ nel tempo della *pandemia economica e sociale*.

L'impresa meriterebbe ben altro rigore concettuale e sistematico di quello di cui è dotato l'autore di questo contributo.

Il tema è quello, assai temerario, di quanto e come è mutato il *rapporto normalità normatività* nell'epoca neoliberale. E quello, altrettanto arduo, del suo ‘destino’ nel tempo della sua messa in quarantena (confinamento) e nel tempo successivo (il dopo confinamento).

L'immagine della catena, grandemente perspicua quando il tema è quello del rapporto tra fonti del diritto, va integrata quando è in gioco l'ambivalente relazione che lega la normalità alla normatività e viceversa.

² M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020.

³ Sui precipi paradigmi e contenuti del *diritto neoliberale*, in questa sede solo evocati, vedi specificamente da ultimo, nella prospettiva del diritto civile e commerciale, M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, di prossima pubblicazione nella *Rivista Europa e diritto privato*. Nella prospettiva del diritto costituzionale la riflessione può muovere da M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 2, 2019, 349 ss.

Una relazione che la grande scienza giuridica, al di là delle pur profonde differenze teoretiche, ha sempre rappresentato in termini dialettici.

La *dialettica normalità normatività* si complica e, tuttavia, non viene meno, nello *stato d'eccezione*. Lo stato d'eccezione sospende l'ordinaria dialettica al fine 'strategico' di ricostituire un qualche stato di normalità.

Lo stato d'eccezione è, in questo senso, una *messa in forma dell'evento catastrofico*. Per dirla con il lessico del grande antropologo Ernesto De Martino, è una *apocalisse culturale*. La sua funzione, come quella di ogni apocalisse culturale, antica e moderna, è quella di trasmutare l'*horror vacui* della *fine del mondo*, il caos e il disordine assoluto, nell'umana e storica *fine di un mondo*⁴. Di rendere possibile il ritorno ad uno stato di normalità.

Chi nutre certezze assolute e metafisiche in ordine alle magnifiche e progressive sorti della normalità neoliberale, può liquidare il tema come un eccentrico e pericoloso residuo irrazionalistico. Chi teme che l'attuale pandemia economica e sociale possa precipitare in un *pandemonio* – il nome dell'immaginary capitale dell'inferno del Paradiso perduto di Jhon Milton dove i demoni tengono concilio⁵ - non può concedersi questo lusso.

2. La 'dialettica' normalità normatività

La scienza giuridica è la scienza che pensa il proprio 'oggetto', il diritto, come un sistema dedito a immunizzare⁶ le nostre ordinarie vite dal pericolo della perdita dello stato di normalità. Scienza 'deontologicamente' incaricata di preservarlo e ricostituirlo quando questo venga infranto⁷.

⁴ E. DE MARTINO, *La fine del mondo. Contributo all'analisi delle apocalissi culturali*, Torino 2019.

⁵ J. MILTON, *Il Paradiso perduto*, Milano 2016.

⁶ La funzione immunitaria del diritto è il cuore dell'opera luhmanniana. Il diritto, per l'autorevole sociologo, è un autonomo sistema di riduzione della complessità diretto a preservare la società dall'annientamento e dall'implosione (N. LUHMANN, *Conflitto e diritto*, in *Laboratorio politico*, n. 1, Torino 1982) e il sistema giudiziario il meccanismo di immunizzazione sociale per antonomasia (ID., *Sistemi sociali*, Bologna 1990). Il diritto non è fuori dalla società – non la condiziona o ne è condizionato in maniera casuale – ma è esso stesso un sistema della comunicazione sociale scaturito per differenziazione da un sistema più vasto che contribuisce a perpetuare e a riprodurre (R. ESPOSITO, *La comunità e la funzione immunizzante del diritto*, in AA.VV. *Nuove frontiere del diritto*, Bari 2001, 155 ss.).

⁷ Per Roberto Esposito la funzione immunizzante del diritto non è solo quella "evidente" di garantire "la sopravvivenza della comunità in una situazione insidiata da un pericolo mortale". Ma, altresì, quella più inquietante e aporetica di negarne la natura

La molla pratico-emotiva che scatta quando ci rivolgiamo al giurista è analoga a quella di quando ci rivolgiamo al medico. Ad entrambi chiediamo lumi sulle terapie da adottare per preservare e ricostituire una “situazione normale”. La normalità è l’alfa e l’omega di ogni “tipo di pensiero giuridico”.

Questo stretto e indissolubile legame diritto/normalità è spesso occultato dal ‘*giurista scolastico*’, per il quale la normalità attiene al campo dei ‘fatti’. Il campo dell’‘esperto’ è esclusivamente quello della *normatività*, del dover essere. La semantica della *norma giuridica* non è la semantica della *normalità sociale*.

Nemmeno in questo ‘discorso’ è, invero, del tutto cancellato il legame diritto/normalità. La norma giuridica è sì canone che regola una serie indefinita di casi, ma nel far ciò attinge a una certa omogeneità, riproduce una certa normalità *statistica*⁸, sia pur al fine di regolarla.

Quando il giurista pratico e il legislatore lo dimenticano, il *giurista teoretico* glielo rammenta. C’è un limite anche di fronte alla “intensificazione dello stato di eccezione”. Nessuna ‘ordinanza di necessità’, pena la sua inefficacia, può oltrepassarlo. I famigerati DPCM destinati al contenimento della diffusione dell’infezione virale lo hanno talvolta ignorato. Presupponendo – ha scritto Gustavo Zagrebelsky – che “le abitudini, le attività e le esigenze materiali e spirituali delle persone siano materia inerte, modellabile come cera fin nei più piccoli dettagli attraverso atti d’autorità che aprono e chiudono, concedono e vietano, impongono e consigliano, disapprovano, esortano e raccomandano”.

A monte di questo “*giuridicismo estremo*” si nasconde l’idea dell’*essere umano come persona legalis* le cui “abitudini di vita si possano cambiare a colpi di decreti”. Dimenticando che “le leggi senza le abitudini

intrinsecamente comunitaria. Esattamente come accade per la vaccinazione che immette nel corpo una porzione del virus da cui intende proteggerlo, il principio immunitario del diritto – come suggerisce il significato etimologico del termine immunità (esonero nei confronti del *munus* originario che lega i membri della *communitas*) – ricolloca al centro della vita sociale la persona come unica titolare dei diritti (R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino 1998; ID., *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino 2002; ID., *Bios. Biopolitica e Filosofia*, Torino 2004). Il senso qui adoperato di immunizzazione è più ‘circoscritto’, volendosi ‘semplicemente’ sottolineare la vocazione del ‘discorso’ della scienza giuridica a mantenere aperta (‘dialettica’) la relazione normalità normatività eccezionalità.

⁸ Vi è la norma perché vi è la sua eccezione e viceversa: E. RESTA, *La vita nelle forme. Tra diritto ed estetica*, in (a cura di) L. ALFIERI, M. P. MITTICA, *La vita nelle forme. Il diritto e le altre arti*, (Atti del VI Convegno Nazionale ISLL, Urbino 3-4 Luglio 2014) ISSIL Papers, 2015, 17 ss.

soccombono o, comunque, durano poco” quando avanzano la “pretesa di trasformarci in persone modellate giuridicamente come se la virtù del buon cittadino sia di essere semplicemente un ‘osservante’ che s’inchina a un legislatore onnipotente”.

Il teorico del *diritto mite* ricorda, al giurista scolastico e al legislatore onnipotente, “che “una cosa è l’ubbidienza” che si deve a “vere e proprie prescrizioni giuridiche, con annessa comminazione di sanzioni”. Un’altra cosa è “l’assunzione di condotte autonome e responsabili” che ciascuno impone a sé stesso in nome della libertà propria e degli altri, in nome della solidarietà.

Entrambe necessarie. Ma mentre la “prima è cosa giuridica, la seconda è cosa etica”. Mescolare ubbidienza e responsabilità è cosa contraria alla natura dell’una e dell’altra, come mescolare soggezione e adesione, vincolo e libertà. Chiamare all’ubbidienza e sollecitare la responsabilità sono cose diverse. *A ciascuno il suo*. Al governo le *prescrizioni giuridiche* (vietare, consentire e imporre). Alla società la promozione dell’*etica della responsabilità*⁹.

La distinzione regole giuridiche/regole etiche è una sorta di *actio finium regundorum*. Una ‘finzione’ per porre un argine alla ‘tentazione’ di chi governa lo *stato di eccezione* di ignorare le ‘leggi’ dello *stato di normalità*. Un invito a non debordare dal proprio campo, a mantenere ferma quella ‘dialettica’ tra *normalità e normatività* presente in ogni tipo di pensiero giuridico¹⁰.

Normatività del normale. La normalità è un *presupposto* della norma giuridica anche per il giurista che aderisce, più o meno puntualmente, a postulati di tipo kelseniano. La normalità preesiste alla norma giuridica ed è, in un certo senso, un fondamento di legittimazione della sua validità: “una norma è una proposizione normativa che tende a *riconoscere un comportamento normale*”¹¹.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Se non basta ubbidire*, in *La Repubblica*, 30 aprile 2020.

¹⁰ Il nesso normalità/normatività, oltre che nel pensiero giuridico, è cruciale (lo ricorda G. SINISCALCHI, *Normalità di norme*, Bari 2007) anche nell’estetica trascendentale kantiana (I. KANT, *Kritik der Urteilskraft*, Hamburg 1790); nella fenomenologia di Edmund Husserl (E. HUSSERL, *Erfahrung und Urteil. Untersuchungen zur Genealogie der Logik*, Hamburg 1948); nell’epistemologia delle scienze mediche di Georges Canguilhem (G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, Paris 1966); nella teoria del potere di Michel Foucault (M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris 1975); nella sociologia giuridica di Jean Carbonnier (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris 1978) e nella sociologia filosofica di Pierre Bourdieu (P. BOURDIEU, *Le sens pratique*, Paris 1980).

¹¹ N. BOBBIO, *Norma giuridica*, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, 1994, 215.

Qualsivoglia proposizione normativa deve tener conto della realtà quotidiana che preesiste la sua creazione e validità. Per quanto ovvia e banale la normalità non si lascia intrappolare in una teca, non è qualcosa che si lascia fissare in un semplice atto di ostensione. La ripetitività del quotidiano reclama i suoi diritti, pretende di offrire linee guida per l'azione e la valutazione¹².

Qualsivoglia pretesa regolativa e prescrittiva della norma si vanifica se perde la memoria del 'punto' in cui è istituita la *normalità* dei comportamenti individuali e collettivi (o, comunque, la capacità di rinnovarne la memoria). L'istituzione della normalità da parte della prassi e dell'immaginario dominanti è tanto una *inclusione* dei modelli di comportamento considerati socialmente meritevoli di tutela (riconoscimento), quanto una *esclusione* dei modelli di comportamento considerati anormali, antisociali (disconoscimento)¹³.

Normalità del normativo. Ogni norma presuppone, dunque, una normalità che preesiste ad essa (normatività del normale). Ma parallelamente e, allo stesso tempo, fissa condizioni di normalità, ambisce a normalizzare foucaultianamente¹⁴ modelli di comportamento (normalità del normativo).

La norma presuppone la normalità e, allo stesso tempo, persegue il fine (prescrittivo) di indurre una certa uniformità di comportamenti¹⁵: "una norma è una proposizione normativa che *tende a stabilire un comportamento normale*"¹⁶.

La plurivocità del termine "norma"¹⁷ – proposizione normativa che tende a riconoscere e, allo stesso tempo, stabilire un comportamento normale – lungi dall'essere un dato ambiguo, un disvalore, è una virtù. È ciò che consente al sistema giuridico di immunizzare la vita sociale dal rischio che il potere normalizzatore della norma prevalga indiscriminatamente sulle usuali regole di condotta, quanto dal rischio opposto che le usuali regole di condotta frenino 'perennemente' l'emersione di una "nuova normalità".

¹² Editoriale, in *Politica & Società*, n. 3, 2014.

¹³ F. CIARAMELLI, *Consenso sociale e legittimazione giuridica. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino 2013.

¹⁴ G. SINISCALCHI, *Figure di norma e di normalità*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, Quaderno n. 2, 2007, 1400.

¹⁵ G. SINISCALCHI, *Norma normans, norma normata*, in (a cura di) A. FILIPPONIO, *Verità e normatività*, Milano 2005, 55 ss.

¹⁶ N. BOBBIO, *Norma giuridica*, cit., 215.

¹⁷ F. MODUGNO, voce *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978.

Il discorso giuridico bandisce l'assolutismo tanto dell'equazione doverosità/regolarità quanto quello dell'equazione regolarità/doverosità. La *bi-direzionalità della norma*¹⁸ è un 'dispositivo' posto a presidio della dialettica normalità/normatività: la normalità è un *processo normativo*.

3. *L'irruzione del catastrofico*

Questa rappresentazione della 'dialettica' normalità normatività è adeguata a tempi che hanno espunto dal loro orizzonte il tema della *fine del mondo*. A tempi che nutrono una incondizionata fiducia nei dispositivi della scienza, della tecnica, della tecnologia.

Il secolo scorso, europeo e occidentale, si era aperto con questo spirito. Il mondo non poteva finire, il mondo presente era il migliore dei tempi e quello futuro era destinato ad essere ancora più luminoso. Ai fasti borghesi della *bella époque* sembrava opporsi 'solo' la narrazione marxiana.

Un mondo 'orfano' dell'apocalittica delle religioni classiche e dell'apocalittica cristiana. Ciascuna, a suo modo, attrezzata ad elaborare e vivere il rischio del "rivolgimento", del "rovesciamento", del "capovolgimento" secondo il significato etimologico che ha il termine catastrofe¹⁹ a cui l'apocalisse semanticamente rinvia.

Di fronte all'"evento" catastrofe, al disfacimento della domesticità del mondo, all'interruzione del continuo²⁰, alla cesura tra un tempo ordinario e un tempo straordinario, l'apocalittica classica ne fornisce una rappresentazione 'immunizzante'. L'evento catastrofico azzerava lo *stato di normalità*, ma la sua rappresentazione in termini di *rivelazione* e/o di *rinnovamento* lo mette in forma.

La catastrofe è pensata come una *apocalisse culturale* durante la quale la normalità è "sospesa" in 'fattiva' attesa di una sua ricostituzione, se non dell'instaurazione di una nuova normalità²¹.

¹⁸ G. SINISCALCHI, *Norma normans*, cit.

¹⁹ Dal lat. tardo *catastrōpha*, *catastrōphe*, gr. *καταστροφή*.

²⁰ Che il termine catastrofe ha, in particolare, in matematica.

²¹ La prima immagine di *apocalisse culturale* è quella delle *grandi religioni storiche*. Queste, tramite gli *istituti festivi di rinnovamento*, accolgono al loro interno il *tema della fine del mondo* in quanto *rischio periodico*, ritualizzandolo e trasferendolo sul piano simbolico. La fine è riplasmata e vissuta collettivamente come regresso al caos, propedeutico alla palingenesi del cosmo, di modo che si dà avvio all'*inizio di un nuovo ciclo*. La seconda immagine di apocalisse culturale, quella dell'*apocalittica cristiana*, rompe con lo schema

Gli uomini di fine '800 e inizio '900 percepiscono, viceversa, il proprio tempo come un'epoca nella quale le “magnifiche e progressive sorti” del progresso, di cui si erano nutriti liberalismo e socialismo, erano destinati a inverarsi. Rimossa è la pensabilità stessa di un evento catastrofico che ponga fine alla domesticità del mondo. L'*apocalisse* perde le sembianze di profezia collettiva che si compirà un giorno, per assurgere le vesti di *coscienza della fine individuale* che può incombere in ogni momento dell'esperienza umana. La fine come fatto eminentemente interiore. E la “rivelazione” come scoperta che non arriva più dall'esterno, ma è insita nelle regioni segrete dell'animo umano.

A dispetto di questa percezione (ancora attuale), il secolo sarà ripetutamente investito dall'*irruzione del catastrofico* nel suo significato materialmente apocalittico di *fine del mondo*. L'immagine degli “ultimi giorni dell'umanità”, adoperata per la “grande guerra”, rivivrà periodicamente in ogni decennio successivo come concretamente *presente* (la “grande crisi” del '29, la seconda guerra mondiale, l'olocausto, l'atomica) e *imminente* (la guerra fredda).

Ad ‘inaugurare’ l'irruzione del catastrofico è l'affondamento, due anni prima dell'inizio della “grande guerra”, del *Titanic*. La nave passeggeri più moderna e lussuosa fino ad allora vista.

Un manufatto industriale, orgoglio della tecnica più avanzata, una macchina dipinta come inaffondabile e i cui motori possono attribuirle il primato di velocità nella traversata dell'Atlantico²². La nave che viaggia incurante della montagna di ghiaccio simbolizza appieno l'occidente che balla e festeggia, mentre la morte è già lì per ghermire le sue vittime.

Il sacrificio è come una premonizione della guerra terribile che si approssima. Un brivido ed un avvertimento muto vibrano per il mondo, ben presto confermati dal rombo dei cannoni²³.

circolare di configurazione del tempo. Nella dimensione escatologica che sta oltre il mondo umano prende forma la *prospettiva del riscatto* che assume un significato differente a seconda che l'*eschaton* venga assunto come un *evento prossimo*, oppure *remoto e imprevedibile*. L'operare umano acquista qui il suo pieno spessore in relazione al progetto di diffondere il verbo di Cristo tra le genti (C. GALLINI, M. MASSENZIO, *Introduzione* a E. DE MARTINO, *La fine del mondo*, cit., VIII ss.).

²² Riprendiamo quasi alla lettera nel testo e nella successiva nota la felice rievocazione letteraria di M. LA TORRE *La fine dell'Ottocento. Il terremoto di Messina e lo stato d'eccezione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 2009, 97 ss.

²³ La notte del naufragio i passeggeri del *Titanic* in frac. Nei suoi saloni di prima classe si raccoglie una società opulenta, cosmopolita, liberale, per quanto ai piani bassi si faccia sentire la pressione delle masse dei diseredati. A piani alti tutto è lusso, raffinatezza, *bon ton*. “Civiltà”. Ma all'improvviso la nave urta contro un ostacolo impreveduto

L'evento che segna nel nostro Paese l'irruzione del catastrofico si era materializzato circa quattro anni prima dell'affondamento del *Titanic*.

Un sommovimento profondo della terra si abbatte, nel sonno, su una popolazione inerme di vecchi, donne, bambini, sacrificati da una natura densa e oscura, per niente attraversata dalla luce del progresso. Il 28 dicembre, alle cinque e venti del mattino, in quel di Messina (e Reggio) la "lumière" dei filosofi non la illuminano né la sorreggono. E non dirige gli esseri umani che si trovano coinvolti in quel moto di energie naturali sprigionatesi dal suolo, senza riguardo alcuno per l'uomo. Questo soccombe insieme alla sua civiltà. La natura colpendo forte riconduce l'essere umano al suo stato di essere tutto fisico, tutta carne²⁴.

Le proporzioni della devastazione sono tali che l'immagine di un ritorno ad un terrificante *stato di natura*, in cui è azzerata ogni normalità e norma, appare a superstiti e soccorritori la figura adeguata a dar conto dell'accaduto. La città ridotta a macerie, i legami comunitari dissolti e, con essi, la legge della sopravvivenza. Alcuni 'preferiranno' il suicidio²⁵.

Anomia allo stato puro, all'ennesima potenza. Simile ad una guerra? Peggio. E il rimedio praticato, lo *stato di assedio*, incongruo – non proporzionato diciamo oggi – rispetto alla portata dell'evento. Tra le macerie

inosservato nella sua rotta. È un iceberg. Tutto cambia rapidamente e drasticamente. La nave affonda, la gente disperata prova a salvarsi. La tecnica si rivolta contro l'apprendista stregone che credeva di controllarla nel dettaglio. La "civiltà" si dissolve come neve al sole, ed è l'istinto di natura, la volontà di sopravvivenza, che prende il sopravvento. Vi sono scontri, spari, mille piccole e grandi sopraffazioni. Quando i soccorritori sopravvengono i sopravvissuti sono reduci d'una guerra e d'un fallimento civile ed esistenziale. L'olocausto si è già consumato. Più di mille vittime, il mare cosparso di cadaveri, morti assiderati dall'acqua gelida, il transatlantico inghiottito dall'oceano.

²⁴ M. LA TORRE, *La fine dell'Ottocento*, cit., 100.

²⁵ Tra le rovine, ricorda La Torre, spira un'aria di follia. La gente rivestita alla meno peggio, dovunque i lamenti dei sepolti vivi, uomini e donne istupiditi dalla perdita delle proprie cose, dei propri cari, del proprio spazio, del passato e del futuro. Di tutto. La tragedia ha l'effetto di pietrificare, d'immobilizzare i più. Una strana apatia si diffonde tra i sopravvissuti. L'attività febbrile è quasi solo quella di chi si dà alla rapina. Il disastro ha un suo proprio terribile odore. Le rovine si riempiono di animali affamati. Mute di cani randagi si aggirano minacciosi, la fanno da padroni; e non risparmiano né i morti né i vivi. Vi sono storie di feriti immobilizzati sotto le macerie e divorati. Non c'è acqua, non c'è cibo; dappertutto bimbi senza genitori, feriti agonizzanti, corpi in decomposizione. Tra i cadaveri si rovista, si ruba, si uccide (M. LA TORRE, *La fine dell'Ottocento*, cit., 109). Con le case sono cadute anche tutte le norme: "i rifugi, tutte le forme, tutti i rapporti che avevano sostenuto la vita operosa e civile di una vasta collettività (...) cancellati, alterati, sconvolti [S. PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani. Ultima lezione* (Aula Magna dell'Università di Messina, 19 dicembre 1973), Milano 1993, 3].

plotoni d'esecuzione, autorità tutte di fatto, senza giudici e alcun controllo. Dissolta ogni forma minima di *stato di diritto*²⁶.

Un'autorevole scienza giuridica dell'epoca aderisce all'analogia con lo *stato di guerra*. "La situazione creata dal cataclisma – scrive Santi Romano – era per certi effetti identica a quella che si verifica nei territori in stato di guerra"²⁷. Il 'discorso' del giurista siciliano si svolge, tuttavia, entro coordinate – il rapporto tra diritto e necessità – che lo inducono a sottolineare l'insufficienza dell'analogia, 'anticipando' più tardi formulazioni di Carl Schmitt.

Per Romano il diritto ha un fondamento primigenio che rinvia *allo stato di necessità*. Questo, come la consuetudine, è un "fatto" che, a certe condizioni, si fa norma: non una forma eccezionale di produzione del diritto, bensì una *modalità originaria di emergenza e di vigenza*. È la natura intrinseca della necessità a far sì possa "possa dar luogo a provvedimenti giuridici, anche contrari alla legge"²⁸. La necessità quale levatrice della normatività. Non è *il fatto in sé* il fondamento di legittimazione del diritto, ma il "senso" che vi viene attribuito. Quella qualificazione che va, appunto, sotto il nome di *stato di necessità*.

Vengono poste solide premesse giuridico-teoretiche per una diversa rappresentazione dell'irruzione del catastrofico. Non più l'evento che ineluttabilmente fa regredire la vita individuale e comunitaria nell'orrore di un anomico *stato di natura*, bensì un fatto suscettibile di interpretazione e qualificazione dogmatica.

²⁶ La marina russa procede *iure manu*. I militari si arrogano licenza d'uccidere. Si spara contro gli "sciacalli", ma anche contro chi scava tra le rovine per cercare i propri cari, per recuperare qualche bene personale. Ci sono tanti affamati e assiderati che rovistano per sfamarsi e coprirsi d'un indumento. Anche a questi si applica la legge marziale. Saccheggiano pure i militari e le forze inviate a mantenere l'ordine tra le rovine. Non hanno in dotazione viveri, di modo che il loro vettovagliamento lo traggono dalle botteghe deserte della città, scassinando e rubando. Il Ministro dei Lavori Pubblici Bertolini propone di cancellare per sempre la città dalla carta geografica, allontanando a forza la popolazione, bombardando le rovine con le artiglierie delle navi per far "crollare i muri ancora in piedi". E all'analogia con la situazione di guerra si richiama il Re nel Decreto Reale del 3 gennaio 1909, mentre il generale Francesco Mazza, comandante della piazza di Palermo, è investito dei *pieni poteri* (M. LA TORRE, *La fine dell'Ottocento*, cit., 111.).

²⁷ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, ora in S. ROMANO, *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, Milano 1950, Vol. 1, 290.

²⁸ *Ibidem*.

4. *Stato d'eccezione, stato di normalità*

Lo *stato di eccezione* è, da questo punto di vista, uno sviluppo della dogmatica romaniana dello *stato di necessità*, del rapporto tra 'fatto' (straordinario, catastrofico) e 'senso' del fatto. Anche nella dogmatica schmittiana non v'è alcuna ontologia. Il fatto in sé non è il fondamento del diritto. La formula che sovrano è chi decide quando esiste lo stato di eccezione segna una cesura con le narrazioni 'meccanicistiche' della giuridicità del fattuale. È il 'senso' che viene dato al fatto a fondare lo *stato di eccezione*. Prima della sua 'dichiarazione' non esiste un fatto eccezionale in sé.

La relazione dialettica che intercorre tra fatto e senso del fatto, informa anche la *relazione tra stato di eccezione e stato di normalità*. La deroga a questo, giustificata dall'emergenza estrema, è una "sospensione", non una negazione senza ritorno. Una "sospensione" funzionale a restaurare uno stato di normalità (o a instaurare una "nuova normalità") e il fisiologico rapporto (dialettico) normalità normatività.

La *dogmatica dello stato di eccezione* non solo non colloca il fondamento del diritto nel 'fatto' in sé, ma non colloca nemmeno il fondamento della normatività nell'eccezione. "L'eccezione è più interessante del caso normale. Quest'ultimo non prova nulla, l'eccezione prova tutto"²⁹. Più interessante. L'eccezione schmittiana più che ontologica è epistemologica, è strumento di conoscenza della realtà giuridica e non suo fondamento di legittimazione.

Altresì dialettico è il rapporto che lo stato di eccezione intrattiene con lo stato di normalità e con la normatività. "Non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos. Prima dev'essere stabilito l'ordine: solo allora ha un senso l'ordinamento giuridico. Bisogna creare una situazione normale e sovrano è colui che decide in modo definitivo se questo stato di normalità regna davvero"³⁰.

È impensabile che una norma possa applicarsi al caos. Quando regna la confusione sociale (assenza di una situazione normale) l'ordinamento giuridico è sospeso ed entra in vigore lo "stato di eccezione". E sovrano è chi decide se lo "stato di eccezione" può cessare perché è tornato lo "stato di normalità", presupposto ineludibile per la costituzione dell'ordina-

²⁹ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922), in ID., *Le categorie del "politico"*, Bologna 1972, 41.

³⁰ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 39.

mento. La proclamazione dello stato di eccezione è diretta a ristabilire uno *stato di normalità*.

La normalità schmittiana non è la normalità del normativo, un presupposto esterno “a la kelsen”, il caso concreto che si piega alla potenza generalizzante della norma. È il *caso concreto* elevato a caso esemplare.

È *normalità qualificata*, l'*id quod plerumque accidit* dei giuristi romani. Abitudini, regolarità sociali, usi e consuetudini, un insieme di pratiche regolari e diffuse: “la norma ha bisogno di una situazione media omogenea. Questa normalità di fatto non è un “presupposto esterno” che il giurista può ignorare; essa riguarda invece direttamente la sua efficacia immanente”³¹.

Il rapporto che la normalità statistica intrattiene con la normatività non è di derivazione, ma di presupposizione logica. Qualsiasi ordinamento giuridico presuppone, per la sua validità ed efficacia, una situazione di normalità.

Lo *stato di eccezione* ricostituisce una “situazione media omogenea”, uno stato di normalità affinché possa esservi ordinamento. “Nessuna norma si applica al caos”. La decisione sullo stato di eccezione interviene quando la *normalità del normativo* è ‘disarmata’ di fronte al caos, priva dei suoi presupposti logici.

Il nostro sistema sanitario pre covid era dotato di un certo numero di terapie intensive. Dipingere lo “stato di eccezione” – *recte*: la dichiarazione dello stato di emergenza – tramite il quale si è “stabilita” una *nuova normalità* come una *dittatura sanitaria* è un errore di grammatica, non solo giuridica e costituzionale³². Se le richieste di terapia intensiva avessero superato la capacità di accoglienza del sistema, sarebbe stato il *pandemonio*.

Non è per timore ed obbedienza al “tiranno” che la sospensione dello stato di normalità, almeno all’inizio, è stata ‘generalmente’ accettata. Ma in virtù dello *stato di necessità*³³. In nome della *conservazione dei beni supremi della vita e della salute*. Beni che l’immaginario collettivo, anche

³¹ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 39.

³² In cui incorre, sia pur nel quadro di una raffinatissima ontologia politica, G. AGAMBEN, *Lo stato d’eccezione provocato da un’emergenza immotivata*, in *Il Manifesto*, 26 febbraio 2020.

³³ di “tutelare la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività”: G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d’eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2020, 3.

quello neoliberale, configura sacri al pari di quelli della *continuità della vita economica e sociale*.

Le inderogabili esigenze di tutela dei primi (*ex art. 13 e 32 Cost.*) sono state assunte a fondamento dell'attribuzione dei "poteri necessari" e "adeguati" a tutelare la generalità dei consociati. A tutelare, in particolare, i soggetti più esposti al possibile effetto letale del contagio³⁴. Purché in nome dell'estrema emergenza – si è subito osservato – non venissero compresse in misura sproporzionata le altre libertà e gli altri diritti costituzionali.

A fronte del rischio di una intensificazione dello stato di eccezione che sacrificasse ancor più radicalmente l'abituale e regolare svolgimento della vita economica e sociale, si è tempestivamente evidenziata la necessità di *delimitare nel tempo e nel contenuto* le deroghe della legalità ordinaria³⁵. Di non derogare, a tempo indeterminato, lo "stato di normalità".

Anche nella tempesta dello *stato di necessità* la Carta costituzionale resta, per la scienza giuridica, la "bussola" in grado di orientare la navigazione. La garanzia contro ogni tentazione di 'istituzionalizzazione' dello stato di eccezione che da tempo "governerebbe", secondo una variegata letteratura filosofico-politica ma anche filosofico-giuridica, le "democrazie post-totalitarie"³⁶.

Un confronto a distanza, culturalmente significativo e intellettualmente denso. Ma, in larga misura, inconsapevole tanto della profondità delle ferite economiche e sociali inferte dalla pandemia allo "stato di normalità neoliberale", quanto della sua straordinaria capacità di resistenza.

Conviene soffermarvisi in modo ravvicinato, anche al fine di provare a contribuire ulteriormente a liberare la diatriba *sullo stato di eccezione* dalle rappresentazioni caricaturali e demoniache da cui continua ad essere circondato. Oltre che, principalmente, provare a colmare, il *deficit dogmatico* sullo stato di normalità in generale e, specificamente, sullo *stato di normalità neoliberale*.

³⁴ Per un quadro d'insieme della ormai alluvionale letteratura giuridica A.G. LANZAFAME, *Il lockdown, l'avvio della "fase due", e i problemi della "fase tre". La gestione dell'emergenza, sanitaria ed economica, da Covid-19 tra disuguaglianze ingiuste e disuguaglianze necessarie*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2020.

³⁵ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit.

³⁶ Per una rappresentazione dei fondamentali argomenti di questa letteratura si veda il recentissimo e aggiornato contributo di D. DI CESARE, *Virus sovrano?*, Torino 2020.

5. Normalità neoliberale

La normalità schmittiana è la *normalità aristocratico-borghese* che ha permeato il discorso dell'Ottocento e di parte anche del Novecento.

Leggere la *normalità neoliberale* alla luce della *normalità aristocratico-borghese* ne illumina lo speciale statuto, aiuta a orientarci nella comprensione del conflitto che lacera oggi la sfera pubblica e, intimamente, ciascuno di noi.

Nel *bilanciamento* tra normale stato di salute e normale svolgimento della vita economica e sociale da che parte deve pendere la bilancia? Quale equilibrio, per dirla in estrema sintesi, tra sfera della *riproduzione* e quella della *produzione*?

Per Schmitt, come sappiamo, l'esistenza di una "situazione normale" è un presupposto logico della normatività, un presupposto interno senza il quale l'ordinamento è privo di efficacia e validità. "Nessuna norma si applica al caos".

Il rapporto normalità/normatività non è, tuttavia, solo un rapporto di presupposizione. La normatività per essere effettiva deve radicarsi in un *concetto forte di normalità*, deve 'rinviare' ad una idea condivisa di cosa sia una "situazione normale", di "chi è un *uomo normale*", di quali sono "le *figure concrete*" di una *vita giusta*, le *figure tipiche* nella vita e nel pensiero giuridico.

Per il giurista tedesco, esempi paradigmatici di cosa l'ordinamento intenda per "uomo normale" sono il "buon padre di famiglia", il "soldato valoroso, l'impiegato fedele, il compagno leale"³⁷. Canoni "concreti" che prescrivono comportamenti "normali" e che non esauriscono la loro normatività con una regolamentazione imposta *ab extra*, ma sono essi stessi normativi *ab intra* rispetto a quel legislatore che voglia produrre norme dotate di giuridicità³⁸.

La norma "normata" da questi canoni è la *normalità aristocratico-borghese*, quella che Schmitt auspicava fosse la normalità della sua epoca. Da tempo, il giurista tedesco ha 'perso' la sua battaglia di retroguardia. All'uomo 'normale', nel senso aristocratico-borghese, sono subentrati *altri tipi di uomo*.

L'uomo normale della *middle class*³⁹, l'uomo del modo di produzione

³⁷ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico*, cit., 258-259.

³⁸ G. SINISCALCHI, *Figure di norma e di normalità*, cit.

³⁹ M. DE CAROLIS, *La costruzione della normalità. Dal rituale al mercato*, in *Filosofia politica*, n. 1, 2014, 59 ss.

fordista (del quale v'è più di una traccia nella Carta costituzionale: artt. 1, 35, 36), l'*homo civilis* degli anni '60 e '70, la più limpida implementazione e incarnazione dell'*homo costituzionale*⁴⁰.

La *normalità/normatività* alla cui stregua si svolge la vita economica e sociale nelle società occidentali è, da oltre mezzo secolo, quella dell'*uomo neoliberale*.

L'uomo neoliberale non è uno specifico "tipo", veicolo di una normalità/normatività tipica di una classe, di una cultura 'particolare' quantunque egemone. L'uomo neoliberale 'pensa' che la sua è la *razionalità tout court*, una razionalità 'universale' cui deve conformarsi ogni condotta umana.

È la *razionalità economica* nella declinazione datane, a partire dagli anni '60 dello scorso secolo, dalla teoria del *capitale umano*. Teoria che assegna all'economia il rango di *regina scientiarum* in grado di *descrivere* in modo più efficace tutti i comportamenti degli uomini e di *prescrivere* loro le condotte più consone, ogni qualvolta vi sia un problema di scarsità di risorse da impiegare per raggiungere *in maniera ottimale* il fine favorito⁴¹.

Una *razionalità totalitaria* che estende la logica normativa dell'interesse, della massimizzazione dell'utile, a tutte le condotte umane, ergendola a codice unico di intelligibilità del mondo. *Homo oeconomicus* non è solo lo *scambista* del liberalismo classico. L'uomo dei giorni nostri è, in qualsivoglia spazio, *homo oeconomicus* che valuta ogni esperienza in termini di costi/benefici. Compresa le emozioni, i sentimenti, la salute, il piacere.

Se per il liberalismo classico l'uomo è il simmelliano *animale che scambia* – una qualità che non esaurisce le sue relazioni e la sua umanità⁴² – per il neoliberalismo la più alta qualità umana è vivere in una condizione di *competizione permanente*. L'uomo neoliberale è l'uomo della *performance massimale*, della *riuscita totale*, come ci ricordano ad ogni ora del giorno i 'maghi' del marketing pubblicitario.

Con una conseguenza di non poco conto sul piano della *dogmatica*

⁴⁰ A. CANTARO, *Cinquant'anni dopo l'autunno caldo (con un Post Scriptum su pandemia e stato di normalità)*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2020.

⁴¹ Secondo quella che è oggi diventata una delle definizioni più comuni di microeconomia: L. ROBBINS, *The Nature and Significance of Economic Science*, London 1962.

⁴² A. CANTARO, *Veritas, Auctoritas, Lex nella disciplina europea della concorrenza*, in ID. (a cura di), *Economia e diritto dei mercati nello spazio europeo. Dall'età antica all'età globale*, Milano 2018, 239 ss.

giuridica. Non basta più riconoscere e istituire – tramite il riconoscimento costituzionale della proprietà e della libertà di impresa – l'autonomia dell'economia di mercato. Ora si tratta di rendere universalmente cogente *la logica normativa della massima performance e del godimento estremo*.

Il costituzionalismo democratico-sociale del secondo dopoguerra aveva messo al centro l'*homo civilis* e la sua precipua razionalità, la *razionalità politica*. Il progetto neoliberale ha, viceversa, messo al centro l'*homo oeconomicus* e la sua precipua razionalità, la *razionalità economica*. L'*homo* è *oeconomicus* a tutto campo. Ogni sua esperienza deve svolgersi e si svolge in conformità al codice costi/benefici.

L'impresa non è più la *specifica istituzione* dell'economia di mercato. È *l'istituzione generale della vita sociale*.

Tutta la società è un'azienda. Tutti gli aspetti della vita – il tempo, l'ambiente, il futuro, il gruppo, gli studi da intraprendere – vanno pensati imprenditorialmente. L'individuo è un'*impresa costante* diretta a moltiplicare capacità d'investimento e profitti. Il modo in cui sta al mondo è permanentemente quello della *forma impresa*, quella che i neoliberali tedeschi chiamano *Vitalpolitik*, politica della vita. La forma impresa estesa a tutte le relazioni umane, affettive, lavorative. *Questa è la normalità/normatività*.

“Massimo rendimento e godimento estremo”, secondo quanto esige quella *formula magica* che va sotto il nome di *performance*. In ‘omaggio’ alla quale siamo tutti diventati *esseri iperattivi e ultra-reattivi*, sottoposti alla doppia ingiunzione di “sfondarsi” di lavoro e di godere più che si può, di spassarsela e ostentare tutto ciò tramite lo spettacolo di una *riuscita totale*⁴³.

L'ingiunzione a perseguire il godimento estremo nel tempo del massimo rendimento (il tempo del lavoro) e il massimo rendimento nel tempo dell'estremo godimento (il “tempo libero”, lo shopping, gli inderogabili aperitivi serali, il sacro week end).

6. Confinamento

La normalità aristocratico-borghese, la normalità della *middle class*, la normalità fordista, era la normalità di una classe, di una cultura ege-

⁴³ C. LAVAL, *Nuove soggettività e neoliberalismo*, Ospedale Sant'Anna, Parigi (18 maggio 2009) disponibile su commonware.org.

mone che a partire da una concreta pratica comunitaria ‘codificava’ le sue idee di vita giusta e ingiusta, di usuale e anormale, di lecito e di illecito.

Normatività del normale e normalità del normativo, una dialettica ‘ontologicamente’ aperta alla possibilità di ridefinizione di ciò che è giusto o ingiusto, usuale o anormale, lecito o illecito.

È vero che gli ordinamenti giuridici moderni sono normativamente chiusi verso l’alto. Ma sono anche cognitivamente aperti verso il basso, costantemente aperti alla possibilità di una rideterminazione ‘dialettica’ di ciò che è giuridicamente tutelato alla luce dell’evoluzione della coscienza sociale e delle opportunità offerte dallo sviluppo economico e tecnologico⁴⁴. Come paradigmaticamente ‘ suggerisce ’ la configurazione dei *diritti fondamentali* come *diritti a fattispecie aperta*.

La *normalità neoliberale* si affida, invece, a codici binari rappresentati come ‘eternamente’ cogenti ed universalmente eguali a sé stessi – utile/inutile, produttivo/improduttivo, redditizio/infruttuoso – che escludono alla radice che la vita possa aprirsi ad altri codici. Massima performance e godimento estremo. Questa è ‘inderogabilmente’ e permanentemente la normalità e la norma.

Noi conduciamo una vita giusta solo e quando non poniamo limiti alle nostre umane ed eterne capacità ‘imprenditoriali’ e ai nostri umani ed eterni, illimitati, desideri. Altrimenti, siamo destinati a cadere nella condizione di ‘*uomini senza qualità*’, di scarti sacrificabili.

L’uomo neoliberale rifiuta la cultura del limite, ma paradossalmente è tutt’altro che privo di norme, antinomico. Egli conduce – deve condurre – la sua esistenza e vita “normale” sotto l’egida di un’unica norma, assolutamente cogente e inderogabile, che gli prescrive di *andare continuamente oltre*.

Trasgredire i limiti, questa è la normalità, la norma⁴⁵. Non virtuosi, fuori dalla norma(lità), irrazionali sono tutti coloro che pongono limiti al proprio rendimento e godimento. L’uomo capitale, l’uomo impresa, vive – deve vivere – in una sorta di competizione permanente, innanzitutto con sé stesso.

La ‘legge’ della *competitività* come “stato di normalità”. Uno “*stato di eccezione fittizio*”⁴⁶ e, tuttavia, reale. Un *comando interiorizzato* che in-

⁴⁴ A. CANTARO, *Il rispetto delle funzioni essenziali dello Stato*, in: S. MANGIAMELI (a cura di), *L’ordinamento europeo. I principi dell’Unione*, Milano 2006, 507 ss.

⁴⁵ C. LAVAL, *Nuove soggettività e neoliberalismo*, cit.

⁴⁶ Fittizio in un senso parzialmente diverso da quello di W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in *Angelus Novus*, Torino 1995.

giunge ad ogni comunità, ad ogni istituzione, ad ogni singolo individuo di condurre la vita di tutti i giorni in preda ad una continua eccitazione⁴⁷. Una *norma* che esige una quotidianità fatta di smaniosa e frenetica routine, di ansia generalizzata; e che ‘stigmatizza’ come uomini senza qualità – esseri ‘irrazionali fuori dai codici del normale buon senso’⁴⁸ – tutti coloro che si sottraggono all’imperativo di *far agire il mondo nella, con e per la concorrenza*.

È il presupposto inderogabile del *modo di produzione neoliberale* che esige, per la sua eternizzazione, che l’*imperativo della competizione* venga ‘costituzionalizzato’⁴⁹. È la deontologia, tutt’altro che innocente, del capitalismo globale finanziarizzato che esige per riprodursi senza sosta (tutto il mondo è mercato, il mercato è tutto) che nessuna comunità resista all’intensificazione del lavoro e del continuo allargamento del consumo, che ogni individuo intrattenga con sé stesso e con gli altri un *rapporto di sfruttamento e di godimento*.

Nella forma del *di più, dell’extra, del sempre di più*. Una forma lontana da quella ‘classica’, liberale, dell’assoggettamento ad un imprenditore/proprietario che dispone formalmente e direttamente della forza-lavoro. E di un consumo in cui ciò che soggettivamente conta è, innanzitutto, il suo valore d’uso.

Questo è il ‘capolavoro’ del neoliberalismo. Aver raffigurato l’*universale messa in concorrenza* come una necessità scaturita dall’“oggettivo” processo di globalizzazione e, al tempo stesso, come l’incarnazione più autentica della “soggettiva”, eterna, aspirazione dell’uomo alla libertà. *Necessità e libertà*, un binomio seducente e, sino a ieri, apparentemente irresistibile.

Una foucaultiana *ontologia del presente*⁵⁰ che presuppone e postula che *ciò che accade ora accade da sempre*⁵¹. Una ‘antropologia’ che si propone come scoperta di una autentica “essenza” dell’uomo e, allo stesso tempo, come programma di riforma morale che ambisce a fare diventare tale “essenza” tutta la realtà, l’*humus* nel quale deve svolgersi la nostra esistenza.

⁴⁷ T. ZARTALOUDIS, *Violenza senza diritto? Sulla violenza pura come potere destituente*, in V. BONACCI (a cura di), *Giorgio Agamben. Ontologia e politica*, Macerata 2019, 386.

⁴⁸ L. MORI, *I numeri dell’Io. Immaginario neoliberale e quantificazione del sé*, in *Imago. A Journal of the Social Imaginary*, 2017, n. 10, 62 ss.

⁴⁹ A. CANTARO, *L’imperialismo del libero scambio. La costituzione economica europea nell’epoca del neo-mercantilismo globale*, in *Federalismi.it*, n. 16, 2018.

⁵⁰ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano 2005.

⁵¹ M. DE CAROLIS, *La costruzione della normalità*, cit. 60.

Un cogente ‘invito’ a sviluppare perennemente le proprie attitudini, a cogliere ogni opportunità di crescita e di piacere (capitalizzazione dell’umano, umanizzazione del capitale). Una antropologia e una ragione che *non è contro natura e contro la storia, ma è dentro e oltre la natura e la storia.*

Con la pandemia questo credo fondamentale, questa ‘religione’, è finita temporaneamente in *quarantena*. L’ingiunzione *massimo rendimento godimento estremo*, che governa lo stato di normalità neoliberale, “sospesa”.

Confinamento. A salvaguardia della vita biologica e della salute, di quel *capitale umano* che per il neoliberalismo è sacro perché prezioso, in una apparentemente paradossale convergenza con quelle variegata etiche filosofico-giuridiche per le quali il bene della vita è prezioso perché sacro.

All’inizio la catastrofe è stata vissuta come uno dei tanti “eventi” che colpiscono localmente la società globale, la “società del rischio”. Un “evento” che interessava una provincia di un lontano impero. Una catastrofe certo, con il suo carico di vittime, ma comunque circoscritta, puntuale, circoscrivibile.

Non è andata così. In poche settimane, il peggiore incubo di ogni feuilleton hollywoodiano ha preso forma. Sono saliti repentinamente i contagi, si è impennato il numero delle vittime, in Europa come negli Stati Uniti, a Madrid come a New York, in Lombardia come in Iran e in tante altre parti del pianeta.

La catastrofe ha asfaltato il nostro quotidiano. Chiuso tutto o quasi: aeroporti, stazioni, metro, uffici, fabbriche. Eserciti per strada, supermarket assaltati, carceri in rivolta, libertà vo’ cercando dal soggiorno al bagno⁵². *L’apocalisse a domicilio* che ha obbligato molti alla quarantena. Tanti a casa. Altri, per mestiere, vocazione e generosità, a diventare “eroi”. Tutti a fare i conti con l’inatteso, con l’inaspettato, con il “*nemico invisibile*”.

Pandemia sanitaria⁵³. La *globalizzazione neoliberale* “ostruita”. I circuiti di valorizzazione e accumulazione – il movimento senza sosta di capitali, merci, persone – in larga misura bloccati. “Sospensione” dello “stato di normalità” nel quale da tempo scorreva, indiscussa anche quando non intimamente condivisa, la “vita quotidiana” di produttori, consumatori, lavoratori, professionisti.

⁵² L. FAZZINI, *Dio in quarantena. Una teologia del coronavirus*, Verona 2020.

⁵³ E forse anche una *carestia alimentare* per gli ultimi degli ultimi della Terra.

7. E dopo confinamento

In attesa di un vaccino che ci immunizzi dal “nemico invisibile” – ‘promessa’ che verosimilmente sarà mantenuta – stiamo con fatica entrando nel *dopo confinamento*. All’insegna del cogente motto “tornare alla normalità”. In tutte le sfere, in tutti i campi. A testimonianza della seducente e perdurante forza normativa che esercita su noi tutti la “situazione normale”.

Nel frattempo, si è insinuato in tanti il dubbio sulle “magnifiche e progressive sorti” dello stato di normalità pre-covid. Sulle “magnifiche e progressive sorti” dei codici di intellegibilità del mondo e dell’idea di “vita giusta” della *normalità neoliberale*.

È sentimento diffuso che siano state le infrastrutture della globalizzazione (neoliberale) ad aver contribuito alla diffusione pandemica del virus e, a cascata, ad esporre l’opulento mondo occidentale ad una “catastrofica” pandemia economica e sociale. Anche perché il desiderio di “tornare” alla normalità si infrange sugli scogli del *principio di realtà*: gli effetti dell’ostruzione dei circuiti di valorizzazione e accumulazione – il movimento senza sosta di capitali, merci, persone – saranno di medio/ lungo periodo e, alcuni di essi, probabilmente permanenti.

Il tema della *salvezza dell’economia e della società*, senza aggettivi, è tornato, come negli anni ’20 dello scorso secolo, all’ordine del giorno. E alcuni, almeno inizialmente, sono tornati ad applaudire le *virtù dell’homo civilis*. Solidali con medici e infermieri a lavoro per tutelare la nostra salute, vicini agli operai in sciopero per difendere la sicurezza delle proprie condizioni di lavoro.

L’*homo civilis* è, dunque, sul punto di prendersi un’inattesa rivincita? Oppure alla fine prevarrà un modello social-darwinista di regolazione della vita lavorativa e sociale, una radicalizzazione all’ennesima potenza del precedente *stato di normalità*?

I due scenari sono entrambi plausibili. Una delle cifre più rilevanti della situazione attuale è, infatti, la sua *ambiguità* e *ambivalenza*. Un doppio sentimento. Da una parte, il desiderio di una *cesura* con il modo di produzione neoliberale, di un profondo *rinnovamento* e di un’autentica *rinascita*. Dall’altra, il bisogno di una rapida e completa *ripartenza*, “se non vogliamo morire di fame”, “se non vogliamo morire di noia”.

L’auspicata contestualizzazione del contributo della scienza costituzionale all’*oggettività dell’accaduto*⁵⁴, deve essere all’altezza di questa sog-

⁵⁴ E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale*

gettiva ambiguità ed ambivalenza. Nella fase del *dopo confinamento*, non meno che in quella del *confinamento*.

La ‘scienza pratica’ per eccellenza non può rimuovere nessuno dei due lati del problema. Deve fornire risposte ad entrambi i sentimenti che agitano il corpo sociale e, intimamente, ciascuno di noi.

Urge un bilanciamento più esigente di quello al quale siamo avvezzi. Non sarà più sufficiente l’appello alle plurali etiche della “normalità costituzionale”⁵⁵. I conflitti, una volta compromessa la ‘religiosa’ fede nelle magnifiche e progressive sorti dello stato di normalità neoliberale, diventeranno più laceranti di quelli del passato⁵⁶. Difficilmente contenibili tramite quel *bilanciamento dilatorio* che lascia sistemicamente aperte le porte a decisioni plurime, differenziate, flessibili, modellate sul “caso concreto”⁵⁷.

dell'emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?, in *Federalismi.it*, n. 16, 2020; F. PATRONI GRIFFI, *Il processo, luogo della tutela dei diritti anche e soprattutto nell'emergenza. Dialogando con il Presidente Patroni Griffi sulla giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2020.

⁵⁵ E. GROSSO, *Legalità ed effettività*, cit.

⁵⁶ Le risalenti aporie cui va incontro la ‘tecnica’ del bilanciamento (“non esiste un caso concreto di collisione tra diritti fondamentali che sia risolvibile senza limitazioni di un diritto a favore dell’altro”) e il rapporto tra ‘valore’ della dignità umana e valore della vita sono emerse anche nel recente scambio di opinioni tra Jürgen Habermas e Klaus Günther ospitato il 9 maggio 2020 dalla più autorevole testata di approfondimento in Germania (*die Zeit*), in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1126-diritti-fondamentali-nessun-diritto-fondamentale-vale-senza>. La questione al centro del confronto, appena sfiorata in altre parti del presente scritto, è se nella lotta contro la pandemia conti di più la tutela della vita o la libertà: il dovere di tutela della vita umana vale in modo assoluto o, viceversa, un “rischio generale di vita” deve “essere accettato da ciascuno”, come sostenuto con varie argomentazioni nell’occasione della pandemia tanto dal Comitato Etico tedesco quanto dal Presidente del Bundestag Tedesco, Wolfgang Schäuble? Mentre Habermas, sostanzialmente in modo metodologicamente analogo a Dworkin, interpreta ogni diritto come parte di una comprensiva teoria politico-morale dell’intero ordinamento costituzionale (assegnando priorità alla vita del singolo, bene considerato non bilanciabile con gli interessi alla libertà di collettività più o meno estese), Günther ritiene che tutti i diritti fondamentali siano bilanciabili, avanzando, tuttavia, il dubbio che il principio di proporzionalità possa tracciare il confine fra le morti evitabili e quelle inevitabili (...) per la difficoltà di spiegare “al primo paziente che non possa essere fatto respirare (...) che egli dovrebbe morire per amore della libertà di altri”. Sul dibattito statunitense vedi l’intervista a Philip Bobbitt di R. Conti, *Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1049-tragic-choices-43-anni-dopo-philip-chase-bobbitt-riflette-sulla-pandemia>, che contiene, anche una ragionata rassegna della più recente letteratura italiana.

⁵⁷ Sul bilanciamento nella dogmatica e nella giurisprudenza italiana vedi almeno R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituziona-*

L'emergenza sanitaria – si è detto – ha un fondamento costituzionale “diretto”. Fa parte della vita degli ordinamenti. I “tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*” sono stati introiettati e positivizzati nella Carta⁵⁸.

Bene. Ma affinché la Costituzione continui ad essere la “nostra bussola”, il contributo della scienza giuridica va contestualizzato alla diversa fase che si sta aprendo. Al dopo confinamento. Alla, tutt'altro che peregrina, ‘percezione’ di larga parte della popolazione di essere precipitata nel mezzo di una catastrofe economica e sociale, di una “apocalisse” nel senso figurato del termine.

E qui deve intervenire quell'opera di interpretazione civilizzatrice e di qualificazione del fatto, dell'“accaduto”, su cui si è cimentata la più avvertita scienza giuridica del novecento. Il modo migliore per prendere le distanze da “discorsi dal vago retrogusto apocalittico e millenarista”, è quello di prendere sul serio il rischio a cui è esposta *l'apocalisse dei moderni*. Il rischio tragico che la catastrofe venga vissuta come una *apocalisse senza eschaton*, senza possibilità di riscatto, di reintegrazione, di restaurazione di una qualche normalità.

Lo *stato di eccezione* è il corrispondente giuridico-costituzionale, ‘laico’, di una apocalisse che lascia aperto un orizzonte di riscatto, di reintegrazione della normalità. Il *corrispondente funzionale* di quelle *apocalissi culturali*⁵⁹ tramite le quali una comunità ferita – in passato tramite delle pratiche rituali, in epoca moderna tramite la mobilitazione collettiva⁶⁰ – mette in forma la paura per la *fine del mondo*, la pensa e la elabora come la *fine di un mondo*.

Demonizzare lo stato di eccezione, prescindendo dal contesto con-

le, Milano 1992; F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995; M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in G. COCCO (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano 2012; G. SERGES (a cura di), *I modelli processuali nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 2010; F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Torino 2001; A. CANTARO (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino 2011.

⁵⁸ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, cit.

⁵⁹ In senso capovolto ma convergente: “L'apocalissi culturale è la controfigura rituale di ciò che i giuristi chiamano stato di eccezione” (P. VIRNO, *Antropologia e teoria delle istituzioni*, in <https://transversal.at/transversal/0407/virno/it>).

⁶⁰ È il ‘caso’ dell'apocalittica marxiana “che verte non sulla fine generalizzata del mondo, ma sulla fine di una determinata organizzazione sociale, economica e politica del mondo, (...) premessa necessaria alla costruzione di un assetto del reale rinnovato *ab imis fundamentis*” (C. GALLINI, M. MASSENZIO, *Introduzione* a E. DE MARTINO, *La fine del mondo*, cit., XII).

creto di una pandemia economica e sociale che rischia di essere vissuta come una apocalisse senza riscatto, è un lusso che non possiamo permetterci. *Non si tratta di 'codificare' lo stato di eccezione*, ma di portarne alla luce la funzione intimamente costituzionale.

Il pericolo è grande. Ma dove cresce il pericolo, dice il poeta, cresce anche la speranza. È nostro dovere come cittadini, prima ancora che come giuristi, tenere aperto l'orizzonte della speranza di un ritorno alla normalità.

Che sia una "normalità neoliberale" o una "nuova normalità" è materia per futurologi, almeno sino a quando la politica non si riapproprierà della sua 'naturale' vocazione. L'auspicio è che il "virus sovrano" – il virus che se ne va in giro per il mondo vestito con la corona, simbolo antico, suggestivo e potente del potere – ceda presto, a chi di dovere, lo scettro del comando.

SAGGI

Stefano Giubboni

CONSIDERAZIONI SUL DIRITTO DEL LAVORO OLTRE LO STATO

(CON UNA POSTILLA SU PANDEMIA E DE-GLOBALIZZAZIONE)*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Asimmetrie globali. – 3. Erosione della sovranità sociale democratica. – 4. Organizzazione internazionale del lavoro. – 5. Diritto europeo della crisi. – 6. Proclamazione e dissolvenza dei diritti sociali in Europa. – 7. Attori collettivi transnazionali. – 8. Una parziale conclusione. – 9. Postilla: pandemia e de-globalizzazione.

1. *Introduzione*

La tendenza del capitale a farsi globale era stata anticipata da Karl Marx osservando le dinamiche dell'accumulazione già in atto alla metà dell'Ottocento¹. In tempi più vicini, è Carl Schmitt a individuare nella estensione – “oltre, dietro e accanto ai confini politico-statuali tipici di un diritto internazionale apparentemente solo interstatale” – di un “onnipervasivo [...] spazio di un'economia libera, ovvero non statale”², il tratto connotante la prima globalizzazione degli anni Settanta dell'Ot-

* Con l'aggiunta delle note e taluni aggiornamenti, tra i quali la postilla del maggio 2020 sull'emergenza da coronavirus e la de-globalizzazione, lo scritto riprende la relazione tenuta al VI convegno nazionale della Società italiana per la ricerca nel diritto comparato (SIRD), svoltosi a Firenze dal 25 al 28 ottobre 2018.

¹ K. MARX, *Grundrisse. Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, trad. it., Roma 2012, vol. I, 527-528: “Mentre quindi da un lato il capitale deve tendere ad abbattere ogni ostacolo locale che si frappone al suo traffico, ossia allo scambio, e a conquistare la terra intera come suo mercato, dall'altro esso tende ad annullare lo spazio per mezzo del tempo; ossia a ridurre al minimo il tempo che costa il movimento da un luogo all'altro. Quanto più il capitale è sviluppato, quanto più quindi è esteso il mercato sul quale circola e che costituisce la traiettoria spaziale della sua circolazione, tanto più esso tende al tempo stesso a estendere maggiormente il mercato nello spazio e ad annullare maggiormente lo spazio attraverso il tempo”.

² C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello “jus publicum Europaeum”*, trad. it., Milano 1991, 299.

tocento³. Il principio della “globalità del commercio”, vale a dire di “un commercio e di un mercato mondiale liberi, con una libera circolazione dell’oro, del capitale e del lavoro”⁴, poteva già allora far preconizzare un tendenziale disallineamento tra lo spazio aperto e virtualmente sconfinato dell’economia e la delimitazione territoriale dei confini statuali della politica e del corrispondente imperio del diritto prodotto dagli Stati: con la conseguente frantumazione di quella “unità (*Einheit*) di ordinamento (*Ordnung*) e localizzazione (*Ortung*), che caratterizza il diritto e lo Stato secondo la dottrina dello *ius publicum eropaeum*”⁵.

Ma se, all’epoca, lo sbocco potenziale del conato alla “mobilitazione totale”⁶ delle forze del capitale poteva essere soltanto intuita con capacità che non ci appaiono così lontane dal potere vaticinatorio, solo la “iper-globalizzazione”⁷ economico-finanziaria dell’ultimo trentennio ha realmente potuto avverare quella premonizione, radicalizzando e portando alle estreme conseguenze quel processo dissimmetrico – allora solo *in nuce* – con la rottura dell’“antica coestensione di politica diritto economia”⁸. Il “sogno utopico del capitale di operare in un mondo spaziale privo di attrito (obiettivo in gran parte raggiunto oggi con la mobilità del

³ Sulle ragioni dell’ascesa e della caduta della prima globalizzazione v. D. RODRIK, *The Globalization Paradox. Why Global Markets, States and Democracy Can’t Coexist*, Oxford 2011, 24 ss.

⁴ C. SCHMITT, *Il nomos*, cit., 298.

⁵ Così, con chiara terminologia schmittiana, A. MORRONE, *Teologia economica vs. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e diritto costituzionale globale*, in *Quad. cost.*, 2014, 829 ss., qui 832. In senso analogo A. PERULLI, *L’OIL e la globalizzazione*, in *Lav. dir.*, 2019, 387 ss., spec. 388, ove si legge: “La globalizzazione ha incarnato il trionfo del mercato finalmente liberato non solo dai confini territoriali dell’*Ortung*, in cui si localizza l’*Ordnung*, ma anche dai presupposti etico-normativi dell’economia, in particolare dal principio ‘il lavoro non è una merce’, che campeggia nella dichiarazione di Filadelfia del 1944”.

⁶ Così ancora C. SCHMITT, *Il nomos*, cit., 302, di cui è utile citare l’intero passo: “Il movimento generale verso la *libertà*, che comportava una negazione delle tradizionali localizzazioni e, in tal senso, una mobilitazione totale del genere più intenso, ovvero una de-localizzazione generale, scardinò il mondo eurocentrico, precipitandolo in altri campi di forza, rispetto ai quali il positivismo della legge dello Stato non era, all’interno dello Stato, di alcun aiuto [...]. Proprio qui, nel campo dell’economia, l’antico ordinamento spaziale della terra perse evidentemente la sua struttura”. A sua volta – come fa notare M. CACCIARI, *Geo-filosofia dell’Europa*, Milano 1994, 108 – Schmitt riprende la nota espressione jüngeriana (E. JÜNGER, *Die totale Mobilmachung*, Berlin 1931).

⁷ D. RODRIK, *The Globalization Paradox*, cit., 89 ss.; ID., *Straight Talk on Trade. Ideas for a Sane World Economy*, Princeton 2018, 5 ss.

⁸ N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in ID., *Diritto senza verità*, Roma e Bari 2011, 118.

ciberdenaro)⁹, infatti, si è potuto avverare solo in virtù della instaurazione di quello specifico regime totalizzante di estrazione del valore che Luciano Gallino ha definito “finanzcapitalismo”¹⁰, e che è stato consentito dalla “decisione fondamentale”¹¹ di liberalizzare completamente (*i.e.*, senza limiti né misura) i movimenti di capitale assunta congiuntamente da Stati Uniti e Unione europea – ancorché con ben diversa consapevolezza e visione geopolitica¹² – tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta del Novecento¹³. È questo il *novum* della iper-globalizzazione, almeno per come essa si è dispiegata sino ad oggi: la radicale “despazializzazione neoliberale” della tecno-finanza¹⁴, in cui “il potere economico si è ormai disancorato dalla terra e agisce con trasferimenti di beni immateriali e con operazioni finanziarie che non hanno più alcun rapporto con territori determinati”¹⁵.

⁹ D. HARVEY, *Marx e la follia del capitale*, trad. it., Milano 2017, 134.

¹⁰ L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino 2011, 5, che ne dà questa definizione: “Il finanzcapitalismo è una mega-macchina che è stata sviluppata nel corso degli ultimi decenni allo scopo di massimizzare e accumulare, sotto forma di capitale e insieme di potere, il valore estraibile sia dal maggior numero possibile di esseri umani, sia dagli ecosistemi. L'estrazione di valore tende ad abbracciare ogni momento e aspetto dell'esistenza degli uni e degli altri, dalla nascita alla morte o all'estinzione. Come macchina sociale, il finanzcapitalismo ha superato ciascuna delle precedenti, compresa quella del capitalismo industriale, a motivo della estensione planetaria e della sua capillare penetrazione in tutti i sotto-sistemi sociali, e in tutti gli strati della società, della natura e della persona”. Sui nuovi meccanismi di accumulazione predatoria della finanza v. inoltre, più di recente, M. MAZZUCATO, *The Value of Everything. Making and Taking in the Global Economy*, London 2018, 161 ss.; L. BOLTANSKI, A. ESQUERRE, *Arricchimento. Una critica della merce*, trad. it., Bologna 2019, 381 ss.

¹¹ Evoco di nuovo volutamente C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. it., Milano 1984, 38 ss., per come è stato ripreso dalle dottrine ordoliberali della costituzione economica, la cui “assonanza col pensiero schmittiano è palese”: O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli 2016, 59. Cfr. sul punto anche D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the “New” Europe*, in *American Journ. Comp. Law*, 1994, 25 ss., spec. 44; A. CANTARO, *Costituzione e ordine economico*, Acireale, 1999, 10 ss.; J. HIEN, C. JOERGES (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Oxford, 2017. E si rilegga il celebre discorso di C. SCHMITT, *Stato forte ed economia sana* (1932), in *Fil. pol.*, 2019, 7 ss.

¹² Sul punto, le acuminate riflessioni di C. GALLI, *Diritto, politica e spazi: l'universale e il particolare nella modernità e nella contemporaneità*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 335 ss., spec. 345.

¹³ Cfr. per tutti M.R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna 2017, 70 ss.

¹⁴ G. PRETEROSSO, *Introduzione. L'Odissea dello spazio*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 327 ss., spec. 333.

¹⁵ M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 349 ss., qui 360.

Ma la dissimmetria tra la dimensione territoriale della politica e del diritto nazionale e la spazialità aperta e sradicata dell'economia, e soprattutto della finanza globalizzata, ha prodotto laceranti contraddizioni sociali, che la grande crisi economico-finanziaria che ha investito l'emisfero occidentale nel 2008 ha messo cupamente a nudo, facendone gravare conseguenze drammatiche sui sistemi più fragili e meno attrezzati a parare i colpi della concorrenza e della mobilitazione globale dei fattori produttivi¹⁶. “È – come ha osservato Natalino Irti – la tragica antinomia del nostro tempo, che vede, da un lato, le sovranità chiuse in definiti ambiti territoriali, in luoghi circoscritti da confini, e, dall'altro, le interminate distese della tecno-economia”¹⁷.

Questa dissimmetria, soprattutto, ha significativamente contribuito a mettere in crisi il ruolo che lo Stato, a partire dal secondo dopoguerra, ha storicamente svolto nelle democrazie costituzionali occidentali, e della vecchia Europa in particolare, nell'assicurare il governo politico del rapporto tra capitale e lavoro all'interno dei propri confini¹⁸. E spiega, al contempo, perché oggi i contro-movimenti “populisti” e “sovranisti” di diversa estrazione¹⁹, che agitano la scena politica in Europa non meno che in America, facciano della riappropriazione difensiva di una sfera di sovranità economica all'interno dei confini statuali una formidabile sfida al modello di globalizzazione sul quale si era andato costruendo il nuovo “ordine” economico mondiale sotto l'egida dei grandi accordi commer-

Che poi aggiunge: “la globalizzazione di oggi ha una *cifra* che la distingue dalla globalizzazione di ieri, perché il potere economico-finanziario non si limita più a (pretendere di) *attraversare* i territori delimitati dai poteri politici sovrani, ma quei poteri pretende di (e largamente sa) *sostituire*”. E v. già M. CACCIARI, *Geo-filosofia*, cit., 108-109, che riflettendo sulle pagine di Schmitt osserva come questi confini siano “travolti dall'universale *Mobil-machung* contemporanea. La libertà commerciale, finanziaria, economica, che fa di ogni luogo e di ogni tempo una ‘globale Zeit’, sta in irrimediabile conflitto col positivismo del diritto collegato allo Stato. Senza Nomos positivamente radicato, ogni diritto pubblico vive un'esistenza spettrale. Il ‘calvario’ del Nomos sembra, dunque, concludersi con questa prognosi: impossibile ri-formare la grande costruzione dello Stato – impossibile, però, anche concepire un Nomos ‘raumlos’, senza spazio, senza confine, illimitato e in-forme, quale quello che sembrerebbe imporre la sradicatezza dello spirito contemporaneo, cui è estranea ogni ‘misura’”. V. altresì S. LATOUCHE, *Limite*, trad. it., Torino 2012.

¹⁶ Cfr. L. DEMICHELIS, *La religione tecno-capitalista. Suddividere, connettere e competere dalla teologia politica alla teologia tecnica*, Sesto San Giovanni 2015.

¹⁷ N. IRTI, *Tramonto*, cit., 118.

¹⁸ Tra le prime analisi, in una temperie improntata a un certo ottimismo, F. GALGANNO, S. CASSESE, G. TREMONTI, T. TREU, *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Bologna 1993.

¹⁹ Cfr. A. SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma 2018.

ciali multilaterali di libero scambio²⁰. Un ordine, tuttavia, esso stesso in crisi, per la in-sostenibilità dei suoi presupposti²¹, e che sembra, a sua volta, entrato in una fase di dissoluzione o, quantomeno, di ridefinizione delle sue premesse e dei suoi assetti geo-economici²².

2. *Asimmetrie globali*

In Europa come negli Stati Uniti, la fase più recente ed inquieta della globalizzazione economico-finanziaria, caratterizzata dall'ascesa delle nuove grandi potenze industriali e commerciali di Cina e India, ha contribuito a mettere in discussione il ruolo tradizionalmente svolto dal diritto del lavoro dentro i confini statali. Questa non è certo l'unica causa della destabilizzazione dei fondamenti sui quali si sono retti, sino alla fine degli anni Settanta dello scorso secolo, in particolare in Europa occidentale, i grandi modelli di Stato sociale democratico affermatasi nel secondo dopoguerra; e tuttavia, come aveva avvertito Massimo d'Antona, si può dire che il progressivo spiazzamento funzionale della sovranità sociale nazionale riassuma in qualche modo in sé i diversi fattori di "crisi d'identità" del diritto del lavoro novecentesco²³. Gli Stati nazionali rimangono anco-

²⁰ Ma è, all'evidenza, un ordine intrinsecamente instabile, piuttosto pronò al disordine: v. solo T. DETTI, G. GOZZINI, *L'età del disordine. Storia del mondo attuale 1968-2017*, Roma e Bari 2018.

²¹ L'utopia "originaria" del mercato autoregolato che aveva sorretto la "grande trasformazione", ma anche – specularmente – generato i contro-movimenti di difesa della società. Resta dunque intatta la forza analitica e predittiva dell'*opus magnum* di K. POLANYI, *La grande trasformazione* (1944), trad. it., Torino 1974, non a caso oggetto di una vera e propria riscoperta negli ultimi anni: v. per tutti M. BLYTH, *Great Transformations. Economic Ideas and Institutional Change in the Twentieth Century*, Cambridge 2002; G. DALE, *Karl Polanyi. The Limits of the Market*, Cambridge 2010; C. JOERGES, J. FALKE (eds.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford-Portland 2011; K. POLANYI LEVITT, *From the Great Transformation to the Great Financialization. On Karl Polanyi and Other Essays*, London-New York 2013. Per una precoce e originale attualizzazione di quell'analisi della economia politica del capitalismo globalizzato, condotta attraverso il filtro delle categorie gramsciane, v. S. GILL, *Power and Resistance in the New World Order*, Basingstoke (Hampshire)-New York 2008 (seconda edizione).

²² Cfr. tra gli altri, con singolare convergenza di analisi, al di là della diversa "sensibilità politica", G. TREMONTI, *Mundus furiosus. Il riscatto degli Stati e la fine della lunga incertezza*, Milano 2016; F. SACCOMANNI, *Crepe nel sistema. La frammentazione dell'economia globale*, Bologna 2018; F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, Palermo 2019.

²³ M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, 311 ss.

ra oggi la chiave di volta dei sistemi di relazioni industriali e di protezione sociale, ma le forme di solidarietà collettiva che sostengono e legittimano democraticamente la funzione protettiva del diritto del lavoro sono state erose e quasi spiazzate dalla forza centrifuga dell'apertura delle frontiere nel "mondo piatto"²⁴ della tecno-globalizzazione di economia e finanza.

Il paradigma dello Stato sociale disegnato dalle grandi costituzioni democratiche del secondo dopoguerra²⁵, rette sull'idea di una "vera e propria democrazia 'emancipante' e 'sostanziale' – che impone ormai l'*Ergreifung*, la cattura costituzionale dell'economico"²⁶ – viene capovolto. Non è più lo Stato che governa l'economia, indirizzandola a fini di giustizia sociale, e comunque di controllo e correzione degli esiti distributivi del conflitto – ancora essenzialmente "domestico" – tra capitale e lavoro; è al contrario "il mercato – o meglio le agenzie transnazionali di rating – che giudicano i titoli del debito pubblico emesso dagli Stati e che condizionano la politica finanziaria di questi ultimi"²⁷. Come è stato efficacemente scritto, "quando, con la caduta del muro di Berlino, la globalizzazione attua sino in fondo quel processo che rende il mercato uno spazio privo di confini e barriere, in cui gli attori economici possono sfruttare illimitatamente a proprio vantaggio i fattori produttivi o altre opportunità di valorizzazione del capitale, gli Stati perdono buona parte della loro capacità di governo dell'economia, mentre una logica di mercato deterritorializzata e destatalizzata si impone sulla sfera politico-istituzionale (sia a livello intrastatale che internazionale) trasformando il paradigma delle relazioni di potere tra Stato e capitale in un meccanismo di 'sussunzione' dello Stato nel processo di globalizzazione"²⁸.

L'asimmetria, che è in tal modo determinata dalla dissociazione tra la globalizzazione dei mercati (soprattutto finanziari) e il persistente radicamento territoriale delle forme di solidarietà e di intervento redistributivo²⁹,

²⁴ T.S. FRIEDMAN, *The World Is Flat. A Brief History of the Twenty-first Century*, London 2007.

²⁵ Si veda da ultimo la splendida ricostruzione di M. FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Roma e Bari 2020.

²⁶ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., qui 160-161.

²⁷ F. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, 177 ss., qui 180. Sviluppa tale considerazione in chiave costituzionale A. VERNATA, *Costituzione, rating e sovranità nello spazio giuridico globalizzato*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 979 ss.

²⁸ A. PERULLI, *L'OIL*, cit., 388.

²⁹ V., volendo, S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna 2012.

stringe così gli Stati sociali nazionali dentro una “morsa”³⁰. Mentre l'internazionalizzazione dei mercati li mette in concorrenza diretta in una logica onnipervasiva che si concretizza in una vera e propria competizione regolativa tra sistemi-paese³¹, gli Stati debbono far fronte sul piano interno a domande di protezione sociale accresciute proprio dagli effetti asimmetrici della globalizzazione, che se ha forse ridotto le distanze e le disparità tra i grandi blocchi geo-economici, ha invece parallelamente accresciuto le disuguaglianze all'interno dei confini nazionali (tra i gruppi sociali, come fra i territori)³².

Il “paradosso della prosperità” – ha notato Mireille Delmas-Marty³³ – fa sì che aumentino allo stesso tempo profitti e disuguaglianze; queste, dopo la grande crisi deflagrata nel 2008, hanno ormai raggiunto, anche in Occidente, livelli impressionanti, inimmaginabili fino a pochi anni fa e sempre più avvertiti come intollerabili. E mentre si moltiplica smisuratamente la ricchezza del percentile più alto³⁴, l'effetto congiunto della nuova divisione internazionale del lavoro e della trasformazione tecnologica polarizza le condizioni dei mercati del lavoro nazionali³⁵, condannando larghi strati di popolazione, che sino a poco fa costituivano orgogliosamente il nerbo della classe media delle società affluenti, ad una condizione di precarietà e di progressivo impoverimento³⁶. Sono stati per primi i settori meno qualificati e competitivi del lavoro industriale a subire gli

³⁰ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris 2007 (II ed.), XIX.

³¹ V. per tutti, più di recente, A. GUAZZAROTTI, *La subordinazione degli Stati al potere dei mercati finanziari attraverso la misurazione comparativa del diritto*, in *Pol. dir.*, 2018, 387 ss.; D. GIANNONE, *In perfetto stato. Indicatori globali e politiche di valutazione nello stato neoliberale*, Sesto San Giovanni 2019.

³² Nell'ormai vasta letteratura v. solo T. PIKETTY, *Le capital au XXIe siècle*, Paris 2013; J.E. STIGLITZ, *The Great Divide. Unequal Societies and What We Can Do about Them*, New York 2015; ID., *People, Power and Profits. Progressive Capitalism for an Age of Discontent*, London 2019; B. MILANOVIC, *Global Inequality. A New Approach for the Age of Globalization*, Cambridge (Massachusetts) 2016; P. TRIDICO, *Inequality and Financial Capitalism*, Abingdon-New York 2017.

³³ M. DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Paris 2013, 36.

³⁴ Al punto che quella accumulata senza limite dai grandi monopolisti della rete e dalla nuova classe transnazionale di *rentiers* sembra aver realizzato “l'impulso illimitato e smisurato del capitale ad oltrepassare il suo limite” (K. MARX, *Grundrisse*, cit., 289). Cfr. G. STANDING, *The Corruption of Capitalism. Why Rentiers Thrive and Work Does Not Pay*, London 2016.

³⁵ Cfr. E. MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Milano 2012.

³⁶ V. ad es., per l'Italia, le analisi di G. DE RITA, *Il regno inerme. Società e crisi delle istituzioni*, Torino 2002; G. DE RITA, A. GALDO, *Il popolo e gli dei. Così la Grande Crisi ha separato gli italiani*, Roma e Bari 2014; M. REVELLI, *Non ti riconosco. Un viaggio eretico nell'Italia che cambia*, Torino 2016.

effetti della concorrenza dell'esercito di riserva costituito dalle nuove masse operaie delle grandi economie asiatiche emergenti; ma oggi quella pressione concorrenziale si estende trasversalmente a tutti i comparti, anche sotto la spinta dei massicci fenomeni migratori alimentati dalla globalizzazione e, almeno in prospettiva, della diffusione – ancora limitata, ma potenzialmente pervasiva – delle forme di *crowdsourcing* messe a disposizione dal capitalismo algoritmico delle piattaforme digitali³⁷.

Costretto dentro questa morsa, lo Stato sociale nazionale è sempre meno in grado di compensare i perdenti della globalizzazione: il risentimento sociale che alimenta le nuove forme di populismo identitario e xenofobo e le reazioni neo-sovraniste contro la globalizzazione e il multilateralismo economico – negli Stati Uniti d'America come in Europa – ha in ciò la sua prima e più profonda radice³⁸. I sistemi nazionali di solidarietà sono dunque come schiacciati tra queste due opposte logiche, subendo ad un tempo la pressione a piegarsi alla matrice neoliberale della competizione globale (e quindi a ridursi e ad adattarsi agli imperativi della efficienza allocativa e al dominio della razionalità numerica, algoritmica e contabile) e quella ad estendere la loro funzione protettiva e di integrazione sociale, risarcendo o compensando (o per lo meno includendo nelle reti di contrasto della povertà) i perdenti della globalizzazione. Stretto entro queste contrapposte logiche – di apertura ai mercati internazionali e alla concorrenza globale la prima, di chiusura degli spazi di solidarietà la seconda –, lo Stato fatica, inevitabilmente, a fornire le risposte necessarie; donde la percezione politica diffusa di un declino e quasi di uno spaesamento della sovranità nazionale nel mondo iper-connesso della tecno-globalizzazione³⁹.

3. *Erosione della sovranità sociale democratica*

Il ruolo dello Stato è così messo in discussione senza che, però, al di là dei suoi confini emergano nuove forme di governo e di controllo dei mercati, capaci di riarticolare nuove formule di sintesi tra sviluppo economico e giustizia sociale a livello globale. Come ha nuovamente sot-

³⁷ Cfr. ad es. A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Milano 2018; J. PRASSL, *Humans as a Service. The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, Oxford 2018; C. CROUCH, *Se il lavoro si fa gig*, Bologna 2019.

³⁸ Cfr. C. CROUCH, *The Globalization Backlash*, Cambridge 2019, 28 ss.

³⁹ Cfr. ad es. W. BROWN, *Stati murati, sovranità in declino*, trad. it., Roma e Bari 2013.

tolineato Mireille Delmas-Marty, “la mondializzazione colpisce gli ordinamenti giuridici nella loro pretesa di identificarsi con lo Stato. Essa non sopprime però il diritto nazionale a beneficio di quello internazionale, ma dà piuttosto luogo a un groviglio tra diritto nazionale e diritto internazionale che può essere allo stesso tempo la fonte del problema o della sua soluzione”⁴⁰.

La fitta rete di autorità regolative di diversa e incerta natura⁴¹, che è cresciuta disordinatamente in questi ultimi decenni rendendo pressoché vano ogni tentativo di distinzione tra dominio del diritto pubblico e sfera della autoregolazione privata⁴², non riesce a supplire (e del resto neppure intende farlo) alle funzioni assolte dagli Stati. Il diritto della cosiddetta *governance* globale⁴³ è essenzialmente pensato per una società di mercato transnazionale ed è per questo prevalentemente basato su schemi contrattuali e volontaristici, che rompono con la tradizione dello *jus publicum* degli Stati nazionali⁴⁴. La scena è dominata da relazioni di tipo (apparentemente) orizzontale, eterarchico⁴⁵, societario⁴⁶, ove i conflitti d’interesse, quando non vengono del tutto occultati⁴⁷, sono comunque tendenzialmente espulsi dal circuito politico nazionale⁴⁸, per essere filtrati attraverso tecniche regolative *soft* e procedurali e, ove necessario, risolti secondo moduli arbitrari e negoziali⁴⁹.

In questo “quadro di tendenziale privatizzazione della stessa eco-

⁴⁰ M. DELMAS-MARTY, *Résister*, cit., 7.

⁴¹ Cfr. S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma e Bari 2003, 8 ss.; ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino 2009, 18 ss.

⁴² Anch’essa una categoria fondativa dello Stato nazionale ormai in crisi: v. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000, 101 ss.

⁴³ Per un efficace quadro d’insieme v. E. BENVENISTI, *The Law of Global Governance*, The Hague 2014; C. FOCARELLI, *Economia globale e diritto internazionale*, Bologna 2016, 73 ss.

⁴⁴ Cfr. P. PERULLI, *Il dio contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Torino 2012.

⁴⁵ Cfr. principalmente F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002.

⁴⁶ Cfr. G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma 2005; ID., *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano 2012.

⁴⁷ Rimane essenziale la lettura di G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano 2003.

⁴⁸ V. ad es. A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma e Bari 2002, 173 ss., e più recentemente A. SOMMA, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell’ordine economico*, in *Pol. dir.*, 2018, 79 ss.

⁴⁹ Cfr. G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano 2006, spec. 15 ss. per l’analisi critica del “capitalismo a contratto” e della conseguente frantumazione del diritto statale.

nomia politica”⁵⁰, con il conseguente “rovesciamento di posizione tra pubblico e privato”⁵¹, le imprese multinazionali, e le grandi *law firms* globali al loro servizio⁵², giocano evidentemente un ruolo decisivo. Esse non si limitano, infatti, alla scelta del diritto – nelle sempre più sofisticate e pervasive forme di *law shopping* e di arbitraggio tra regimi giuridici in concorrenza⁵³, che pure sono dischiuse loro dalla liberalizzazione dei movimenti di merci e capitali⁵⁴ –, ma sono esse stesse attori regolativi decisivi, protagonisti della nuova *lex mercatoria*⁵⁵. Lo si avverte con particolare nitore quando ci si addentra nella selva degli accordi con cui gli attori finanziari e i grandi gruppi multinazionali autoregolano profittevolmente i propri investimenti, specialmente nei Paesi in via di sviluppo, ove il potere negoziale degli “Stati contraenti”⁵⁶, bisognosi di procacciarsi a qualunque costo i capitali promessi, è visibilmente dimidiato. Ce ne dà evidenza la diffusione – in tali accordi – delle cosiddette clausole di “stabilizzazione”⁵⁷ e, ancor più, dei meccanismi arbitrali ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*)⁵⁸, il cui effetto è, nel migliore dei casi, quello di scoraggiare – quando non di deprimere – i già fiacchi conati ad un innalzamento degli *standard* di protezione sociale o ambientale⁵⁹. Non è un caso

⁵⁰ M.R. FERRARESE, *Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in *Pol. dir.*, 2014, 375 ss., qui 399.

⁵¹ Ivi, 391.

⁵² I nuovi “mercanti del diritto”, potenti attori strumentali alla costruzione della *governance* contrattuale della globalizzazione economica, per riprendere la celebre espressione di Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, trad. it., Milano 1997.

⁵³ Cfr. ad es. D.H. MURPHY, *The Structure of Regulatory Competition. Corporations and Public Policies in a Global Economy*, Oxford 2004; M. GNES, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti e arbitraggi nel diritto comune europeo*, Milano 2004; A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari 2004; A. PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano 2007.

⁵⁴ Un peso crescente ha assunto al riguardo, come ben noto, la concorrenza fiscale, sempre più agguerrita anche all'interno dell'Unione europea: v. da ultimo F. GALLO, *Giustizia sociale e giustizia fiscale nell'Unione europea*, Napoli 2015; A. PERRONE, *Tax competition e giustizia sociale nell'Unione europea*, Milano 2019.

⁵⁵ D'obbligo il rinvio a F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna 2001, 229 ss.

⁵⁶ M.R. FERRARESE, *Le organizzazioni internazionali e gli stati “contraenti”*, in *Rass. it. soc.*, 2003, 197 ss.

⁵⁷ Cfr. V. BRINO, *Stabilization Clauses in State-Investor Agreements: A Brief Overview*, in A. PERULLI, T. TREU (eds.), *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, Alphen aan den Rijn 2018, 141 ss.

⁵⁸ Cfr. V. CAGNIN, *New Generations Treaties and the Attempts for a Renewal of the ISDS*, in A. PERULLI, T. TREU (eds.), *Sustainable Development*, cit., 155 ss.

⁵⁹ Lo riconosce anche T. TREU, *Globalization and Human Rights: Social Clauses in*

che l'attuazione di tali meccanismi sia rimessa a strumenti arbitrari di risoluzione delle controversie posti ben al riparo da qualunque forma di *accountability* pubblica e strutturalmente sbilanciati – per composizione e “cultura giuridica” – in favore degli interessi finanziari dei grandi investitori.

Ma anche quando non ci si trovi di fronte a tali forme esasperate di “*governance* paragiudiziaria” privata⁶⁰, dove l'asimmetria tra gli interessi serviti è irrimediabile in quanto strutturale, e ci si imbatte nell'intervento dei giudici nazionali, il giudizio deve restare cauto e, soprattutto, non deve farsi trasportare dagli entusiasmi affrettati e piuttosto ingenui, che in molti hanno suscitato negli ultimi anni le varie teoriche della tutela multilivello dei diritti fondamentali. Ed invero, lo stesso intervento dei giudici e delle corti nazionali – la cui crescente rilevanza costituisce la cifra forse più evidente della postmodernità giuridica del “diritto globale”⁶¹ – viene per la medesima ragione ricondotto a quella dimensione orizzontale del “dialogo”⁶², nella quale la circolazione del diritto straniero⁶³, come la stessa elaborazione “pretoria” di comuni principi “sovranazionali”, è legittimata dall'idea della parità di diritti conversazionali dei partecipanti⁶⁴, relegando ai margini le ipotesi del conflitto e quasi esorcizzando la questione della *Kompetenz-Kompetenz*⁶⁵, nella quale per definizione deve pur esserci la possibilità d'una decisione emessa da chi

Trade Agreements and in International Exchanges among Companies, in A. PERULLI, T. TREU (eds.), *Sustainable Development*, cit., 99 ss., spec. 106.

⁶⁰ Cfr. M.R. FERRARESE, *Sulla governance paragiudiziaria*, cit., 392, che rammenta che “la protezione degli investimenti è proprio il fine dei vari BIT, nonché dell'ICSID convention e di altri simili accordi”, grazie ai quali le imprese riescono a ritagliarsi “un ruolo di ‘veto-players’, ossia di soggetti abilitati a rivendicare un diritto di veto sulle scelte politiche dello stato ospitante, che configgano con i loro interessi”.

⁶¹ V. ancora M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma e Bari 2012, 54 ss., nonché P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma e Bari 2018, 91 ss.

⁶² È fiorito, al riguardo, un vero e proprio nuovo genere letterario, forse il più florido, anche in Italia, nell'ambito delle correnti di pensiero del c.d. “neo-costituzionalismo multilivello”. Oltre alle indicazioni che si stanno per dare nelle note seguenti, v., per i richiami essenziali, e le altrettanto necessarie valutazioni critiche, M. LUCIANI, *Dal cháos*, cit., 366 ss.; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018 69 ss.; G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma e Bari 2013, spec. 19 e 161 ss.

⁶³ Cfr. B. MARKENSIS, J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, trad. it., Bologna 2009.

⁶⁴ V. solo S. CASSESE, *Il diritto globale*, cit., 139 ss.; ID., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma 2009.

⁶⁵ Cfr. N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel “commonwealth” europeo*, trad. it., Bologna 1999, 243 ss.

si riconosce il potere (sovrano) di pronunciare l'ultima parola. Anche questa "sorta di costituzionalizzazione transnazionale"⁶⁶ – guidata dal "dialogo tra le corti" – finisce, dunque, per prescindere dagli Stati⁶⁷ e per recidere, di conseguenza, ogni legame con il "politico"⁶⁸, oscurando la dimensione del potere e della "lotta per il diritto", che naturalmente resta intatta, per esser tuttavia tecnicizzata e spoliticizzata dietro la scena giudiziale. La questione del potere – in realtà drammatizzata dalla sua sempre più asimmetrica concentrazione nei giganti del mercato⁶⁹ – viene così rimossa e oscurata: in ogni caso, (viepiù) allontanata dai circuiti democratico-rappresentativi⁷⁰.

Il nuovo ordine a-spaziale del mercato globale – il cuore della costituzionalizzazione trans- e sovra-nazionale del capitalismo⁷¹ – si insinua lateralmente nelle (o, come avviene nel contesto dell'Unione europea, si impone senz'altro sulle) costituzioni nazionali, lasciando impotenti e come spiazzati dentro i confini territoriali degli Stati i depositari democratici del potere legislativo. Naturalmente, tale "debilitazione" è risentita in modo fortemente diseguale, in un processo di sempre più accentuata gerarchizzazione tra Stati egemoni (Usa, Cina e, in Europa, la Germania con la sua ritrovata *Großraum* ordoliberal)⁷² e Stati sudditi o satelliti.

4. *Organizzazione internazionale del lavoro*

In un quadro del genere, il disagio – il malessere – del giuslavori-

⁶⁶ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma e Bari 2006, 38.

⁶⁷ Ivi, 40.

⁶⁸ Cfr. P.F. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm. A Sociological Approach*, London 2014, 122 ss.

⁶⁹ Cfr. ad es., con diversi tagli analitici, C. CROUCH, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberismo*, trad. it., Roma e Bari 2014; K. PISTOR, *The Code Capital. How Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton – Oxford 2019; A. EZRACHI, M.E. STUCKE, *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-driven Economy*, Cambridge (Massachusetts) 2016.

⁷⁰ Il problema è ovviamente acuitizzato, in Europa, dalla struttura postdemocratica della *governance* economico-finanziaria dell'Unione (e della zona euro in particolare): v. *infra*, § 5, e, sin d'ora, A. SCHÄFER, W. STREECK (eds.), *Politics in the Age of Austerity*, Cambridge 2013.

⁷¹ D. NICOL, *The Constitutional Protection of Capitalism*, Oxford – Portland 2010.

⁷² Su quest'ultima v. da ultimo M. DOLD, T. KRIEGER (eds.), *Ordoliberalism and European Economic Policy: Between Realpolitik and Utopia*, London-New York 2019.

sta (quantomeno di quello cui potrebbe venire rimproverato di esser nostalgicamente attaccato ad una certa idea novecentesca del diritto del lavoro)⁷³ è inevitabile. È evidente, invero, come aveva avvertito Massimo D'Antona⁷⁴, come tutto questo rappresenti un potente fattore di corrosione della identità stessa del diritto del lavoro, di cui è messa in discussione la pretesa democratica⁷⁵ di costruire – dal basso (cioè in primo luogo con le risorse dell'autonomia collettiva) – un limite alla logica del mercato⁷⁶, componendo secondo equilibri concretamente commisurati al contesto nazionale il conflitto tra capitale e lavoro⁷⁷.

Dal punto di vista del giurista del lavoro, la fonte principale di tale inquietudine identitaria ed esistenziale sta proprio nella dissociazione tra il livello trans- o sovra-nazionale, nel quale opera la nuova costituzionalizzazione delle libertà di mercato, e quello ancora essenzialmente locale, nel quale soltanto è possibile una correzione democratica degli esiti distributivi dei processi economici⁷⁸. Invero, come osserva sempre Mireille Delmas-Marty, la “mondializzazione del diritto, selettiva e frammentaria com'è, dissocia le funzioni tradizionali del mercato (circolazione e redistribuzione) e separa le libertà economiche, che si sono rapidamente integrate, dai diritti sociali, la cui evoluzione è invece lenta e discontinua”⁷⁹.

Questa lancinante asimmetria è osservabile tanto al livello dell'ordinamento internazionale, quanto nell'ambito dell'Unione europea.

Una tale dissociazione tra liberalizzazione economica (internazionale) e protezione (nazionale) dei diritti sociali è stata come ben noto posta alla base dell'accordo di Marrakech del 1994 con il quale è stata istituita

⁷³ Sulla quale v., molto bene, R. DUKE, *The Labour Constitution. The Enduring Idea of Labour Law*, Oxford 2014.

⁷⁴ *Supra*, nota 23.

⁷⁵ Cfr. G. DAVIDOV, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford 2016, 55 ss.

⁷⁶ Da ultimo e per tutti, F. MARTELLONI, *Lavoro, diritto e democrazia. La norma giuridica in cerca di legittimazione: rilievi critici*, Milano 2018, 16 ss.

⁷⁷ Nel cinquantenario dello Statuto dei lavoratori è doveroso almeno richiamare alla memoria il decisivo contributo riformistico di G. GIUGNI, *Idee per il lavoro*, a cura di S. Sciarra, Roma e Bari 2020.

⁷⁸ Esiste su questo, come noto, una letteratura pressoché sconfinata, di cui non è ovviamente possibile dar qui conto; basti limitare quindi i richiami a opere collettanee sufficientemente rappresentative della ricchezza del dibattito degli ultimi anni: G. DAVIDOV, B. LANGILLE (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford 2011; L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna 2014; A. SUPLOT (dir.), *Le travail au XXIe siècle. Livre du centenaire de l'Organisation internationale du travail*, Paris 2019; B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU (a cura di), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori, attori, regolazione*, Bologna 2020.

⁷⁹ M. DELMAS-MARTY, *Résister*, cit., 36-37.

l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)⁸⁰. L'orientamento di fondo dell'accordo di Marrakech è al riguardo emblematico, come ha osservato Tiziano Treu, visto che l'OMC ha "rifiutato sin dall'inizio di occuparsi di questioni attinenti alle clausole sociali nei trattati ritenendole di competenza esclusiva e separata dell'ILO": la quale, però, si è trovata a "elaborare regole, o meglio ipotesi di regole sociali, in isolamento rispetto alle dinamiche dei trattati commerciali e senza l'appoggio dei vantaggi e delle sanzioni di questi, oltre che senza la disponibilità di elementi normativi propri, a differenza di altri organismi internazionali"⁸¹.

Fu al riguardo decisiva, in piena coerenza con lo *Zeitgeist* neoliberale, forse al suo zenit in quel momento, la conferenza ministeriale dell'OMC di Singapore, del 1996, nella quale, recependo le istanze dei Paesi in via di sviluppo, venne fissato il principio della sostanziale scissione tra liberalizzazione del commercio internazionale e protezione dei diritti sociali, laddove quest'ultima non avrebbe potuto costituire un grimaldello protezionistico da parte delle economie avanzate per frustrare il vantaggio competitivo di quelle che si affacciavano al mare sconfinato del mercato globale. Fu, quello, "*a decisive setback of social conditionality as a requirement for international trade regulation*"⁸², o, come è stato autorevolmente puntualizzato, "*un véritable blocage du droit du travail lors de la conférence de Singapour*"⁸³. L'OMC, astro nascente della globalizzazione, si disinteressava dei problemi di regolazione internazionale del lavoro, lasciando alla responsabilità dell'OIL il compito di provvedervi: "*en pratique, le résultat était de bloquer la coordination potentielle entre le commerce et le droit sociaux*"⁸⁴.

La "decisione fondamentale" del nuovo ordine del commercio internazionale – per riecheggiare nuovamente la formula schmittiana, non a caso rielaborata dalle dottrine ordoliberali della costituzione economica⁸⁵ – poggia, dunque, su tale dissociazione tra libertà economiche e diritti sociali. Il che segna in buona sostanza il totale rovesciamento della

⁸⁰ Per un quadro di sintesi, al volgere del secolo (e del millennio), A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova 1999.

⁸¹ T. TREU, *Globalizzazione e diritti umani. Le clausole sociali nei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese*, in *Stato e mercato*, 2017, 7 ss., qui 8.

⁸² A. PERULLI, *Introduction*, in ID. (ed.), *Sustainable Development*, cit., 1.

⁸³ M. DELMAS-MARTY, *Le travail à l'heure de la mondialisation*, Montrouge 2013, 44.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ V. *supra*, nota 11 e testo corrispondente.

visione affermata nella Dichiarazione di Filadelfia del 1944⁸⁶, che aveva ridisegnato la missione dell'OIL prefigurando la fine della Seconda guerra mondiale nel nuovo ordine economico internazionale effettivamente dispiegatosi nel trentennio successivo⁸⁷ (e che John Gerard Ruggie ha polyanianamente definito *embedded liberalism*)⁸⁸.

L'OIL – lasciata sola – non era tuttavia, e con ogni evidenza, in grado di affrontare con mezzi adeguati le nuove sfide della globalizzazione economica. Che il ruolo dell'OIL abbia in effetti subito un graduale declino e una sorta di appannamento⁸⁹, in parallelo con il decollo della nuova globalizzazione⁹⁰, con l'entrata in vigore del nuovo sistema multilaterale di libero scambio e il successivo ingresso della Cina nell'OMC nel 2001, è osservazione sulla quale esiste ampio consenso⁹¹. Il declino è “marcato”⁹² soprattutto se lo si valuta dal punto di vista dell'adozione di *standard* minimi di carattere universale attraverso il tradizionale strumento convenzionale ed ancor più se si considera l'effettività di tale dimensione – un tempo centrale – dell'azione dell'OIL. Nelle seconda metà degli anni

⁸⁶ Così A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris 2010, 63. In senso conforme, A. PERULLI, *L'OIL*, cit., 391: “Il paradigma del primato sociale rappresentato dall'OIL nella Dichiarazione di Filadelfia viene capovolto: se in quel testo si afferma che tutti i programmi d'azione e tutte le misure assunte a livello nazionale ed internazionale, in particolare nel campo economico e finanziario, devono essere valutate in base al principio della libertà e dignità umana, oltre che della libertà e del progresso materiale di tutti gli uomini, la globalizzazione ha ristabilito il primato della valorizzazione capitalistica sui diritti umani fondamentali”.

⁸⁷ Sul suo valore “rifondativo” dell'ordine mondiale che le Potenze alleate già prefiguravano per il dopoguerra, pochi giorni prima dello sbarco in Normandia (la dichiarazione fu adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro nella sua ventiseiesima sessione il 10 maggio 1944), v., più di recente, S. MOYN, *Not Enough. Human Rights for an Unequal World*, Cambridge (Massachusetts) 2018, 89 ss., nonché A. PERULLI, *The Declaration of Philadelphia*, WP CSDL “Massimo D'Antona”.INT-143/2018.

⁸⁸ V., classicamente, J.G. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change. Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in *Int. Org.*, 1982, vol. 36, 379 ss., e più di recente ID. (ed.), *Embedding Global Markets. An Enduring Challenge*, Farnham 2008.

⁸⁹ Ma, come ricorda M. DELMAS-MARTY, *Le travail*, cit., 44, tale processo era in realtà già iniziato negli anni Ottanta.

⁹⁰ La terza, nella periodizzazione proposta da C. CROUCH, *The Globalization Backlash*, cit., 18 ss. Diversi sono invece i criteri storico-dogmatici che ispirano la notissima periodizzazione proposta da D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D.M. TRUBEK, A. SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge 2006, 19 ss.

⁹¹ Cfr. per tutti B. HEPPLE, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford – Portland 2005, 5 ss.

⁹² *Ivi*, 35.

Novanta, proprio per reagire a una condizione di crescente irrilevanza e marginalizzazione, l'OIL ha cercato di rilegittimare il proprio ruolo percorrendo strategie nuove e alternative al metodo convenzionale (e al tripartitismo)⁹³ classico, ritenute maggiormente congeniali alla natura fluida e flessibile dei nuovi processi di *governance* policentrica della globalizzazione. L'Organizzazione si è per questo essenzialmente affidata alle tecniche della *soft law* e del diritto "riflessivo"⁹⁴, anche ingegnosamente rivisitate, come dimostra emblematicamente la proclamazione, nel 1998, dei *core labour standards*⁹⁵.

L'effettiva incidenza di queste tecniche è, però, oggetto di discussione ed è quanto meno problematica⁹⁶. Il limite strutturale di tali iniziative è infatti costituito proprio dal loro carattere spiccatamente volontaristico, per cui – in assenza di un effettivo impegno da parte degli Stati nazionali – il reale impatto di questi strumenti rischia di essere estremamente ridotto. Anche le proposte che puntano ad un rilancio dell'OIL come attore centrale di un potenziale "mercato per la giustizia sociale", con un ruolo affidato ad un potenziamento delle sue "capacità persuasive" e di *moral suasion*, scontano lo stesso limite di fondo⁹⁷.

Lo si coglie, quasi *per tabulas*, da una pur succinta rassegna delle iniziative "promozionali" assunte in successione dall'OIL sulla scia dell'adozione dei *core labour standards*⁹⁸. Le tre principali iniziative assunte da allora – ovvero il lancio dell'agenda per il lavoro dignitoso (*decent work*) nel 1999; la dichiarazione del 2008 sulla globalizzazione giusta; la nuova agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile (varata nel 2015) –, se hanno l'in-

⁹³ Esso stesso, peraltro, secondo autorevoli osservatori, un fattore di freno, oggi, dell'attività dell'OIL: v. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, cit., XXXVI ss.

⁹⁴ R. ROGOWSKI, *Reflexive Labour Law in the World Society*, Cheltenham 2013, 189 ss.

⁹⁵ *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (per un'analisi della quale v. per tutti J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, Alphen aan den Rijn 2011, 99 ss.).

⁹⁶ V. da ultimo, con diverse valutazioni, T. TREU, *OIL: un secolo per la giustizia sociale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2019, 463 ss.; L. CORAZZA, *Verso un nuovo diritto internazionale del lavoro?*, ivi, 487 ss.; F. PANTANO, R. SALOMONE, *Tra free trade e protezionismo: l'importanza del sistema OIL nel nuovo ordine giuridico globale*, in *Lav. dir.*, 2019, 535 ss.; M. PERTILE, *La crisi del sistema di supervisione dell'OIL nel suo contesto: il timore è fondato, ma agitarsi non serve a nulla*, ivi, 407 ss.

⁹⁷ V. in tal senso F. MAUPAIN, *The Future of the International Labour Organization in the Global Economy*, Oxford-Portland 2013, 225 ss.

⁹⁸ Una rassegna completa è reperibile in G. CASALE, M. FASANI, *An Overview of the Main ILO Policies and Tools in the Organization of Promotional Activities on Social Rights*, in A. PERULLI (ed.), *Sustainable Development*, cit., 171 ss.

dubbio pregio della coerenza rispetto al disegno del 1998, manifestano anche, e per ciò stesso, il limite evidente di collocarsi nello stesso orizzonte concettuale, di usare, per così dire, la stessa grammatica debole delle proclamazioni di principio di obiettivi, integrati e interconnessi quanto si vuole, il cui tasso di ambizione appare, tuttavia, almeno pari alla loro magniloquente ineffettività. Ed è forte la sensazione di trovarsi davanti ad un congegno piuttosto autoreferenziale – ad un gioco di “dichiarazioni a mezzo di dichiarazioni”, se ci è consentito dir così, parafrasando un celebre titolo –, pressoché impotente di fronte alle forze prometeiche scatenate dalla mobilitazione totale del capitale globalizzato; certamente incapace di incidere concretamente sulle ingiustizie e gli squilibri più gravi che queste producono, assolvendo a quella missione di civilizzazione del mercato che è, al fondo, la ragion d’essere del diritto (internazionale) del lavoro.

5. *Diritto europeo della crisi*

La stessa Unione europea – che a livello regionale ha senza dubbio storicamente costituito l’espressione più avanzata e riuscita del compromesso dell’*embedded liberalism*⁹⁹, almeno sino alla metà degli anni Ottanta dello scorso secolo¹⁰⁰ – si è altrettanto rapidamente allontanata dal proprio originario paradigma d’intervento nel campo delle politiche sociali¹⁰¹, e rappresenta oggi il caso forse più emblematico di mutamento costituzionale del ruolo dello Stato nell’economia, in particolare nella organizzazione dei sistemi di protezione sociale e nella regolamentazione dei rapporti di lavoro¹⁰². “L’Europa – è stato osservato –, oggi, definisce la natura dei nostri sistemi sociali più delle relazioni ‘interne’ fra capitale e lavoro, sovra-determinando lo spazio giuridico-politico entro cui agi-

⁹⁹ Cfr. L. MECI, *L’Organizzazione Internazionale del Lavoro e la ricostruzione europea. Le basi sociali dell’integrazione economica (1931-1957)*, Roma 2012, 168 ss.

¹⁰⁰ V., volendo, S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, Bologna 2003 (spec. nella prima parte).

¹⁰¹ Sia di nuovo concesso il rinvio a S. GIUBBONI, *The Rise and Fall of EU Labour Law*, in *European Law Journal*, 2018, 7 ss.; ID., *On the Vanishing Functional Autonomy of European Labour Law (And Some Dangerous Counter-Movements)*, in P. KJAER (ed.), *The Law of Political Economy*, Cambridge 2020, 276 ss.

¹⁰² Cfr. solo W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, trad. it., Milano 2013; M. FERRERA, *Rotta di collisione. Euro contro welfare?*, Roma e Bari 2016.

scono le soggettività in conflitto e si attua il bilanciamento degli interessi. E pertanto, o i nuovi poteri transnazionali, situati al di fuori del quadro comunitario, vengono velocemente riannodati al progetto europeista, o gli Stati (e gli interessi organizzati che vivono al loro interno), e così pure i loro ordinamenti, sono destinati a manifestarsi sempre di più come entità cedevoli, ma non già per costituire una comunità più ampia fondata sulle tradizioni costituzionali comuni quanto piuttosto per ubbidire a impulsi eteroclitici funzionali alla regolazione del mercato”¹⁰³. Lo spazio per coltivare la legittima diversità delle forme di capitalismo democratico e dei modelli sociali nazionali – assicurato alle origini del processo integrativo e, sia pure con vincoli crescenti, ancora astrattamente preservato dal Trattato di Lisbona – è stato drammaticamente ristretto dal nuovo diritto europeo della crisi, soprattutto a scapito dei paesi “debitori” della periferia dell’eurozona¹⁰⁴.

Le istituzioni del *welfare* democratico nazionale – nella complessa ramificazione delle diverse tradizioni sociali, politiche e sindacali europee, essa stessa straordinariamente accresciuta dal grande allargamento ad Est dell’Unione – sono indubbiamente al centro della crisi europea. Il diritto europeo della crisi – come viene ormai individuato, con formula sintetica, quel complesso di misure stratificate, specie a partire dal 2011, per gestire le crisi finanziarie e in particolare la crisi dei debiti sovrani degli Stati membri – ha determinato un profondo mutamento costituzionale, che ha investito la natura, i metodi, la finalità stessa del processo integrativo, incidendo in modo decisivo sul rapporto tra costituzione economica europea e istituzioni del *welfare state* nazionale¹⁰⁵.

La nuova *governance* economica dell’Unione (e della UEM in particolare) ha stretto ancora di più la “morsa” – con effetti destabilizzanti visibili soprattutto negli Stati membri maggiormente esposti alla crisi, ma in realtà registrabili anche nei sistemi più forti, come quello tedesco¹⁰⁶

¹⁰³ B. CARUSO, G. FONTANA, *Introduzione a IDD*. (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna 2015, 7 ss., qui 8.

¹⁰⁴ Esiste una letteratura critica ormai davvero sterminata al riguardo: qui si riprendono in sintesi, anche per i necessari riferimenti, riflessioni svolte in C. JOERGES, S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 343 ss.; S. GIUBBONI, *Stato sociale, integrazione e disgregazione europea*, in P. MASALA (ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid 2018, 79 ss.

¹⁰⁵ V., tra i primi, con la consueta lucidità, A.J. MENÉNDEZ, *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión europea*, León 2012.

¹⁰⁶ Cfr. L. BACCARO, C. HOWELL, *Trajectories of Neoliberal Transformations. European*

–, assegnando una netta priorità costituzionale ai principi cardine della *Ordnungspolitik* ordoliberal (apertura del mercato e libertà di concorrenza; pareggio di bilancio e politiche di consolidamento fiscale assicurate da rigidi meccanismi sovranazionali, sia preventivi che sanzionatori; divieto generale di *bail-out* e assistenza finanziaria subordinata al rispetto di criteri di stretta condizionalità; definizione del mandato della Banca centrale, costituzionalmente del tutto indipendente, in funzione dell’obiettivo prioritario della stabilità dei prezzi). La conseguenza è che gli spazi sociali nazionali sono stati convertiti – come è stato detto – “in variabili di aggiustamento la cui funzione è quella di contribuire al raggiungimento degli obiettivi dell’Unione monetaria. Ma tale trasformazione altera l’equilibrio tra la dimensione economica e quella sociale dell’ordinamento dell’Unione europea, deformando uno dei tratti essenziali della sua identità costituzionale”¹⁰⁷.

L’ambiente macroeconomico della eurozona è, oggi, particolarmente ostile allo Stato sociale, o almeno ad alcune varianti nazionali di tale modello¹⁰⁸. Al di là dei vincoli posti dalle regole del Patto di stabilità e del *Fiscal compact*, che gravano notoriamente in modo profondamente asimmetrico sugli Stati membri in relazione principalmente al livello di *stock* di debito pubblico accumulato¹⁰⁹, la frizione di fondo opera *sub specie* di strisciante “svuotamento”¹¹⁰ dei contenuti dei processi democratici nazionali¹¹¹. Se un tempo le politiche sociali costituivano il dominio

Industrial Relations since the 1970s, Cambridge 2017, 97 ss.

¹⁰⁷ F. COSTAMAGNA, *National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU: A Critical Legal Appraisal*, in *European Law Journal*, 2018, 163 ss., qui 164. E v. anche E. CHRISTODOULIDIS, M. GOLDONI, *The Political Economy of European Social Rights*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, S. HALLIDAY (eds.), *Social Rights in Europe in an Age of Austerity*, London-New York 2018, 239 ss.

¹⁰⁸ V. M. FERRERA, *Rotta di collisione*, cit., 50 ss.

¹⁰⁹ Di qui la straordinaria fragilità della posizione italiana, che ha storicamente costruito il suo peculiare modello di “democrazia distributiva” sulla crescita esponenziale del debito pubblico, nel sostanziale fallimento dei tentativi – sperimentati con alterne fortune dal 1992 – di allineare il livello dell’indebitamento complessivo a quello previsto dai Trattati europei: cfr. L. DI NUCCI, *La democrazia distributiva. Saggio sul sistema politico dell’Italia repubblicana*, Bologna 2016, spec. 12, 50 e 101 ss. (che sviluppa l’analisi di L. CAFAGNA, *La grande slavina. L’Italia verso la crisi della democrazia*, seconda ed., Venezia 2012, 40 ss.) e da ultimo A. GRAZIOSI, *Il futuro contro. Democrazia, libertà, mondo giusto*, Bologna 2019, 117 ss.

¹¹⁰ V. l’ormai classico P. MAIR, *Ruling the Void. The Hollowing out of Western Democracy*, London 2013, nonché W. BROWN, *Undoing the Demos. Neoliberalism’s Stealth Revolution*, New York 2015.

¹¹¹ Con particolare veemenza argomentativa, P. DARDOT, C. LAVAL, *Guerra alla de-*

della *politics* democratica e delle decisioni di solidarietà distributiva di governi e parlamenti nazionali, oggi le regole della *governance* economico-finanziaria europea predeterminano le grandezze macroeconomiche e i saldi di finanza pubblica e, a cascata, inevitabilmente, una parte sempre più significativa degli stessi contenuti di tali processi “distributivi”. Ma questo vincolo – una sorta di *pre-emption* costituzionale delle decisioni di bilancio, operante peraltro, per ovvie ragioni, in maniera del tutto asimmetrica tra i Paesi dell’eurozona – rimane irriducibilmente impermeabile a qualunque tentativo di democratizzazione e di istituzionalizzazione di forme di *accountability* democratica¹¹², visto che il cuore dei processi decisionali si consuma in un inedito sistema di “federalismo esecutivo postdemocratico”¹¹³, di marca duramente intergovernativa, che marginalizza non solo i parlamenti nazionali, ma anche il ruolo dello stesso Parlamento europeo¹¹⁴. La scissione tra democrazia e potere economico sembra essere il nuovo principio di struttura del diritto sovranazionale¹¹⁵, con totale rovesciamento del paradigma costituzionale sul quale si volle rifondato, certamente in Italia, il *welfare state* democratico nel secondo dopoguerra¹¹⁶.

È peraltro la stessa “costituzione microeconomica” dell’Unione¹¹⁷ – ovvero le regole del mercato interno – ad esercitare una pressione inusitata, e parimenti trasversale, sui sistemi di *welfare* e di diritto del lavoro

mocrazia. L’offensiva dell’oligarchia neoliberista, tra. it., Roma 2016, 67 ss.; T. FAZI, W. MITCHELL, *Sovranità o barbarie. Il ritorno della questione nazionale*, Milano 2018, 135 e 169 ss.

¹¹² Per una proposta in tal senso (che, per quanto minimale, nella plumbea temperie europea è apparsa, tuttavia, subito velleitaria), v. S. HENNETTE, T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *Democratizzare l’Europa! Per un Trattato di democratizzazione dell’Europa*, trad. it., Milano 2017.

¹¹³ Per usare la formula di J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, trad. it., Roma e Bari 2011, 43 ss.; mentre C. JOERGES, *Three Transformations of Europe and the Search for a Way Out of its Crisis*, in C. JOERGES, C. GLINSKI (eds.), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance*, Oxford – Portland 2014, 25 ss., preferisce rifarsi a quella (di ascendenza helleriana) di “managerialismo autoritario”.

¹¹⁴ E.g., O. CRAMME, S.B. HOBOT (eds.), *Democratic Politics in a European Union under Stress*, Oxford 2015.

¹¹⁵ M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *Riv. AIC*, 2018, III, 1 ss., spec. 43 ss.

¹¹⁶ Ma, al di là delle ovvie differenze di storia politico-costituzionale, non si trattò – come ben noto – di vicenda solo italiana, ma propria di tutta l’Europa occidentale, del resto in competizione, in piena Guerra fredda, con quella comunista proprio sul terreno dello sviluppo economico e delle conquiste sociali. D’obbligo il rinvio a T. JUDT, *Postwar. A History of Europe since 1945*, London 2005.

¹¹⁷ Per questa nozione K. TUORI, *European Constitutionalism*, Cambridge 2015, 127 ss.

degli Stati membri. Le libertà economiche fondamentali garantite dai Trattati hanno profondamente ridisegnato le regole del gioco cui rimangono tendenzialmente assoggettati gli stessi sistemi di protezione sociale degli Stati membri, che pure mantengono un certo grado di autonomia nell'organizzazione dei rispettivi regimi in quanto deputati a perseguire obiettivi di interesse generale. Nondimeno, anche su questo piano la consacrazione del primato della libertà d'impresa¹¹⁸, con il corollario di una tendenziale costituzionalizzazione del principio della libertà contrattuale (datoriale) alla luce dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹¹⁹, incide potenzialmente in profondità sugli spazi di autonomia un tempo garantiti ai legislatori nazionali nel disegnare i regimi protettivi dei rapporti di lavoro.

Nel tentativo di una concettualizzazione unitaria dei meccanismi di governo dell'economico operanti oggi all'interno dell'Unione europea, Luca De Lucia ha fatto ricorso alle categorie foucaultiane del "pastorato" e del "disciplinamento"¹²⁰. La figura del pastorato appare particolarmente adatta a descrivere la logica operativa del nuovo diritto europeo della crisi, nella sua pretesa totalizzante a farsi precetto minuto e quotidiano dei comportamenti virtuosi di ogni singola unità (in primo luogo statale) operante nel sistema. Il pastorato condensa infatti "un insieme di tecnologie incentrate su un regime di verità, finalizzate ad assistere, persuadere e indirizzare le condotte di coloro che vi sono assoggettati in vista della loro stessa salvezza"¹²¹. La dimensione più coercitivo-imperativa del disciplinamento – pure esaltata dalle regole della nuova *governance* dell'Unione – ha ragione di intervenire solo ove uno Stato si discosti dallo (o addirittura osi mettere in discussione lo) specifico regime di verità introiettato dal sistema, contestando la pretesa di "veridizione" del mercato¹²².

¹¹⁸ Cfr. C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna 2015, 157 ss.

¹¹⁹ V. in particolare le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea nelle cause C-426/11, *Alemo-Herron*, e C-201/15, *AGET Iraklis* (su cui, *si vis*, S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Milano 2017, 55 ss.).

¹²⁰ L. DE LUCIA, "Pastorato" e "disciplinamento" nella *governance economica europea. Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 867 ss.

¹²¹ *Ivi*, 882.

¹²² M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, trad. it., Milano 2005, 35 ss., il quale riferisce all'ordoliberalismo tedesco la più compiuta espressione di tale concezione. Sono infatti gli ordoliberali tedeschi a chiedere "all'economia di mercato di fungere, di per sé, non tanto da principio di limitazione dello stato, bensì da principio di regolazione interna dello stato, in tutta l'estensione della sua esisten-

6. *Proclamazione e dissolvenza dei diritti sociali in Europa*

Diventa allora agevole, su queste premesse, comprendere le ragioni di fondo – strutturali – che hanno impedito alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e più in generale alle carte che affollano (non di rado sovrapponendosi e intersecandosi) lo spazio giuridico dell’Europa contemporanea, di mantenere le tante promesse suscitate sin dalla solenne proclamazione fattane a Nizza all’alba del nuovo millennio¹²³. Il processo di “costituzionalizzazione” dei diritti sociali al livello dell’ordinamento euro-unitario – culminato con l’attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei trattati (art. 6 TUE) – non è infatti, con ogni evidenza, riuscito a garantire il risultato più rilevante per il quale era stato immaginato, vale a dire ridurre la storica asimmetria tra logica del mercato integrato e protezione (anche) sovranazionale dei diritti di “solidarietà”¹²⁴.

Non è un caso che le istituzioni sovranazionali abbiano avvertito l’esigenza di rilanciare almeno simbolicamente la dimensione sociale dell’Unione con la solenne proclamazione inter-istituzionale di un Pilastro europeo dei diritti sociali in occasione del vertice di Göteborg del novembre 2017: una sorta di pubblica manifestazione di attaccamento ai valori sanciti dal titolo IV della Carta di Nizza che suona, però, al contempo, come confessione del loro tradimento nei fatti negli anni della lunga crisi dell’Unione. Un atto di impegno solenne (ancorché non vin-

za e della sua azione. In altri termini, invece di accettare una libertà di mercato, definita dallo stato e mantenuta in qualche modo sotto sorveglianza statale [...], gli ordoliberali sostengono che bisogna rovesciare interamente la formula e porre la libertà di mercato come principio organizzatore e regolatore dello stato, dall’inizio della sua esistenza sino all’ultimo dei suoi interventi. Detto altrimenti: uno stato sotto la sorveglianza del mercato, anziché un mercato sotto la sorveglianza dello stato” (108). La preveggenze lezione di Foucault è ripresa e sviluppata – con una riproposizione aggiornata della comparazione tra neoliberalismo nordamericano e ordoliberalismo tedesco (che proprio nelle regole della *governance* economica europea trovano un significativo punto d’incontro) – da M. DE CAROLIS, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Macerata 2017, 48 ss. V., altresì, J.L. VILLACAÑAS BERLAGA, *L’ultima neutralizzazione. L’ordoliberalismo e Foucault*, in *Fil. pol.*, 2019, 103 ss.

¹²³ Cfr. A. LO FARO, *L’Europa sociale senza la Carta. L’Europa sociale oltre la Carta?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, 761 ss.

¹²⁴ V. pure S. GARBEN, *The Constitutional (Im)balance between “the Market” and “the Social” in the European Union*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, 23 ss.; S. ROBIN-OLIVIER, *Fundamental Rights as a New Frame: Displacing the Acquis*, *ivi*, 2018, 96 ss.; A.C.L. DAVIES, *How Has the Court of Justice Changed its Management and Approach towards the Social Acquis?*, *ivi*, 154 ss.

colante sul piano giuridico) e, insieme, una pubblica manifestazione di impotenza, essendo subito apparso palese, almeno a chi scrive¹²⁵, come da una tale estemporanea iniziativa non potesse sortire – salvo naturalmente qualche aggiustamento al margine – alcun effettivo riequilibrio tra dimensione economica e dimensione sociale dell'integrazione europea.

Nell'eludere la questione di fondo della riforma della *governance* economico-finanziaria dell'Unione come asimmetricamente ridisegnata dal *Fiscal Compact*, il Pilastro, d'altra parte, assai difficilmente potrà avere un qualche influenza (oltre, appunto, che sulle politiche) sugli stessi orientamenti della Corte di giustizia. Quest'ultima, peraltro, ha più recentemente dato qualche timido segnale di temperamento del rigido dogmatismo neoliberale che ha dominato l'intera sua giurisprudenza della crisi, a partire dalle famose sentenze *Laval* e *Viking* della fine del 2007¹²⁶. Con le recenti sentenze *Florescu*¹²⁷ e *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*¹²⁸, la Corte di giustizia sembra aver almeno parzialmente ridimensionato l'orientamento che sino a ieri escludeva, in pratica, la possibilità di sindacare alla stregua dei parametri rivenienti dai diritti fondamentali garantiti dall'Unione misure sociali restrittive adottate dagli Stati membri nell'ambito di politiche di consolidamento fiscale “negoziate” con le (ma *de facto* imposte dalle) istituzioni sovranazionali. Ma è bene rammentare che si tratta di orientamenti ancora molto timidi, facilmente superabili non appena dovesse esigerlo la *Realpolitik*, e che le ragioni di fondo della asimmetria costituzionale tra logica del mercato (libertà economiche e istanze “pastorali” o “disciplinari” di consolidamento fiscale) e diritti sociali non sono realmente affrontate dal Pilastro proclamato a Göteborg, che sembra per contro pensato piuttosto per eluderle (a garanzia di uno *status quo* reputato fondamentalmente vantaggioso dal blocco dei paesi “creditori” guidato dalla Germania).

In mancanza di politiche sociali sovranazionali, il difficile compito di fornire le necessarie risposte di protezione sociale senza scardinare i meccanismi di integrazione – nel mercato interno come in quello globale – è, dunque, ancora una volta, rimesso allo Stato. Ma poiché ciò genera

¹²⁵ S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 2017, 909 ss.; ID., *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 2018, 557 ss.

¹²⁶ Cause C-341/05 e C-438/05. Esiste come ben noto un'ampia letteratura (per lo più critica) su queste sentenze: v. per tutti M. FREEDLAND, J. PRASSL (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, Oxford-Portland 2016.

¹²⁷ Causa C-258/14.

¹²⁸ Causa C-64/16.

inevitabili tensioni tra le due opposte logiche, è inevitabile che, per svolgere la propria funzione di protezione sociale, almeno entro certi limiti lo Stato debba riaffermare istanze di chiusura contro la logica della concorrenza e della competizione regolativa nel mercato aperto. Il “trilemma della globalizzazione” – come ha dimostrato Dani Rodrik¹²⁹ – non offre soluzioni alternative: se non si intendono sacrificare del tutto i principi fondamentali di democrazia politica e si vuole ad un tempo preservare l'autodeterminazione degli Stati, è necessario che questi ultimi reintroducano (o mantengano, dove ancora non hanno abdicato al potere di stabilirli, come in materia di immigrazione per motivi economici alla stregua del diritto internazionale generale) dei limiti alla libertà di circolazione dei “fattori produttivi” (merci, capitale e – inevitabilmente – lavoro).

Lo stesso diritto euro-unitario – nella sostanziale impossibilità per l'Unione di garantire *standard* minimi comuni agli ormai ventisette Stati membri – si è visto costretto a riconoscere spazi maggiori per la legittima protezione dei mercati (e, in definitiva, degli ordinamenti) del lavoro nazionali contro il gioco della competizione regolativa e del *dumping* salariale alimentato dal dispiegarsi delle libertà economiche nel mercato interno dei servizi. La recente direttiva 2018/957/UE, di revisione della direttiva 96/71/CE in tema di distacco nell'ambito di una prestazione di servizi, nel ristabilire un obbligo di tendenziale parità di trattamento retributivo nei confronti dei lavoratori distaccati, ripristina a ben vedere – almeno in parte – una sorta di “scudo protettivo” del diritto del lavoro nazionale contro la concorrenza al ribasso sul costo del lavoro nel mercato interno¹³⁰. Ma si tratta di spazi di protezione – e se si vuole di istanze protezionistiche, visto che i sistemi di solidarietà collettiva vengono qui per l'appunto invocati come scudo protettivo contro la concorrenza regolativa e il *dumping* salariale transnazionale¹³¹ – che si espongono a immediate contestazioni in nome del libero esercizio della prestazione dei servizi e della libertà d'impresa nel mercato unico¹³². Come sta avvenendo proprio nel caso della nuova direttiva sul distacco, contro la cui revisione ha difatti subito presentato ricorso per annullamento l'Ungheria¹³³,

¹²⁹ D. RODRIK, *The Globalization Paradox*, cit., 184 ss.

¹³⁰ Si rinvia a S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, 907 ss.

¹³¹ S. GIUBBONI, *La solidarietà come “scudo”. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 2018, 585 ss.

¹³² Cfr. G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano 2013.

¹³³ V. il ricorso proposto il 2 ottobre 2018 dall'Ungheria nei confronti del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea (causa C-620/18).

la democrazia illiberale che con la Polonia ha maggiormente beneficiato dell'allargamento deregolato e che infatti rappresenta una posizione largamente condivisa dai paesi dell'Europa dell'Est.

7. Attori collettivi transnazionali

Nella crescente frammentazione dei regimi internazionali¹³⁴, il tentativo di frappare limiti sociali, a tutela dei diritti dei lavoratori, alla invadenza del gioco competitivo globale non si svolge peraltro soltanto – e con le difficoltà rilevate – al livello degli Stati. Anche gli attori collettivi che si muovono nella dimensione transnazionale – federazioni sindacali internazionali, comitati aziendali istituiti nelle grandi imprese multinazionali (europee), organizzazioni non governative – hanno da tempo messo in campo strategie volte a contrastare le conseguenze deteriori e più deleterie della concorrenza globale, per promuovere – dal basso e in forma reticolare – una embrionale dimensione sociale della globalizzazione. Tali strategie soffrono, tuttavia, com'è intuibile, di limiti ancor più penetranti, anzitutto sul piano della effettività, di quelli che affliggono l'azione degli Stati.

La stessa contrattazione collettiva transnazionale – che pure ha conosciuto in questi anni un certo sviluppo grazie al sostegno indirettamente derivante dalla direttiva sui comitati aziendali europei – costituisce fenomeno a ben vedere ancora marginale¹³⁵, che non riesce – allo stato – ad arricchire con contenuti di tutela effettivamente innovativi le pratiche di “responsabilità sociale” delle imprese multinazionali: esse stesse, peraltro, il più delle volte di assai discutibile rilievo effettivo, quando non si risolvano in un mero “travestimento della realtà”¹³⁶. L'elemento di mag-

¹³⁴ M.R. FERRARESE, *Il diritto internazionale come scenario di ridefinizione della sovranità degli Stati*, in *Stato e mercato*, 2017, 79 ss.

¹³⁵ Cfr. ora F. GUARRIELLO, C. STANZANI (a cura di), *Sindacato e contrattazione nelle multinazionali. Dalla normativa internazionale all'analisi empirica*, Milano 2018.

¹³⁶ K. SISSON, P. MARGINSON, *Soft Regulation – Travesty of the Real Thing or New Dimension?*, ESRC Sussex European Institute Working Paper, 32/01. È S. ZAMAGNI, *Responsabili. Come civilizzare il mercato*, Bologna 2019, 99 ss., a parlare di un sostanziale fallimento della responsabilità sociale d'impresa e a ricordare come, “fino a che resterà in auge il mito della massimizzazione del valore per l'azionista – un mito che continua a essere alimentato da una non sempre disinteressata letteratura economica, oltre che da sempre più influenti agenzie di consulenza – la RSI non riuscirà ad andare oltre il richiamo consolatorio ai criteri ESO (*Environment, Social, Governance*) e ai 17 obiettivi dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite” (103). Per un riepilogo delle principali questioni

gior debolezza rimane la dimensione fondamentalmente volontaria – cioè non vincolante, opzionale, quando non meramente ottativa e aspirazionale – dei contenuti degli accordi collettivi transnazionali, come già dei codici di condotta delle imprese multinazionali¹³⁷. Ed è significativo che le proposte volte a introdurre un quadro giuridico vincolante, seppure solo opzionale, per dare a tali accordi una maggiore effettività¹³⁸, abbiano incontrato una accoglienza e un sostegno piuttosto blandi da parte della stessa Confederazione europea dei sindacati, dimostrandosi insufficienti a contrastare la decisa (e decisiva) opposizione “di principio” delle organizzazioni datoriali.

Non si può del resto sottacere che il limite principale – il limite strutturale, diremmo nuovamente – di tali incipienti forme di traslazione sul piano transnazionale di pratiche, per quanto minimali e solo embrionali, di contrattazione collettiva sia costituito dall’assenza (o comunque dall’oggettiva difficoltà di emersione) di un vero e proprio interesse collettivo unitariamente articolabile a tale livello. Non è un caso che a manifestare un qualche segnale di vitalità siano essenzialmente le pratiche negoziali che si svolgono a livello dei gruppi multinazionali in cui sono attivi i comitati aziendali previsti dalla direttiva 2009/38/CE (di rifusione della originaria direttiva 94/45/CE). La contrattazione collettiva di settore – che pure gode da oltre trent’anni del sostegno istituzionale della Commissione europea, in forza di previsioni normative che il Trattato di Lisbona ha, almeno sulla carta, persino potenziato – rimane fenomeno sostanzialmente asfittico, la cui resilienza è stata peraltro messa a dura prova dal perdurare della crisi economica¹³⁹.

giuridiche v., più di recente, G. CONTE, *L'impresa responsabile*, Milano 2018; A. PERULLI (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese. Idee e prassi*, Bologna 2013.

¹³⁷ Per uscire da una siffatta dimensione – e restituire effettività (e coercibilità) agli impegni al rispetto dei diritti umani e degli *standard* fondamentali in materia di protezione dei lavoratori –, si rivela alla fine sempre necessario l’intervento dello Stato, come dimostra ad es. la recente legge francese relativa alla vigilanza sulle imprese multinazionali (*Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, n. 2017-399, del 27 marzo 2017); sulla quale v. A. ADDANTE, *Obblighi di due diligence per le imprese multinazionali francesi nel difficile bilanciamento tra profitto e responsabilità*, in *Dir. comp.* (<http://www.diritticomparati.it>), del 22 giugno 2017.

¹³⁸ Cfr. S. SCIARRA, M. FUCHS, A. SOB CZAK, *Verso un quadro giuridico per gli accordi transnazionali d'impresa. Rapporto alla Confederazione europea dei sindacati*, in *Quad. rass. sind.*, 2014, 153 ss., e in precedenza E. ALES *et al.*, *Transnational Collective Bargaining. Past, Present and Future*, Bruxelles 2005.

¹³⁹ Cfr. S. GIUBBONI, *L'Unione europea e le relazioni sindacali: un bilancio critico*, in *Studi integr. eur.*, 1/2019, 59 ss.

D'altra parte, è l'intera impalcatura istituzionale dell'Unione europea a rivelare un *deficit* decisivo, che costituisce anzi la più vistosa contraddizione rispetto a molti ordinamenti costituzionali degli Stati membri¹⁴⁰. L'articolo 153, par. 5, del TFUE continua infatti ad escludere espressamente dalla competenza unionale in materia di politica sociale le retribuzioni, il diritto di associazione, lo sciopero e la serrata, vale a dire il "nucleo duro" di qualunque sistema di relazioni sindacali. Nonostante la previsione contenuta nell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali, infatti, "un ostacolo istituzionale all'affermarsi della contrattazione comunitaria è rappresentato dalla incertezza dello statuto giuridico europeo dello sciopero"¹⁴¹.

Tale contraddizione – nel dissociare il conflitto collettivo dalla contrattazione (come avvenuto paradigmaticamente nei casi *Laval* e *Viking*) – potrà pure essere ritenuta coerente con l'idea, dominante oggi nel disegno costituzionale dell'Unione, che il sindacato sia null'altro che uno *stakeholder*, al pari di altri attori collettivi, del complesso sistema di *governance* (tecnocratica e post-democratica) cui è affidato il compito di gestire l'integrazione economico-finanziaria, garantendone il corretto funzionamento "conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza" (art. 119 del TFUE). Ma quest'idea – di un "governo senza regole o senza diritto, o meglio di governo mediante *soft law*, vale a dire mediante provvedimenti o *standards* manageriali o aziendali opportunisticamente o strumentalmente legati al raggiungimento di un risultato, *Zweckorientiert*, non vincolati a principi o valori normativi"¹⁴² – ci appare fundamentalmente incompatibile con l'essenza stessa della contrattazione collettiva, che è espressione di autonomia negoziale e quindi di libertà sociale¹⁴³; e in definitiva spiega il sostanziale fallimento del tentativo, per come si è svolto sino ad oggi, di incoraggiarne lo sviluppo oltre i confini degli Stati nazionali.

¹⁴⁰ "A contradiction at the heart of the Community": LORD WEDDERBURN, *Employment Rights in Britain and Europe*, London 1991, 332-333. V. anche S. SCIARRA, *Social Values and the Multiple Sources of European Social Law*, in *European Law Journal*, 1995, 60 ss., spec. 78.

¹⁴¹ T. TREU, *La contrattazione collettiva in Europa*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 371 ss., qui 397.

¹⁴² M. LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali storia cult. giur.*, 1/2017, 31 ss., qui 33.

¹⁴³ Non è possibile non richiamare almeno un classico che ha profondamente influito sulla cultura giussindacale non soltanto italiana: v. G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano 1960.

8. *Una parziale conclusione*

Come ha recentemente ricordato Tiziano Treu, la proiezione delle norme di diritto del lavoro oltre i confini nazionali “trova un limite di efficacia nel fatto che gli strumenti di definizione e di implementazione delle regole dipendono ancora dalla autorità e dai poteri statali”¹⁴⁴. Ciò è particolarmente vero per la principale forma in cui, negli ultimi anni, si è più seriamente tentato, ancorché con scarsi risultati concreti, di ripristinare una qualche condizionalità sociale nei confronti della libertà dei commerci internazionali. Le clausole sociali diffuse dalla fine degli anni Novanta nei trattati di libero scambio – sia in quelli bilaterali sia, in varia guisa, in quelli multilaterali – poggiano, infatti, in definitiva, sulla volontà e l’autorità degli Stati (del mondo liberaldemocratico) di esigere il rispetto quanto meno dei *core labour standards*¹⁴⁵. E questo vale naturalmente *a fortiori*, stante il carattere unilaterale della misura, per le condizionalità sociali stabilite nei sistemi di preferenze generalizzate, che – sia pure in modi e soprattutto con intendimenti politici sensibilmente diversi – sia gli Stati Uniti d’America che l’Unione europea adottano, da tempo, nelle loro relazioni commerciali con i Paesi in via di sviluppo¹⁴⁶.

La conclusione tendenzialmente generale cui si deve pervenire, allora, è che “l’azione degli Stati è importante, anzi necessaria, per fronteggiare gli effetti negativi che una globalizzazione non regolata può avere sulle condizioni di vita e sulla stessa identità dei cittadini. Non aver fatto abbastanza per proteggere i cittadini e i lavoratori, specie quelli che sono

¹⁴⁴ T. TREU, *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, IT/371-2018, 21.

¹⁴⁵ In realtà, le clausole sociali che figurano sempre più frequentemente nei trattati di liberalizzazione commerciale variano molto tra di loro, in termini di contenuti sostanziali, grado di prescrittività, strumenti di attuazione e di eventuale *enforcement*, e così via. Per un quadro d’insieme v. J. BELLACE, *The Link Between Trade and Social Clauses*, in A. PERULLI (ed.), *Sustainable Development*, cit., 57 ss., e T. TREU, *Globalization and Human Rights*, cit., 100 ss., che sottolineano la complessiva debolezza di questo strumento, soprattutto per la vaghezza delle enunciazioni – formulate per lo più con linguaggio non sufficientemente prescrittivo (e, dunque, in buona sostanza, senza conferire diritti azionabili a lavoratori e sindacati) – e l’assenza di adeguati strumenti di implementazione e sanzione. Una valutazione maggiormente positiva, almeno in linea evolutiva e prospettica, è al riguardo offerta da A. PERULLI, *The Perspective of Social Clauses in International Trade*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, IT/147-2018.

¹⁴⁶ Cfr. M. WEISS, *The EU Generalised Scheme of Preferences and the Special Incentive Arrangement for Sustainable Development and Good Governance*, in A. PERULLI (ed.), *Sustainable Development*, cit., 121 ss.

stati definiti i perdenti della globalizzazione, ha alimentato le proteste e le reazioni popolari di stampo populista e nazionalista, diffuse in molti paesi e che si sono scaricate sulla politica”¹⁴⁷.

Occorre anzi avere l’onestà di riconoscere che l’aver sottovalutato queste diffuse e motivate istanze di protezione sociale è stato un errore fatale per la sinistra, che deve a questa grave responsabilità buona parte delle ragioni del suo tracollo in tutta Europa (come altrove in Occidente, con ogni evidenza)¹⁴⁸. Non sbaglia, allora, chi – invocando un riformismo autentico e radicale (un “populismo di sinistra”)¹⁴⁹ – indica nel ribaltamento del paradigma neoliberalista la via maestra per ripensare la globalizzazione in una prospettiva di giustizia e progresso sociale¹⁵⁰. Ciò a partire da una riscoperta delle virtù rimosse del conflitto sociale¹⁵¹, fenomeno quasi tabuizzato dalla logica – sotto questo profilo schiettamente antidemocratica – della *governance* economica europea¹⁵². La macchina governamentale europea è innegabilmente pensata per neutralizzare il conflitto distributivo (tra Stati membri, regioni, e in definitiva tra gruppi e categorie sociali), erigendo una fitta trama di vincoli tecnici e regole numeriche – eppure intensamente caratterizzare sul piano politico-ideologico nel favorire gli interessi (nazionali ed economici) dominanti – aventi la pretesa di predeterminare gli esiti di quel conflitto, consentendolo solo sulle scelte che si situano al suo margine¹⁵³. Ma è, più in generale, la dinamica della globalizzazione ad aver spiazzato le forme tradizionali di rivendicazione e conflitto collettivo.

¹⁴⁷ T. TREU, *Trasformazioni del lavoro*, cit., 22. E v. da ultimo anche ID., *OIL*, cit., 482, ove si ribadisce che “il ruolo degli Stati nazionali è decisivo per garantire una maggiore effettività delle regole internazionali, *in primis* sancendone l’effettivo rispetto nei propri ordinamenti giuridici, con gli strumenti propri di ogni ordinamento giuridico e, seguendo le proposte di Supiot, anche pretendendone il rispetto da parte dei propri *partner* commerciali”.

¹⁴⁸ Lo riconosce ora senza infingimenti A. OCCHETTO, *La lunga eclissi. Passato e presente del dramma della sinistra*, Palermo 2018.

¹⁴⁹ C. MOUFFE, *For a Left Populism*, London 2018.

¹⁵⁰ V. ad es., in Italia, G. FONTANA, *Il lavoro precario e il suo diritto. Un’introduzione critica*, Napoli 2019, 175 ss.

¹⁵¹ Del conflitto sociale, come forma più ampia e comprensiva di quello propriamente collettivo, e dunque oltre il perimetro e la capacità di mobilitazione dei sindacati, indubbiamente indebolitasi in questi anni: cfr. G. ORLANDINI, *Conflitto collettivo*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. IX, 2016, 95 ss.

¹⁵² Cfr. A. GUAZZAROTTI, *La subordinazione degli Stati*, cit., 390, e A. SOMMA, *Verso il postdiritto?*, cit., 90 ss.

¹⁵³ Cfr. A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres. Course au Collège de France (2012-2014)*, Paris 2015, 243 ss.

È necessario allora esplorare forme nuove – volte a ripristinare una capacità di azione collettiva estesa oltre i confini nazionali e in certo modo socialmente trasversale – come ad esempio quella (suggerita da Supiot) di “*formes d’action collectives ternaires, qui mobilisent aussi les consommateurs ou les investisseurs et sont une arme adaptée aux formes actuelles d’exercice de la liberté d’entreprendre. Et ouvrir ainsi largement la palette d’actions collective internationales, susceptibles de faire contrepoids à la libre circulation des marchandises et de capitaux*”¹⁵⁴. Le recenti azioni di sciopero contro Ryanair, efficacemente coordinate a livello europeo, segnalano le potenzialità del conflitto collettivo in Europa, pur a fronte della ambiguità e della rilevata debolezza del quadro normativo sovranazionale¹⁵⁵.

Se è necessario allargare i confini delle forme di solidarietà collettiva¹⁵⁶, costruendo una capacità di azione transnazionale virtualmente simmetrica alla apolidia e alla illimitata libertà di movimento di imprese e capitali, occorre però anche avere la consapevolezza delle grandi difficoltà e – nuovamente – dei limiti strutturali che condizionano siffatta prospettiva. Immaginare di ripristinare a livello sovranazionale, anche soltanto in Europa, e ancor più sul piano d’una utopistica *governance* globale, una effettiva capacità di controllo sociale e democratico dei mercati, senza investire di questa missione fondamentale in primo luogo le istituzioni dello Stato nazionale, sarebbe semplicemente sbagliato, prima che illusorio. Come ha efficacemente osservato Dani Rodrik, “*the problem with hyperglobalization is not just that it is an unachievable pipe dream susceptible to backlash – after all, the nation-state remains the only game in town when it comes to providing the regulatory and legitimizing arrangements on which markets rely*”¹⁵⁷.

Occorre allora ripartire dall’assunto che gli Stati nazionali “*have the right to protect their own regulations and institutions*”¹⁵⁸. Evocare lo spettro del protezionismo sarebbe sbagliato: non si tratta di proteggere i sistemi economici nazionali mettendo in crisi il commercio internazio-

¹⁵⁴ A. SUPIOT, *L’esprit de Philadelphie*, cit., 141.

¹⁵⁵ Cfr. G. CALVELLINI, G. FROSECCHI, M. TUFO, *The Ryanair Case in the Italian and European Framework: Who Decides the Rule of the Game?*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT-148/2019.

¹⁵⁶ Cfr. S. SCIARRA, *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge 2018, 91 ss.

¹⁵⁷ D. RODRIK, *Straight Talk on Trade*, cit., 13.

¹⁵⁸ Ivi, 224.

nale¹⁵⁹, ma – più al fondo – di riaffermare quella pretesa di controllo democratico dei mercati che è stata (e deve tornare a essere) la *raison d'être* delle democrazie costituzionali occidentali nel secondo dopoguerra¹⁶⁰. Ciò va oltre la questione dell'utilizzo di misure *anti-dumping*: “*the fairness argument extends beyond the dumping arena*”¹⁶¹.

Anche tra gli studiosi di diritto del lavoro non sono mancate proposte in tal senso. Secondo Alain Supiot, per lo meno la violazione dei *core labour rights* sanciti nella dichiarazione OIL del 1998, applicabili in forza della sola appartenenza all'Organizzazione, già legittimerebbe gli Stati membri ad adottare contromisure commerciali, come la sospensione degli eventuali trattamenti preferenziali o dei vantaggi pattuiti nei trattati di liberalizzazione¹⁶². L'argomento che potremmo chiamare della qualità sociale e democratica della globalizzazione esige, infatti, che gli Stati democratici debbano avere il potere di preservare la propria autonomia, non essendo accettabile che essa possa essere limitata – nella competizione economica internazionale – a vantaggio di sistemi che non rispettano i principi democratici e i diritti fondamentali dei lavoratori.

¹⁵⁹ Va rammentato che la grande ascesa della Cina come potenza industriale e commerciale ha potuto contare su un sistema di politiche protezionistiche e neomercantilistiche, ancora oggi pienamente operante in quel sistema di capitalismo di Stato a partito unico (D. RODRIK, *Straight Talk on Trade*, cit., 135). E che – guardando alla iper-globalizzazione europea – lo straordinario successo della Germania come potenza esportatrice non sarebbe stato possibile (di certo non nelle dimensioni che ha avuto, specie dopo il 2009) senza una costituzione macroeconomica ritagliata su misura degli interessi di quel Paese. In particolare, come spiega ad es. M. MINENNA (*Il non detto sul surplus della Germania*, ne *Il Sole 24 Ore* di domenica 10 febbraio 2019), il gigantesco avanzo commerciale tedesco, in crescita costante a dispetto delle canzonatorie previsioni contenute in merito nel *Six-Pack*, non sarebbe stato possibile, in questi anni, senza il doppio relevantissimo vantaggio competitivo derivante da una “germanizzazione dei tassi di interesse (cioè la convergenza dei tassi dei vari paesi membri verso quelli tedeschi)” e da “un’italianizzazione dei tassi di cambio per l’economia tedesca”, che le ha permesso “di operare con una valuta molto meno forte del marco per via della commistione con valute deboli come la lira”.

¹⁶⁰ Cfr. W. STREECK, *Taking Back Control? The Future of Western Democratic Capitalism*, in *Efil Journal of Economic Research*, 2018, vol. 1, n. 3, 30 ss.

¹⁶¹ Ancora D. RODRIK, *Straight Talk on Trade*, cit., 229.

¹⁶² Cfr. A. SUPIOT, *What International Social Justice in the XXI Century?*, in R. BLANPAIN, F. HENDRICKX, D.A. DU TOIT (eds.), *Labour Law and Social Progress*, Bulletin of Comparative Labour Relations n. 92, Alphen aan den Rijn 2016, 1 ss. Ma v. al riguardo le considerazioni critiche di A. PERULLI, *L'OIL*, cit., 399, che auspica un potenziamento delle misure sanzionatorie associate alle clausole sociali e prospetta semmai la possibilità di fare ricorso alle eccezioni generali di cui all'art. XX del GATT.

È quindi dallo Stato nazionale che occorre ripartire per immaginare un diritto del lavoro oltre i suoi confini.

9. *Postilla: pandemia e de-globalizzazione*

Mentre si aggiornano queste note, composte originariamente alla fine del 2018, la globalizzazione ha assunto le sembianze terrificanti della pandemia. Dal focolaio di Wuhan il Covid-19 ha diffuso le sue spire mortali su tutto il pianeta, ed i Paesi maggiormente colpiti si trovano ormai nell'emisfero occidentale: Stati Uniti d'America e Italia, purtroppo, tra i primi, con migliaia di vittime. Con le maggiori economie del mondo semiparalizzate dall'emergenza sanitaria, si annuncia con certezza la più grande recessione globale dalla fine della Seconda guerra mondiale, con una caduta verticale del prodotto interno lordo che soltanto negli Stati Uniti ha sinora generato, in poco più di un mese, milioni di disoccupati¹⁶³.

Sono in molti a intravedere in ciò il punto di svolta di un processo di de-globalizzazione, che è ormai da tempo in atto e che negli ultimi anni ha portato al fallimento dei grandi negoziati multilaterali per il libero scambio, a partire da quello più ambizioso di tutti, grazie al *de profundis* intonato dall'amministrazione Trump, appena eletta, per il TTIP¹⁶⁴. La ristrutturazione dell'ordine economico internazionale è stata già avviata dall'amministrazione americana in una logica di contenimento della potenza cinese. Le misure protezionistiche – dirette prioritariamente a contenere le esportazioni cinesi¹⁶⁵ – si sono peraltro intensificate nel corso del 2019, estendendosi anche verso l'Europa, dove cresce il *surplus* commerciale tedesco, favorito com'è dalla costituzione macroeconomica dell'Unione. In tale nuovo scenario, le grandi agenzie della globalizzazione, propellitrici delle dinamiche commerciali multilaterali, a partire dalla OMC, hanno sperimentato un rapido ridimensionamento della loro funzione¹⁶⁶.

¹⁶³ J.L. SHAPIRO, *La Cina presenta agli USA il conto della globalizzazione*, in *Limes*, 3/2020, 143 ss.

¹⁶⁴ Sul quale era peraltro fiorita un'assai spensierata e ottimistica pubblicistica (v. ad es. M. FAIOLI, *Atlantic Transitions for Law and Labor: CETA First and TTIP Second?*, in A. PERULLI, ed., *Sustainable Development*, cit., 71 ss.).

¹⁶⁵ Fa il punto B.P. AMICARELLI, *L'arte della guerra (commerciale) alla Cina: offensive cinesi e difese occidentali*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, 2018 ss.

¹⁶⁶ V. ad es. le analisi di G. SACERDOTI, *Lo stallo dell'Organizzazione Mondiale del*

La pandemia si è dunque abbattuta su un quadro già in forte sofferenza ed è con ogni probabilità destinata ad accelerare il processo di de-globalizzazione, spingendo gli Stati occidentali a incentivare la re-importazione all'interno dei propri confini di una serie di attività produttive che si rivelano vitali in contingenze critiche della interdipendenza economica internazionale¹⁶⁷. Non sorprende, quindi, che chi invoca invano risposte globali e coordinate alla pandemia si trovi di fronte ad una cacofonia di reazioni uguali e contrarie, improntate alla erezione di barriere e difese nazionali attraverso cui lo Stato "salvatore" ritrova il suo antico ruolo di protezione della vita e della sicurezza dei suoi cittadini, in tendenziale solitudine.

L'Unione europea, divisa come mai è accaduto nella sua storia nonostante l'insopportabile retorica della solidarietà, mostra i segni più evidenti di fratture che minacciano direttamente la stessa tenuta del processo di integrazione. Si confrontano al momento in Europa tendenze – e forze – contrapposte: da un lato, v'è la percezione, persino nel Governo tedesco, che solo un rilancio del processo integrativo attraverso un credibile sostegno comune alla ripresa economica continentale possa salvare l'Unione dalla sua auto-dissoluzione (e dalla rottura dell'eurozona, in particolare); dall'altro, v'è il riemergere prepotente di istanze contrarie a qualunque ipotesi di mutualizzazione dei rischi economico-finanziari, in una logica essenzialmente volta a preservare la vigente gerarchizzazione degli interessi tra Paesi "creditori" e "debitori". Commissione e BCE – dopo un iniziale e pericoloso tentennamento – sembrano essersi unite intorno alla prima visione, che trova nella Francia, con il sostegno dell'Italia, il suo principale punto di ancoraggio politico; ed è forse la tardiva consapevolezza che un almeno parziale riequilibrio dell'asse franco-tedesco, visibilmente sbilanciato in questi anni a favore della Germania, è oggi inevitabile e non procrastinabile, ad aver probabilmente spinto nelle ultime settimane *Kanzlerin* Merkel a significative aperture sull'ampiezza delle risorse del *recovery fund* e sul fatto che esse – per una parte non modesta – dovranno realizzare una qualche forma di distribuzione di tipo mutualistico. La seconda, sostenuta oggi con spregiudicatezza soprattutto

Commercio davanti alla sfida di Trump: difficoltà passeggiare o crisi del multilateralismo?, in *Dir. pubbl. eur. comp.*, 2018, n. 1, V ss.; ID., *Sopravviverà l'Organizzazione Mondiale del Commercio alla sfida di Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un "global public good" da difendere*, ivi, 2019, 685 ss.

¹⁶⁷ Sono già molte le analisi in questa direzione: v. ad es. M. GERVASONI, T. OCONE, *Coronavirus: fine della globalizzazione*, Milano 2020.

to da Paesi Bassi e Austria, ha ricevuto a ben vedere il suo più autorevole e insidioso sostegno dalla decisione del 5 maggio 2020 del *Bundesverfassungsgericht* sui limiti di legittimità del programma di *quantitative easing* già messo in atto dalla BCE in risposta alla crisi precedente¹⁶⁸.

Le posizioni e le forze in campo sono, dunque, sufficientemente delineate: la linea del possibile compromesso politico resta, invece, quanto mai incerta. Null'altro però può essere aggiunto a chiusura di questa postilla: certamente non una previsione su un futuro gravido di rischi e di incognite. Ma nulla, altrettanto certamente, comunque vadano le cose al prossimo Consiglio europeo di giugno, potrà restare come prima: di certo, non nell'Unione dopo la pandemia.

¹⁶⁸ La decisione sul procedimento *Expanded Asset Purchased Programme* (il programma di *quantitative easing* varato dalla BCE sotto la presidenza di Mario Draghi), rubricato *sub* 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, ha avuto vastissima eco mediatica e come ovvio suscitato un ampio dibattito pubblico, sul quale non è evidentemente questa la sede per prender posizione. Qui basta rilevare, come si è appena fatto nel testo, il significato politico – o meglio la sottostante visione della “economia politica” della eurozona – di questa decisione, come hanno fatto assai bene, ad es., M. DANI, J. MENDES, A.J. MENÉNDEZ, M. WILKINSON, H. SCHEPEL, E. CHITI, *At the End of the Law. A Moment of Truth for the Eurozone and the EU*, nonché A. GUZZAROTTI, *Very Unkind Things about the German Constitutional Court's Rebellion against the ECJ in the Quantitative Easing Case*, in *Verfassungsblog*, rispettivamente del 15 e 18 maggio 2020.

SAGGI

Sabrina Tranquilli

RAPPORTO PUBBLICO-PRIVATO NELL'ADOZIONE E NEL CONTROLLO DELLA DECISIONE AMMINISTRATIVA "ROBOTICA"*

SOMMARIO: 1. Premessa: la conquista della fiducia dei cittadini quale elemento trainante la strategia italiana e eurounitaria sull'intelligenza artificiale. – 2. Precisioni terminologiche e delimitazione dell'ambito dell'indagine. – 3. La scelta di utilizzare l'algoritmo per esercitare l'azione amministrativa e la formazione del "codice sorgente". – 4. La conoscibilità del "codice sorgente": il caso delle procedure di reclutamento e mobilità degli insegnanti. – 5. Un confronto con l'ordinamento francese prendendo spunto dal caso "Parcoursup". – 6. Alcune considerazioni finali.

C'era l'urgenza di inventare il futuro...

(A. Baricco, *The Game*)

1. *Premessa: la conquista della fiducia dei cittadini quale elemento trainante la strategia eurounitaria e italiana sull'intelligenza artificiale*

Nel suo celebre *Dizionario dei luoghi comuni* Flaubert canzonava che l'arte "Porta all'ospedale. Le arti sono ormai inutili, dato che vengono sostituite dalle macchine che fanno meglio e più rapidamente"¹.

Sebbene il tema dell'intelligenza artificiale incontri, nell'ormai frequente dibattito scientifico e non, un grande e crescente entusiasmo, significativa parte della letteratura, anche giuridica, continua a manifestare una certa diffidenza verso l'immagine dell'uomo che si ritrae dall'esecu-

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione del *paper* presentato al Convegno AIPDA "Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica", tenutosi il 10-12 ottobre 2019 presso l'Università di Pisa, a cui è stato conferito il premio AIPDA 2019.

¹ G. FLAUBERT, *Dizionario dei luoghi comuni*, Piccola biblioteca Adelphi 1980, 12.

zione diretta di certe attività, lasciandole nel dominio, spesso esclusivo, della “macchina²”.

L'esistenza di tale non celata diffidenza anche da parte della collettività verso l'avanzare velocissimo, spesso temuto come incontrollabile³, delle nuove tecnologie ha portato l'Unione Europea ad improntare le proprie politiche sull'intelligenza artificiale in senso fortemente “antropocentrico”, in una prospettiva funzionale a che lo sviluppo tecnologico possa conquistare la fiducia dei cittadini⁴.

Fin dai primi studi sul commercio elettronico compiuti dalla Commissione europea negli anni '90⁵, uno dei principali obiettivi delle Istituzioni europee è stato, del resto, quello di rafforzare la fiducia dei consumatori e delle imprese per favorire l'innovazione nello sviluppo del mercato. Ne costituisce significativo e più recente esempio il Regolamento sulla pro-

² V. B. ROMANO, *Algoritmi al potere (calcolo, giudizio, pensiero)*, Torino 2018; P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano 2018; C. O'NEIL, *Weapons of Mass Destruction. How Big Data increases Inequality and threatens Democracy*, Londra 2017 trad. it., *Armi di distruzione matematica*, Milano 2017; G. DELLA MORTE, *Big Data e protezione internazionale dei diritti umani*, Napoli 2018.

³ Si v. le preoccupazioni espresse dal Consiglio d'Europa in relazione alla capacità manipolativa degli algoritmi sui processi decisionali pubblici e privati: *Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes*, adottata dal Consiglio dei Ministri il 13 febbraio 2019.

⁴ A partire dalla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni “*Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*”, COM/2019/168, dove si legge che: “*la strategia europea per l'IA e il piano coordinato sull'IA indicano chiaramente che la fiducia è una condizione indispensabile per assicurare un approccio antropocentrico all'IA: l'intelligenza artificiale non è fine a se stessa, ma è uno strumento a servizio delle persone che ha come fine ultimo quello di migliorare il benessere degli esseri umani. Per questo occorre garantire l'affidabilità dell'IA. I valori su cui si basano le nostre società devono essere pienamente integrati nelle modalità di sviluppo dell'IA*”, ripresa, successivamente dai tre documenti adottati il 19 febbraio 2020 dalla Commissione UE: Libro Bianco sull'intelligenza artificiale, *Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM/2020/65, su cui si v. S. DEL GATTO, *Una regolazione europea dell'AI come veicolo di eccellenza e affidabilità. Gli obiettivi del Libro bianco della Commissione europea sull'intelligenza artificiale*, in Osservatorio sullo stato digitale IRPA, in <https://www.irpa.eu/>; Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità*, COM/2020/64, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, COM/2020/67.

⁵ Commissione UE, *Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico*, COM/97/157, in cui si legge che, al fine di creare un quadro regolatorio favorevole alla messa in opera del commercio elettronico, il primo obiettivo delle Istituzioni europee è creare fiducia nei consumatori e nelle imprese per effettuare transazioni sicure.

tezione dei dati personali dichiaratamente diretto a rafforzare la fiducia nelle transazioni elettroniche nel mercato per aumentare la diffusione dei servizi *on-line* pubblici e privati nell'Unione europea⁶.

Gli ormai numerosi atti adottati dalle Istituzioni europee⁷, supportati da studi di commissioni di esperti di alto livello⁸, per la costruzione di una strategia europea comune sull'intelligenza artificiale, recentemente avviata, su *input* della Commissione UE da alcuni Stati membri tra cui la Francia⁹ e l'Italia¹⁰, hanno, come avviene per altre politiche europee, l'obiettivo primario di raggiungere una *leadership* mondiale nello sviluppo delle nuove tecnologie con l'ambizione di concorrere con le altre potenze mondiali.

Il progresso in campo tecnologico nella prospettiva perseguita dalle Istituzioni, comporterebbe un rafforzamento della capacità economica dell'Unione, un generale miglioramento della vita dei cittadini, oltre che un impatto positivo sulla società.

Anche in questo campo la Commissione teme infatti che, senza uno sforzo significativo comune e senza un piano attrattivo per capitali e inve-

⁶ Regolamento n. 2016/679 e meglio noto con la sigla "GDPR".

⁷ Risoluzioni del Parlamento Europeo, *Una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale*, 12 febbraio 2019 e recante *raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, 16 febbraio 2017; Comunicazioni della Commissione UE, *Coordinated Plan on Artificial Intelligence*, 7 dicembre 2018; Id., 25 aprile 2018, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*.

⁸ Report del gruppo della Commissione di esperti di alto livello incaricato dalla Commissione UE, *Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Digital Technologies*, 21 novembre 2019; Gruppo indipendente di studio incaricato dalla Commissione UE, *Policy and investment recommendations for trustworthy Artificial Intelligence*, 26 giugno 2019; *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, 8 aprile 2019.

⁹ La strategia francese *Donner un sens à l'intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne* è contenuta nel rapporto sull'intelligenza artificiale redatto dal matematico e deputato Cédric Villani, pubblicata il 28 marzo 2018.

¹⁰ Si v. il documento del MISE: "*Strategia Nazionale per l'Intelligenza Artificiale*", su cui è stata avviata una consultazione pubblica nel luglio 2019, ma su cui, tuttavia, nel momento in cui si scrive, non è stato ancora adottato un documento definitivo: <https://www.mise.gov.it/index.php/it/strategia-intelligenza-artificiale/contesto>) e il protocollo d'intesa sull'etica dell'Intelligenza Artificiale siglato tra il Ministro per l'innovazione tecnologica e la Fondazione Leonardo, per introdurre applicazioni di intelligenza artificiale nella gestione dei procedimenti amministrativi. Il Protocollo assume "*l'impegno di mettere l'uomo al centro, promuovendo "un'intelligenza artificiale sostenibile sul piano sociale, culturale e democratico"*: (<https://innovazione.gov.it/un-protocollo-d-intesa-sull-etica-dell-intelligenza-artificiale-nella-pubblica-amministrazione>), consultati, da ultimo, il 10 marzo 2020. Anche l'AGID ha adottato un *Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino* Versione 1.0, marzo 2018, curato della *Task force* sull'Intelligenza Artificiale.

stimenti privati, l'UE rischi di perdere le opportunità offerte dall'I.A., di subire una “fuga di cervelli” e di diventare un consumatore di soluzioni tecnologiche sviluppate altrove. Emerge, dunque, anche in questo settore, al pari di quanto avviene per la ricerca scientifica e tecnica¹¹, la volontà di consolidare la posizione dell'Unione nel mercato globale, investendo in un approccio comune tra gli Stati.

L'esigenza di una strategia comune tuttavia non nasce solo per concorrere nel mercato globale, ma anche (e prima ancora) per evitare che le istituzioni e gli enti pubblici rimangano passivi fruitori delle tecnologie messe in campo dai privati. Come sottolinea efficacemente D. Cardon, “*il segreto di come funzionano gli algoritmi viene mantenuto bene*” (dalle società che li elaborano), con la conseguenza che “*più gli individui sono trasparenti più coloro che li osservano sono opachi*”¹².

Per tale motivo dal 2015, in Francia, sono emerse istanze per un maggiore coinvolgimento dell'Unione Europea e di tutti i livelli di governo nazionali nella gestione delle piattaforme digitali rivendicando una “rivoluzione digitale” per l'affermazione non solo dei diritti alla protezione dei dati dei cittadini, ma anche del “dovere di lealtà” da parte dei gestori nei confronti degli utenti¹³. La rivoluzione digitale, tuttavia, si legge in un rapporto del Consiglio nazionale digitale francese, non può che partire da una profonda trasformazione dell'*action publique*¹⁴ in cui “*l'enjeu est donc de passer d'une administration fondée sur une organisation hiérarchique pyramidale et un fonctionnement vertical, à une administration*

¹¹ Su cui si consenta il rinvio a S. TRANQUILLI, *La promozione e l'organizzazione della ricerca scientifica in Italia e Germania: un confronto per guardare alla fragilità dello Spazio europeo della ricerca*, in questa Rivista, 2018, 3, 417.

¹² D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi*, Milano 2019, 1006. D'altra parte sono gli stessi grandi gestori delle piattaforme digitali che stanno premendo sulle Istituzioni europee per un quadro regolatorio comune e condiviso sull'IA avviando una serie di incontri informali con la Commissione UE: <https://www.nytimes.com/2020/02/16/technology/europe-new-AI-tech-regulations.html>.

¹³ P. BESSE, C. CASTETS-RENARD, A. GARIVIER, *Loyauté des Décisions Algorithmiques Contribution au débat public initié par la CNIL: Éthique et Numérique*, 2017, accessibile al seguente indirizzo: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01544701/document>.

¹⁴ Il rapporto *Ambition Numérique* “presentato al Primo ministro da Benoît Thieulin, presidente del Consiglio nazionale digitale francese (CNNum), è la conclusione di un dibattito aperto con i francesi al fine di preparare la strategia digitale del governo. Il rapporto presenta 70 proposte diviso in quattro parti: lealtà e libertà in uno spazio digitale condiviso – verso una nuova concezione dell'azione pubblica: apertura, innovazione, partecipazione – avviare la crescita francese: verso un'economia dell'innovazione – solidarietà, equità, emancipazione: sfide di una società digitale. Il testo è disponibile su <https://www.entreprises.gouv.fr/>.

plus agile et ouverte aux pratiques collaboratives"¹⁵. Nel giro di un anno, come si vedrà *infra*, la Francia ha confezionato un pacchetto regolatorio sull'impiego degli algoritmi nelle decisioni pubbliche e ha cercato di assumere un ruolo maggiormente attivo nell'utilizzo dei dati pubblici e privati dichiarandolo una *mission de service public relevant* dello Stato¹⁶.

Seguendo questa tendenza, la strategia europea ha pertanto fissato obiettivi ambiziosi ma realistici: nell'Unione gli investimenti pubblici e privati nell'I.A. devono crescere fino a 20 miliardi di euro l'anno nei prossimi dieci anni.

Un primo passo è costituito dall'aumento degli investimenti fino a 1,5 miliardi di euro nel periodo 2018-2020, deciso dalla Commissione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione "Horizon 2020". Nel periodo di programmazione 2021-2027 la Commissione ha proposto che l'Unione investa almeno 1 miliardo di euro l'anno, nell'ambito dei programmi "Orizzonte Europa" e "Europa digitale" e ha invitato i legislatori ad adottare rapidamente le iniziative legislative essenziali per il successo della strategia europea¹⁷.

Bisogna tuttavia necessariamente considerare che tali programmi e

¹⁵ Rapporto *Ambition Numérique*, 97 ss, cit. nella nota precedente.

¹⁶ L. CLUZEL-METAYER, *La construction d'un service public de la donne*, in *Revue française d'administration publique*, 2018, 167, 491. Con una riforma del 2016 (LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique) di cui si parlerà *infra*, è stato modificato il *Code de la consommation* inserendo *inter alia* un dovere di lealtà, chiarezza e trasparenza da parte dei gestori delle piattaforme telematiche nei confronti degli utenti. Si v. in particolare l'art. 49, inserito nella sezione III, significativamente rubricata "*Loyauté des plateformes et information des consommateurs*", laddove stabilisce che "*Tout opérateur de plateforme en ligne est tenu de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur: «1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder; «2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne; «3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels»».*

¹⁷ A tal fine è previsto il rafforzamento della cooperazione con il settore privato aprendo la strada a un nuovo partenariato per la ricerca e l'innovazione in materia di IA, che promuova la collaborazione tra il mondo accademico e l'industria. In quanto parte di tale partenariato contrattuale, la Commissione UE attende dal settore privato un impegno in termini di investimenti specifici e importanti nel campo dell'IA. Tale partenariato si baserà sui quelli già esistenti in materia di robotica e big data, che totalizzano investimenti per 4,4 miliardi di EUR, la maggior parte dei quali (3,2 miliardi di EUR) provenienti dall'industria.

prospettive di investimento potranno probabilmente essere ridimensionati a causa delle conseguenze economiche provocate dalla grave crisi epidemiologica da Covid-19 che, al momento in cui si scrive, affligge l'Unione come il resto del mondo.

L'esplosione della pandemia ha, d'altra parte, reso l'investimento nelle nuove tecnologie di ancora maggiore importanza. I *big data* sono infatti diventati una risorsa essenziale per poter tracciare l'evoluzione del virus e la propagazione dei contagi¹⁸, confermando l'ormai ruolo cruciale della c.d. "plateformisation", di cui parlerà *infra*, dell'azione pubblica.

La crisi epidemiologica rischia, tuttavia, in un momento in cui la tecnologia diviene una risorsa essenziale per la continuità di molte attività pubbliche e private di toccare un nervo (in realtà da tempo) scoperto, rendendo visibile l'accumulo di anni di immobilismo che il nostro Paese registra sul fronte dell'innovazione e della digitalizzazione¹⁹. Rispetto all'innovazione della pubblica Amministrazione l'Italia infatti registra una velocità di crescita inferiore alla media europea collocandosi al terzo ultimo posto per attuazione dell'Agenda digitale²⁰. Ne costituisce signi-

¹⁸ Ad aprile 2020 la Commissione UE ha lanciato una nuova piattaforma comune a livello europeo di raccolta dei dati (quali sequenze di DNA, strutture proteiche, dati della ricerca preclinica e delle sperimentazioni cliniche, come pure dati epidemiologici), per aiutare scienziati e ricercatori a conservare, condividere e analizzare le loro informazioni sul coronavirus. <https://www.covid19dataportal.org/>. Similmente, negli Stati Uniti è stata creata la *Covid-19 Open Research Dataset Challenge (CORD-19)*, per aiutare i medici ad analizzare nel più breve tempo possibile la quantità crescente di letteratura sul tema: <https://www.kaggle.com/allen-institute-for-ai/CORD-19-research-challenge>; il tema è affrontato da M. SINISI, *Uso dei big data e principio di proporzionalità*, aprile 2020, in *Federalismi.it*.

¹⁹ Sulle criticità del sistema italiano si v. il *Referto in materia di informatica pubblica* della Corte dei conti, pubblicato sul sito della stessa Corte il 26 novembre 2019; in dottrina, si v. E. CARLONI, *Algoritmi su carta: politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubb.* 2019, 3632; G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino 2017, 3-4; parla di "divari digitali" nel Paese sotto il profilo della disegualianza nell'alfabetizzazione informatica e infrastrutturale nella gestione delle reti F. CARDARELLI, *Art. 3-bis*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M.A. SANDULLI, Milano 2017, 523-524; F. COSTANTINO, *Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Dir. amm.*, 4, 2017, 799 e ss.; M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, 601 e ss.; F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. informazione e informatica*, 2, 2015, 227 e ss.; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2018; *L'e-Government*, a cura di G. VESPERINI, Milano 2004.

²⁰ Si v. il *report* dell'Unione Europea sul progresso digitale degli Stati membri, *Digital Economy and Society Index (DESI) DESI*, 2019: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/>

ficativo esempio proprio il settore della didattica e dell'insegnamento, di cui anche si parlerà *infra*²¹. La c.d. "didattica a distanza" nella fase emergenziale ha comportato la sostituzione delle aule fisiche d'insegnamento – senza adeguata ponderazione neanche sul profilo della protezione dei dati sensibili – con piattaforme private già esistenti (Google Suite, Office 365, Weschool, Amazon, etc), e non di certo progettate per la fornitura di servizi legati alla didattica, affidandogli l'esercizio e la sopravvivenza di un servizio pubblico e la garanzia di un diritto fondamentale quale quello all'istruzione.

2. *Precisazioni terminologiche e delimitazione dell'ambito dell'indagine*

Gli atti delle istituzioni europee, i numerosi studi scientifici in materia²² e i singoli ordinamenti degli Stati membri forniscono diverse definizioni di algoritmi e intelligenza artificiale che evidenziano la loro continua evoluzione.

La Commissione UE aveva inizialmente descritto l'I.A. come la formazione di sistemi che “*mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere obiettivi specifici*”²³. Tale definizione è stata, tuttavia, successivamente chiarita da uno studio appositamente affidato dalla stessa Commissione al gruppo di esperti di alto livello²⁴. La nuova definizione valorizza l'estrema dinamicità decisionale dei sistemi di intelligenza artificiale, valorizzando il loro condizionamento all'utilizzo di dati e informazioni: “*Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from*

en/desi; sui ritardi della P.A. nel settore della digitalizzazione si v. E. CARLONI, *Algoritmi su carta*, cit., 3632.

²¹ Il tema è affrontato da E. CARLONI, *Il diritto all'istruzione al tempo del Coronavirus*, in *Astrid-rassegna*, 2020, 6.

²² G. SARTOR, *Intelligenza artificiale e diritto: un'introduzione*, Milano 1996, 9 ss.

²³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Piano coordinato sull'intelligenza artificiale, Bruxelles, 7.12.2018, COM (2018), 795 final.

²⁴ Cfr. *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines* High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, in <https://ec.europa.eu>.

this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions". Lo studio ha inoltre meglio chiarito le molteplici e diverse e declinazioni del concetto di intelligenza artificiale evidenziando che "*As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems)*".

Più semplicemente, Cédric Villani, matematico e deputato d'oltralpe, attivamente coinvolto nella regolazione della materia, descrive il rapporto tra l'I.A. e gli algoritmi evidenziando che la prima non è "*n'est plus 'que' de l'algorithmique sophistiquée, capable d'effectuer une tâche dont on aurait cru, a priori, qu'elle nécessitait de l'intelligence*".

Una definizione particolarmente efficace viene fornita in un rapporto del Senato francese dove si afferma che gli algoritmi sono "*une suite finie d'étapes ou d'instructions produisant un résultat à partir d'éléments fournis en entrée. Une recette de cuisine est, par exemple, un algorithme, de même que les règles de fonctionnement d'un moteur de recherche sur Internet. Peuvent également être formulés sous forme d'algorithmes le barème de l'impôt sur le revenu (avec comme entrée les revenus déclarés d'un contribuable), ou encore l'ensemble des règles qui, le cas échéant, déterminent nécessairement l'acceptation ou le refus d'une demande par l'administration*"²⁵.

Anche la migliore dottrina italiana individua nell'intelligenza artificiale un ecosistema di modelli e tecnologie per la percezione, il ragionamento, l'interazione e l'apprendimento²⁶.

Tra le diverse declinazioni dell'intelligenza artificiale, sicuramente più comune è quella delle reti neurali artificiali guidate da dati (*data driven*)

²⁵ Rapporto del Senato francese, 14 marzo 2018, n. 350 (Sénat – 2017-2018), *Projet de loi relatif à la protection des données personnelles*, 106-107, consultabile <https://www.senat.fr/rap/117-350/117-350.html>.

²⁶ E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 1761, secondo cui quando si usa il termine intelligenza artificiale non si designa un concetto semplice ed unitario, ma una "*universitas*" di concetti ciascuno dei quali è al centro di una propria complessità.

ormai applicate in molti settori della vita quotidiana²⁷ (si pensi all'elaborazione delle immagini). I sistemi di *machine learning* e *deep learning*, la cui capacità di funzionamento aumenta in presenza di grandi quantità di dati (*big data*) da cui apprendono continue indicazioni, utilizzano, infatti, dati e informazioni per effettuare predizioni e assumere decisioni. Tali sistemi sono, tuttavia, solo una sotto-area, seppur molto significativa e in netta espansione, dell'intelligenza artificiale.

Accanto a questi sistemi esistono quelli c.d. *model-driven* che si basano su progetti e parametri prestabiliti per eseguire, ad esempio, simulazioni²⁸. Tali sistemi sono utilizzati per supportare le attività di pianificazione, schedulazione, strategie o sequenze di azione pensate per essere eseguite da agenti intelligenti, robot o autonomi. La difficoltà delle operazioni decisionali varia a seconda se tali modelli operano in ambienti noti o sconosciuti.

A differenza degli algoritmi tradizionali che, come si vedrà attualmente più in uso dalle Amministrazioni, operano in base a regole e criteri noti e prestabiliti dall'uomo, le reti neurali artificiali si autodeterminano in base a regole interne, generate dall'algoritmo stesso. In altri termini il loro funzionamento è il risultato di un un processo cognitivo su deduzioni o inferenze statistiche. Queste regole di funzionamento interno non sono conosciute da nessuno, nemmeno dagli sviluppatori degli stessi algoritmi sicché il loro percorso non solo è imprevedibile, ma non può neanche essere verificato facilmente *ex post* in quanto non si è in grado di risalire a ritroso alle operazioni compiute²⁹.

Nei sistemi più complessi di intelligenza artificiale, in altri termini, solo alcune delle istruzioni che le macchine ricevono e delle tecniche che glielie trasmettono preesistono ai computer e nascono nella mente umana in quanto il loro funzionamento si basa principalmente sull'autodeterminazione³⁰.

²⁷ Sul tema la letteratura (non giuridica) è sterminata, F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge 2015; A. BURKOV, *The Hundred-Page Machine Learning Book*, 2019.

²⁸ Ne costituisce un esempio il sistema ASSOCC (<https://simassocc.org/>) sviluppato da studiosi indipendenti in occasione dell'emergenza sanitaria per sperimentare e valutare i possibili scenari per affrontare la "fase due" della pandemia da Covid-19.

²⁹ D. BOURCIER, P. DE FILIPPI, *Les algorithmes sont ils devenus le langage ordinaire de l'administration?*, *Lectures critiques du Code des relations Public et administration*, LGDJ, 2018, 193.

³⁰ Sulla trasposizione del funzionamento della mente umana sulla macchina si v. il saggio pionieristico del matematico e fisico ungherese J. VON NEUMANN, *Computer e cer-*

Gli algoritmi tradizionali, più facilmente governabili, sono invece elaborati sulla base di input e criteri generati dall'uomo e operano sulla base delle relative istruzioni.

Per (prima) elaborare e (poi) utilizzare questa tipologia di algoritmi è, tuttavia, necessario cogliere “*la sostanza, i dati, e gli ostacoli essenziali*” della questione da risolvere, “*sfrondandoli da ogni dettaglio inutile e fuorviante*” o, in altri termini, “*bisogna saper astrarre il nocciolo duro della questione*”³¹.

I settori in cui sono utilizzati gli algoritmi³² sono moltissimi e questi ultimi si rapportano da tempo con il diritto³³ e, dunque, anche con il diritto amministrativo. La realizzazione di un sistema di I.A, basato sulla conoscenza giuridica, richiede, infatti, un modello di un settore del diritto, unitamente alla scelta di un linguaggio formale nel quale i contenuti e le strutture giuridiche possano essere rappresentate consentendo l'elaborazione di algoritmi o di reti neurali artificiali.

Alla luce di queste premesse generali, il presente scritto intende analizzare alcune delle questioni che sorgono nell'ipotesi in cui l'Amministrazione decida di svolgere il procedimento amministrativo tramite algoritmi, assumendo cioè quella che chiameremo la decisione amministrativa “robotica”³⁴.

La ragione per delimitare il campo di indagine al procedimento amministrativo è duplice.

vello, il Saggiatore, 2014 che nell'espone il suo modello di calcolo confronta il funzionamento delle cellule nervose umane alle loro corrispondenti “digitali”; S. ABITEBOUL, G. DOWEK, *Le temps des algorithmes*, Parigi 2017.

³¹ Così C. TOFFALORI, *Algoritmi*, Bologna 2015, 19.

³² Lo evidenzia D. DE KERCKHOVE, *La decisione datacratica*, in *la Decisione robotica*, cit., 102. Oltre all'ampio uso in campo sanitario le maggiori applicazioni sono nel campo delle *utilities*, dell'istruzione, pianificazione (si pensi al tema delle *smart cities*), ai trasporti, alla manifattura, ai sistemi bancari, delle assicurazioni, della sicurezza, del business e management, degli armamenti e tattiche militari e della politica.

³³ L'applicazione di sistemi di intelligenza artificiale nel diritto è un legame ormai studiato da tempo. Come segnala L. THORNE McCARTY, *AI and Law: How to Get There from Here*, in *Ratio Juris*, 1990, 189, la prima conferenza sul tema si è tenuta a Swansea, nel settembre del 1979. In Italia i primi studi risalgono agli anni '90, G. SARTOR, *Intelligenza artificiale*, cit., *passim*; D. TISCORNIA, *Il diritto nei modelli dell'intelligenza artificiale*, Bologna 1996; F. FAINI, *Big data, algoritmi, diritto*, in *DPCE online*, 2019, 3.

³⁴ Intesa come decisione frutto di un procedimento condotto tramite strumenti cognitivi “artificiali”: D. BOURCIER, *La Décision artificielle: Le Droit, la machine et l'humain*, PUF, coll. Les voies du droit, 1995; sul tema si v. i saggi frutto di alcuni seminari tenuti presso l'Accademia Nazionale dei Lincei raccolti nel volume *la Decisione robotica* curato da A. Carleo, Bologna 2019.

Se da una parte, come si vedrà, l'automatizzazione delle operazioni pratiche riduce l'attività del funzionario, d'altra parte incrementa e diversifica le decisioni che deve assumere l'Amministrazione³⁵, assunte al di fuori dei tradizionali paradigmi dell'azione amministrativa. Il procedimento amministrativo inoltre, come è stato autorevolmente evidenziato, rappresenta il terreno privilegiato per svolgere alcune riflessioni sul rapporto tra le tecnologie dell'informazione e gli assetti organizzativi pubblici³⁶.

Dopo aver analizzato alcune questioni generali che si pongono rispetto al procedimento amministrativo italiano, privo ancora di una disciplina in materia, l'analisi si concentrerà sulla problematica della conoscibilità dell'azione amministrativa svolta tramite algoritmi.

Quest'ultima questione non è per nulla nuova se si pensa che già nel 1978 Luhmann evidenziava che *"avendo raggiunto i limiti dell'euforia per l'intelligenza artificiale, i problemi di sostituzione e miglioramento sembrano spostarsi verso il rapporto tra computer e comunicazione"*, ma riveste ancora grande attualità nell'analisi dell'esercizio del pubblico potere se, come assumiamo, anche *"la comunicazione può essere intesa come una forma di potere"*³⁷.

Il tema della conoscibilità della decisione robotica è peraltro attualmente al centro di un vivace dibattito tanto nell'opinione pubblica che nella dottrina giuridica francese³⁸ e italiana³⁹ a causa di alcuni recenti contenziosi in cui i giudici amministrativi dei due ordinamenti sono stati

³⁵ Così N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, Milano 1978, 307.

³⁶ F. CARDARELLI, *Art. 3-bis*, cit., 512.

³⁷ E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, 2014, Santarcangelo di Romagna 2014, 167.

³⁸ Come evidenzia J.B. AUBY, *Contrôle de la puissance publique et gouvernance par l'algorithme*, in D.U. GALETTA e J. ZILLER (a cura di), *Le droit public face au défi des technologies de l'information et de la communication, au-delà de la protection des données*, Varese 2018, 155. La questione dell'elaborazione degli algoritmi è di grande attualità anche nel dibattito pubblico e istituzionale francese. La *"Commission Nationale Informatique et Libertés"* francese ha proposto nel suo rapporto *"Comment permettre à l'homme de garder la main? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle"*, 15 dicembre 2017: disponibile sul sito della *"Commission Nationale Informatique et Libertés"*, di creare dei meccanismi di *auditing* per l'elaborazione degli algoritmi.

³⁹ Si v. oltre alla dottrina italiana che sarà citata *infra*, quanto sottolineato da B. CARROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario il problema dell'algoritmo nella pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 1, 9 dove si evidenzia che il problema dell'utilizzo degli algoritmi da parte della p.A. *"è legato alla sua conoscibilità, alla possibilità di accedere e comprendere le scelte che ne hanno determinato l'adozione e, infine, ai meccanismi di tutela e responsabilità"*.

chiamati a sindacare alcune decisioni assunte dall'Amministrazione tramite l'utilizzo di algoritmi. Proprio un recente contenzioso che ha provocato una serie di decisioni del *Conseil d'État* e, su rinvio di quest'ultimo, una pronuncia del *Conseil constitutionnel* in materia di decisioni amministrative assunte tramite l'utilizzo di algoritmi nell'ambito dell'accesso agli istituti di istruzione superiore consente un confronto sul tema che ci occupa con l'ordinamento francese dove da tempo la regolazione e l'organizzazione amministrativa si sta adattando all'utilizzo di algoritmi.

3. *La scelta di utilizzare l'algoritmo per esercitare l'azione amministrativa e la formazione del "codice sorgente"*

La scelta di adottare una decisione amministrativa tramite algoritmi pone l'Amministrazione dinanzi ad (almeno) cinque questioni⁴⁰.

La prima riguarda la predeterminazione della decisione. La scelta di utilizzare algoritmi richiede infatti una serie di valutazioni, *ex ante*, assolutamente non neutre, quali la predeterminazione di criteri e la selezione di dati di riferimento a disposizione "riversati" dal programmatore nel codice algoritmico. La giurisprudenza amministrativa nel qualificare la scelta di utilizzare algoritmi come una decisione di tipo organizzativo, alternativa rispetto ai metodi "tradizionali" di decisione, ha condivisibilmente precisato che "*l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli*"⁴¹.

⁴⁰ Alcune delle quali da tempo emerse negli studi della migliore dottrina che ha analizzato le vicende dell'informatizzazione dell'azione amministrativa: G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm.* 1978, 407 ss.; A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli 1993; U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna 1993; A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2256.

⁴¹ Si v. anche TAR Lazio, Roma sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769, con nota di I. FORGIONE, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 647. Quest'ultima pronuncia precisa che "*la scrittura del codice sorgente presuppone la risoluzione (a monte o di pari passo) del problema iniziale da risolvere e automatizzare sotto forma di algoritmo risolutivo (eventualmente ricorrendo ad un diagramma di flusso o ad uno pseudolinguaggio), di cui la fase di scrittura del codice rappresenta la fase implementativa (programmazione) ad opera di un programmatore tra-*

Tale valutazione iniziale è particolarmente importante perché dalla selezione dei dati e dalla predeterminazione dei criteri utilizzati per l'elaborazione dell'algoritmo dipenderà l'intera procedura⁴². Se si utilizzano dati incompleti, erronei o parziali si rischia infatti di assumere decisioni sviate o con effetti discriminatori. Per tale motivo, una volta appurato che una determinata procedura potrà essere algoritmizzata, l'Amministrazione dovrebbe, in applicazione del principio di precauzione, condurre in questa fase una preliminare analisi del rischio, recuperando anche gli spazi di partecipazione che saranno inevitabilmente compressi nel corso del procedimento⁴³.

Il secondo aspetto riguarda i costi. La scelta di adottare una decisione tramite algoritmi ha infatti un costo⁴⁴ (progettazione, esecuzione, manutenzione), potenzialmente ingente che dovrebbe essere attentamente calcolato per poterne valutare la vantaggiosità⁴⁵. Se la realizzazione e gestione dell'algoritmo richiedessero risorse eccessive, il risultato, del tutto teorico, della maggiore efficienza rispetto ai metodi tradizionali di decisione potrebbe infatti sfumare.

mite un editor di testo (spesso compreso all'interno di un ambiente di sviluppo integrato) rispettando lessico e sintassi del particolare linguaggio di programmazione scelto/utilizzato"; si v. Cons. St., VI, 16 dicembre 2019, n. 8474, Id., 8 aprile 2019 n. 2270, dove è stato affermato che il ricorso agli algoritmi "non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili", spostando la discrezionalità amministrativa "al momento dell'elaborazione dello strumento digitale".

⁴² Si v. sul punto G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli 2019, 83-85 e 131, 134, che tuttavia sottolinea come tale decisione non costituisca mai una scelta "neutra" per il cittadino che ne subisce le conseguenze.

⁴³ Così G. AVANZINI, *Decisioni amministrative*, cit., 138. Così del resto suggerisce la Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia – CEPEJ nel corso della sua 31esima Riunione plenaria (Strasburgo, 3-4 dicembre 2018), 38; si v. C. KNIGHT, *Automated Decision-making and Judicial Review*, *Judicial Review*, DOI: 10.1080/10854681.2020.1732740, dove si evidenzia che "Where a public authority has adopted automated decision-making against a context of known risks of adverse impacts (and possibly risks of overstated benefits) there is a logical basis for asking whether and to what extent the authority has properly researched and assessed those risks. The risks are in various forms of technological, methodological and ethical issues". Sulla limitazione alla partecipazione procedimentale si v. H. PAULIAT, *La décision administrative et les algorithmes: une loyauté à consacrer*, in RDP, 2018, 641-643.

⁴⁴ N. LUHMANN, *Organizzazione*, cit., 308, che con riferimento all'utilizzo di sistemi tecnici evidenziava che per il loro utilizzo "bisogna far fronte ai rischi, inserire ridondanze, investire nella sicurezza, a costi che superano spesso quello dei computer stessi e dei loro programmi".

⁴⁵ M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, 873.

Terzo e più delicato aspetto riguarda la scelta tra adottare una modalità decisoria completamente automatizzata oppure utilizzare gli algoritmi come mero strumento di ausilio al decisore “umano”.

La possibilità di assumere una decisione completamente automatizzata incontra, come noto, un espresso limite nell’art. 22 del Regolamento UE sui dati personali laddove protegge “*il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*”⁴⁶.

Lo stesso articolo precisa che tale diritto può, tuttavia, essere limitato, a certe condizioni, sia dallo stesso diritto dell’UE che dal diritto nazionale, ma detta limitazione deve comunque prevedere misure adeguate per garantire il rispetto dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi del destinatario della decisione. Il successivo art. 23 del Regolamento prevede poi che il diritto dell’UE o quello nazionale possano limitare il diritto di cui all’art. 22 per il perseguimento di determinati interessi pubblici individuati dallo stesso 23⁴⁷ purché tale limitazione rispetti “*l’essenza dei diritti e delle libertà fondamentali*” dei cittadini e consista in una “*misura necessaria e proporzionata*”.

Benché la giurisprudenza amministrativa abbia manifestato un forte *favor* verso l’utilizzo di procedure automatizzate, estendendo peraltro, come si vedrà, seppur in astratto, la loro potenziale applicabilità non

⁴⁶ È chiaro che la suddetta disposizione non si riferisce unicamente alle decisioni amministrative, ma anche a quelle prese dai privati: si v. sul punto S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, 23.

⁴⁷ La disposizione elenca una serie di interessi di portata generale lasciando quindi ampio spazio normativo agli Stati membri, fermi i precisi obblighi informativi previsti dal secondo paragrafo dell’art. 23: “*a) la sicurezza nazionale; b) la difesa; c) la sicurezza pubblica; d) la prevenzione, l’indagine, l’accertamento e il perseguimento di reati o l’esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica; e) altri importanti obiettivi di interesse pubblico generale dell’Unione o di uno Stato membro, in particolare un rilevante interesse economico o finanziario dell’Unione o di uno Stato membro, anche in materia monetaria, di bilancio e tributaria, di sanità pubblica e sicurezza sociale; f) la salvaguardia dell’indipendenza della magistratura e dei procedimenti giudiziari; g) le attività volte a prevenire, indagare, accertare e perseguire violazioni della deontologia delle professioni regolamentate; h) una funzione di controllo, d’ispezione o di regolamentazione connessa, anche occasionalmente, all’esercizio di pubblici poteri nei casi di cui alle lettere da a), a e) e g); i) la tutela dell’interessato o dei diritti e delle libertà altrui; j) l’esecuzione delle azioni civili*”. A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, 80 dove si evidenzia che “*la portata di queste eccezioni è nei fatti amplissima, tanto che viene da chiedersi quando, in realtà, si possa applicare la regola*”.

solo all'attività vincolata, ma anche alle procedure implicanti l'esercizio di discrezionalità tecnica, la possibilità di assumere decisioni in base a procedure completamente automatizzate, senza alcun intervento "umano", è stata, invece, nettamente negata sulla base di una rigida e parziale interpretazione del richiamato art. 22⁴⁸.

⁴⁸ Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Id., 4 febbraio 2020, n. 881 dove in entrambe si afferma che *"l'altro principio del diritto europeo rilevante in materia (ma di rilievo anche globale in quanto ad esempio utilizzato nella nota decisione Loomis vs. Wisconsin), è definibile come il principio di non esclusività della decisione algoritmica. Nel caso in cui una decisione automatizzata "produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona", questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato (art. 22 Reg.). In proposito, deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (human in the loop), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano"*; analoga posizione era già stata espressa da precedenti pronunce si v. TAR Lazio, sez. III-bis, 10 settembre 2018, n. 9224, in cui si afferma che *"un algoritmo, quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garanzie procedurali che gli artt. 2, 6,7,8,9,10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario. (...) gli istituti di partecipazione, di trasparenza e di accesso, in sintesi, di relazione del privato con i pubblici poteri non possono essere legittimamente mortificate e compresse soppiantando l'attività umana con quella impersonale, che poi non è attività, ossia prodotto delle azioni dell'uomo, che può essere svolta in applicazione di regole o procedure informatiche o matematiche. Ad essere inoltre vulnerato non è solo il canone di trasparenza e di partecipazione procedimentale, ma anche l'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, con il risultato di una frustrazione anche delle correlate garanzie processuali che declinano sul versante del diritto di azione e difesa in giudizio di cui all'art. 24 Cost., diritto che risulta compromesso tutte le volte in cui l'assenza della motivazione non permette inizialmente all'interessato e successivamente, su impulso di questi, al Giudice, di percepire l'iter logico – giuridico seguito dall'amministrazione per giungere ad un determinato approdo provvedimentoale"*. La soluzione raggiunta dalla giurisprudenza è condivisa da D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 2019, 19, dove si afferma che *"a parere di chi scrive non è cioè immaginabile sostituire con un algoritmo la figura del funzionario responsabile del procedimento: piuttosto, è viceversa certamente possibile immaginare che il funzionario responsabile del procedimento si serva utilmente dell'Intelligenza Artificiale per potere svolgere più rapidamente, e con maggiore precisione, attività della fase istruttoria delle quali resta, ovviamente, il responsabile: sia in termini di verifica dei risultati della stessa, sia in termini di collegamento fra le risultanze della fase istruttoria e l'adozione della decisione finale che confluisce nel provvedimento conclusivo del procedimento"*; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1/2019 dove si evidenzia che il ricorso alle procedure interamente automatizzate rende difficile stabilire fino a che punto la decisione sia il frutto di una valutazione propria del solo algoritmo con il rischio che l'amministrazione, anche per ragioni di "convenienza pratica" scelga di recepire acriticamente gli esiti raggiunti grazie all'algoritmo; nello stes-

Le pronunce che hanno negato tale possibilità non hanno tuttavia tenuto conto che, come visto, il Regolamento ammette l'adozione di una decisione esclusivamente automatizzata in presenza di misure adeguate alla tutela dei diritti e degli interessi dei destinatari.

La giurisprudenza non ha, in altri termini, affrontato il nodo del principio di legalità e, dunque, se l'art. 22 del Regolamento permetta all'Amministrazione, in presenza di una disciplina che lo consenta, di assumere decisioni in modo esclusivamente automatizzato⁴⁹.

La dottrina che ha analizzato il problema ha condivisibilmente evidenziato che, se come assumiamo, il ricorso agli algoritmi consiste in una misura organizzativa e non in una delega di potere decisionale, la riserva posta dal suddetto art. 22 potrebbe essere soddisfatta anche da una legalità di "secondo grado", tramite regolamenti o atti generali⁵⁰.

Se, dunque, la stessa Amministrazione può conformare la propria organizzazione improntandola sull'utilizzo delle nuove tecnologie senza bisogno di una nuova investitura di potere in tal senso, rimane tuttavia incerta quale sia la disciplina applicabile a tali procedure.

L'attuale assetto normativo non contiene infatti regole sulle procedure "algoritmizzate" e la disciplina sul procedimento amministrativo che, come noto, *de iure condito* è incentrata sulla figura del responsabile del procedimento, non si presta facilmente, sia per motivi testuali che per ragioni di fondo, a essere trasposta su una dimensione di completa automatizzazione⁵¹.

Sembra, in particolare, difficilmente mutuabile, per le procedure (anche non completamente) automatizzate la regola per cui il responsabile del procedimento ha la possibilità di discostarsi motivatamente dai risultati dell'istruttoria se condotta con l'utilizzo di algoritmi. Salvo il caso in cui si verificano difetti macroscopici di funzionamento, smentire il risultato della macchina finirebbe di fatto per neutralizzare, rendendo

so senso anche M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019, 16.

⁴⁹ Si v. D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale*, cit., 14, dove si sottolinea che i trattamenti automatizzati da parte di amministrazioni pubbliche sono ammessi "purché siano basati su specifiche previsioni normative (principio di legalità) e purché rispettino il principio di proporzionalità, inteso nei termini classici di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto del trattamento rispetto alla tutela dell'interesse pubblico in concreto perseguito dal titolare del trattamento".

⁵⁰ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Decisioni amministrative*, cit., 40.

⁵¹ E. CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, 2020, 3, 5.

inutile l'istruttoria condotta in base all'automatizzazione, la ponderata scelta iniziale di affidare agli algoritmi la gestione della procedura.

L'intervento umano difficilmente potrà infatti superare o correggere i risultati raggiunti dall'algoritmo nella fase istruttoria senza di fatto sovrapporsi con una nuova istruttoria condotta secondo i metodi tradizionali⁵².

La questione, in altri termini, non riguarda tanto l'ammissibilità astratta di procedure completamente automatizzate (peraltro nella pratica già utilizzate dall'Amministrazione, come si vedrà *infra*), quanto la mancanza di regole applicabili alle stesse che garantiscano il rispetto dei principi dell'azione amministrativa e delle garanzie procedurali⁵³.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha del resto evidenziato che alle decisioni assunte con l'ausilio degli algoritmi, non possono applicarsi tutte le regole del procedimento, ma che il ricorso a una procedura automatizzata "non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa", sicché sebbene l'algoritmo debba "essere considerato a tutti gli effetti come un atto amministrativo informatico" fondato su una "regola tecnica", l'atto così generato e la regola tecnica che esso incorpora, devono essere soggetti ai principi fondamentali dell'azione amministrativa, tra cui la trasparenza e la conoscibilità, nonché il pieno sindacato del giudice amministrativo, il quale deve poter valutare "la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione".

In assenza di regole sul procedimento amministrativo algoritmico appare difficile che l'automatizzazione delle procedure consenta una effettiva garanzia del rispetto dei principi dell'azione amministrativa lasciando

⁵² Sembra questa l'opinione anche di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Decisioni amministrative*, cit., 27, laddove evidenzia che "la distinzione tra algoritmo che supporti il decisore e algoritmo che decida esso stesso è meno piana di quanto non sembri a prima vista". Sulla precettività degli algoritmi nella decisione amministrativa si v. A. BOUDINAR ZABALETA, *Algorithmes et lignes directrices. Réflexions sur la codification automatisée des motifs des décisions administratives*, in *Droit Administratif*, 2019, 13 citato da A. MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automatizzazione algoritmica delle decisioni amministrative complesse*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, Napoli 2019, 1116, dove si sottolinea condivisibilmente che "in tutti i casi nei quali l'Amministrazione adotta un algoritmo essa di fatto finisce per essere sottoposta alla decisione che scaturirà dal computer. All'amministrazione di fatto non è consentito tener conto del caso eccezionale e di correggere la decisione simulata dal computer".

⁵³ Non è dotato di alcun valore precettivo l'art. 3-bis della l. 241/90 che incentiva l'utilizzo della telematica, come evidenziato da F. CARDARELLI, *Art. 3-bis*, cit., 511.

peraltro, come si vedrà *infra*, la selezione delle regole compatibili con le procedure algoritmiche alla giurisprudenza.

Se trasliamo questi elementi sulla prima fase del procedimento amministrativo, ne discende che la scelta effettuata a monte della p.A. di ricorrere ad algoritmi costituisce già una prima decisione che diviene essa stessa parametro di verifica per l'Amministrazione⁵⁴, affinché la decisione finale sia in linea con i criteri e obiettivi previsti e, successivamente, per il giudice eventualmente chiamato a sindacare la legittimità della decisione finale⁵⁵.

La quarta questione investe il tema delle competenze. L'utilizzo degli algoritmi può avvenire, infatti, a condizione che vi sia un soggetto capace di comprenderne il funzionamento e a poterne spiegare *ex post* efficacemente l'applicazione⁵⁶. Sotto tale profilo la questione della necessità di un'adeguata formazione del personale deputato all'utilizzo di tali strumenti⁵⁷ si lega a doppio filo con la garanzia della trasparenza e del controllo sulle decisioni amministrative. Anche se la procedura è completamente automatizzata e la motivazione del provvedimento è espressa direttamente dalla macchina vi deve essere un soggetto che *ex post* sia in grado di darne spiegazione. L'ordinamento amministrativo, del resto, già conosce casi in cui la formazione del personale è posta come condizione per l'utilizzo di modalità decisorie innovative⁵⁸.

⁵⁴ Si v., M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino 1996; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997; B. PASTORE, *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Torino 2015; L. TORCHIA, *Lontano dal giuspositivismo: incertezza, sicurezza, fiducia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 171; ID., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 1 e ss.; A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 3, 2018, 551..

⁵⁵ R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. Amm.*, 2019, 4, 773; A. PAJNO, *Intelligenza artificiale e sistema di tutela giurisdizionale*, in *Astrid*, Rassegna 3/2020, 3.

⁵⁶ E. CARLONI, *Algoritmi su carta*, cit., 368.

⁵⁷ Sul problema della formazione di competenze, nella P.A., specializzate nel capo dell'IA si v. D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale*, cit., 14, dove si sottolinea il paradosso che mentre nella legge italiana di Bilancio 2018 è stata inserita un'agevolazione ad hoc che spetterà a tutte le imprese che nel 2018 abbiano realizzato attività di formazione del personale dipendente nel settore delle tecnologie previste dal Piano nazionale impresa 4.0., nulla è stato stanziato specificamente per la formazione tecnologica del personale alle dipendenze della Pubblica Amministrazione.

⁵⁸ Si v. ad esempio l'art. 23, comma 13, del d.lgs. 50/2016, ove prescrive che l'uso di metodi e strumenti elettronici in sede di progettazione possa avvenire solo da parte delle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato.

Quinto problema è quello dell'errore commesso dagli algoritmi. Una recente analisi non giuridica⁵⁹ e, come si vedrà *infra*, i recenti casi esaminati dalla giurisprudenza amministrativa, spingono ad abbandonare l'erronea idea che gli algoritmi siano infallibili.

Al contrario, degli algoritmi non ci si può fidare ciecamente. Non è infatti detto che la decisione pur apparendo formalmente corretta sia effettivamente quella voluta (in base ai dati e i criteri stabili) dall'Amministrazione.

Come si è detto, il calcolo esatto della macchina dipende sempre da un previo processo cognitivo umano⁶⁰. Se le conseguenze dell'errore umano sono previste dall'ordinamento che individua le soluzioni di cui il cittadino è consapevole, nulla è stabilito riguardo all'errore algoritmico. Sul piano regolatorio, le politiche dell'UE si stanno conseguentemente concentrando sul tema della responsabilità per l'assunzione della decisione tramite algoritmo, spingendo gli Stati a regolare tali aspetti per evitare vuoti di tutela.

La dottrina, con riferimento alla responsabilità per i comportamenti omissivi o commissivi dell'I.A. ha evidenziato che laddove la stessa venisse attribuita al suo programmatore e manutentore, questo andrebbe considerato un pubblico funzionario ed un pubblico ufficiale con tutte le conseguenze ivi incluso il giudizio di responsabilità contabile dinanzi alla Corte dei conti per danno erariale; se invece si opta per una responsabilità "diretta" della macchina verso i terzi, la responsabilità del suo programmatore e manutentore resterebbe una responsabilità civile e di regresso⁶¹.

Quanto alle concrete modalità di elaborazione dell'algoritmo, sebbene il Codice dell'Amministrazione digitale (CAD) non ne parli, alcune indicazioni possono rinvenirsi nella disciplina sull'utilizzo dei *software* da parte dell'Amministrazione.

Per poter scegliere che tipologia di *software* utilizzare, l'articolo 68, comma 1 del CAD richiede lo svolgimento di una previa valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico a seguito della quale le pub-

⁵⁹ C. TOFFALORI, *Algoritmi*, cit., 139.

⁶⁰ Il CGA nel dichiarare la cancellazione di un duplicato di un deposito telematico di un ricorso effettuato erroneamente ha recentemente rimarcato "l'ovvia constatazione che il sistema informatico non è un ente giuridico a cui sia riconosciuta la capacità giuridica e di agire e men che meno quella di proporre un ricorso giurisdizionale" (ord., 12 settembre 2019, n. 615).

⁶¹ E. PICOZZA, *Politica*, cit. 1765.

bliche amministrazioni acquisiscono programmi informatici o parti di essi nel rispetto dei principi di economicità e di efficienza, tutela degli investimenti, riuso e neutralità tecnologica. La valutazione è effettuata distinguendo tra: a) *software* sviluppato per conto della pubblica amministrazione⁶²; b) riutilizzo di *software* o parti di esso sviluppati per conto della pubblica amministrazione⁶³; c) *software* libero o a codice sorgente aperto⁶⁴; d) *software* fruibile in modalità *cloud computing*⁶⁵; e) software di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso⁶⁶; f) *software* combinazione delle precedenti soluzioni⁶⁷.

Proprio per favorire il riutilizzo dei codici, l'articolo 69 del CAD dispone che “*le pubbliche amministrazioni che siano titolari di soluzioni e programmi informatici realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, hanno l'obbligo di rendere disponibile il relativo codice sorgente, completo della documentazione e rilasciato in repertorio pubblico sotto licenza aperta, in uso gratuito*”.

Per la valutazione comparativa tra le soluzioni, l'Amministrazione deve verificare: (i) il costo complessivo (*Total Cost of Ownership TCO*)

⁶² Soluzione detta anche “*opzione make*”: la P.A. affida lo sviluppo del software (sia esso *ex novo* o modifica di *software* esistente) a un fornitore e quest'ultimo si impegna a consegnare alla P.A. il *software* sviluppato sulla base dei requisiti da questa definiti. Per esempio, nel ciclo di vita del *software* (analisi, progettazione, sviluppo, collaudo, rilascio, manutenzione) la P.A. potrebbe occuparsi delle fasi di analisi e progettazione, definendo i requisiti del software, per poi affidare lo sviluppo al fornitore.

⁶³ Soluzione del “riuso” di un *software* della P.A. (o suoi componenti) già esistente e disponibile.

⁶⁴ *Software* con licenza *Open Source*.

⁶⁵ Soluzione nella quale la P.A. acquisisce il software come servizio. In questa soluzione non sono ricomprese le soluzioni “HaaS” (*Hardware as a Service*) e “IaaS” (*Infrastructure as a Service*).

⁶⁶ *Software* soggetto a condizioni di licenza d'uso di tipo proprietario da installare “on premise”.

⁶⁷ *Software* realizzato con componenti appartenenti a più di una categoria tra quelle precedenti. Ad esempio, *software* in cui una soluzione in riuso si appoggia su un *middleware* *Open Source* e accede a un database proprietario, con componenti realizzate appositamente per conto dell'amministrazione destinataria della soluzione. È di fatto la tipologia più comune tra quelle effettivamente in uso nelle pubbliche amministrazioni

Le macro fasi individuate sono: fase 1: definizione delle esigenze con la specifica dei bisogni e dei vincoli (organizzativi ed economici) che condizionano le scelte per l'identificazione di una soluzione adeguata alle esigenze dell'amministrazione; fase 2: accertamento della possibilità di soddisfare le proprie esigenze utilizzando una soluzione già in uso presso altre amministrazioni o a software libero o codice sorgente aperto; fase 3: ove la macro fase 2 non permetta di rispondere alle esigenze della pubblica amministrazione, si persegue il soddisfacimento delle stesse attraverso il ricorso a programmi informatici di tipo proprietario, mediante ricorso a licenza d'uso e/o a realizzazioni *ex novo*.

della soluzione, calcolato su una finestra temporale adeguata al contesto della valutazione, comprensivo del costo di migrazione verso altra soluzione; (ii) l'utilizzo di formati di dati aperti, finalizzata ad assicurare l'interoperabilità tra i sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni e/o dei gestori di pubblici servizi; (iii) l'utilizzo di interfacce aperte, incluse Application Programming Interface (API), vale a dire interfacce pubbliche, documentate e liberamente implementabili/estendibili, finalizzata ad assicurare l'interoperabilità tra i sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni e/o dei gestori di pubblici servizi; (iv) l'utilizzo di standard per l'interoperabilità tra i sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni e/o dei gestori di pubblici servizi; (v) i livelli di sicurezza che diano adeguate garanzie indipendentemente dalla natura giuridica del titolare del software e/o dell'erogatore del servizio in modalità *cloud computing*; (vi) la conformità alla normativa in materia di protezione dei dati personali; (vii) i livelli di servizio del fornitore nel rispetto delle metriche precedentemente individuate dalla p.A. in un Service Level Agreement (SLA). Sussiste evidentemente difficoltà a effettuare comparazioni quantitative omogenee, come in caso di confronto tra una soluzione dalla quale possano essere ricavati costi certi (soluzione proprietaria in modalità on premise o in modalità *cloud computing*) e una soluzione da realizzare *ex novo* – per la quale si disponga soltanto dello studio di fattibilità.

4. *La conoscibilità del "codice sorgente": il caso delle procedure di reclutamento e mobilità degli insegnanti*

Effettuata la scelta di utilizzare gli algoritmi per assumere la decisione amministrativa, il *software* e il relativo "codice sorgente" devono essere elaborati traducendo in un algoritmo elementi di fatto e precetti giuridici e risolvendo una serie di questioni preliminari prospettate dall'Amministrazione al programmatore⁶⁸.

L'algoritmo opererà in base a un linguaggio sconosciuto non solo

⁶⁸ I dati grezzi (dati del mondo reale) sono infatti quasi sempre incompleti e non possono essere utilizzati senza essere "ridimensionati" o standardizzati. Come evidenzia S. VACCARI, *Note minime in tema di Intelligenza Artificiale e decisioni amministrative*, in *Giustamm.it*, 2019, 10 esiste un problema di algoritmizzazione della regola giuridica, spesso contenente clausole generali o concetti giuridici indeterminati, non traducibili in un diverso linguaggio quale quello algoritmico; A. MASUCCI, *Vantaggi e rischi*, cit., 1116.

all'Amministrazione (*i.e.* al funzionario incaricato del procedimento⁶⁹), ma anche al privato inciso dalla decisione robotica, nonché al giudice chiamato eventualmente a sindacare le illegittimità contestate.

La questione della conoscibilità e del controllo sulla decisione amministrativa robotica è stata recentemente affrontata in diverse occasioni dalla giurisprudenza amministrativa relativamente agli algoritmi utilizzati in alcuni procedimenti dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca⁷⁰.

L'ampio contenzioso, che ha riguardato la procedura relativa alla c.d. "fase C" del piano straordinario di assunzioni avviato dalla l. n. 107/2015 per il potenziamento della scuola secondaria, fornisce diversi spunti di riflessione sul tema che ci occupa.

I numerosi partecipanti alla procedura, gestita da un algoritmo in modo totalmente automatizzato, ne impugnavano gli esiti contestando che il MIUR, acriticamente recependo i risultati elaborati dal *software*, avesse disposto i trasferimenti dei docenti, senza tener conto delle preferenze da loro espresse, in province più lontane da quella di propria residenza o da quella comunque scelta con priorità, nonostante la disponibilità dei posti.

I ricorrenti in particolare contestavano che *"l'intera procedura di assunzioni era stata gestita da un sistema informatico per mezzo di un algoritmo (il cui funzionamento sarebbe rimasto sconosciuto) ed era sfociata in provvedimenti privi di alcuna motivazione, senza l'individuazione di un funzionario dell'amministrazione che abbia valutato le singole situazioni ed abbia correttamente esternato le relative determinazioni provvedimenti"*⁷¹.

⁶⁹ Si v. M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in *La Tecnificazione*, a cura di S. Civitarese Matteucci, L. Torchia, Firenze 2016, 165, in cui si evidenzia il fenomeno del passaggio da una condizione di *street-level bureaucracy* a una condizione di *screen-level bureaucracy*, dove nella prima è solo il pubblico funzionario a decidere mentre nella seconda decide solo formalmente e, di fatto, la decisione è assunta dall'elaboratore elettronico ove precedentemente è stato installato un certo software e sono stati inseriti i dati del singolo procedimento. Il ruolo del funzionario rimane circoscritto, *ex ante*, all'attività di impostazione della singola macchina e, *ex post*, alla lettura della elaborazione da essa fatta dei dati inseriti.

⁷⁰ Su cui si v. E. PROSPERETTI, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziari. Un'analisi a partire da due pronunce del TAR Lazio*, in *Dir. dell'informatica*, 2019, 4, 970; G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷¹ Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

Una delle prime pronunce su tale procedura riguarda specificatamente il diritto di accesso al "codice sorgente" algoritmico utilizzato dal MIUR. A fronte della richiesta di alcuni candidati-docenti e del relativo sindacato, il Ministero aveva infatti negato l'accesso limitandosi a fornire un *memorandum* in cui illustrava i riferimenti normativi della procedura, i relativi passaggi procedurali e descriveva l'algoritmo e il suo concreto funzionamento.

Il giudice amministrativo ha tuttavia affermato che tale comunicazione è insufficiente in quanto avrebbe dovuto essere fornito anche il codice sorgente nella specie elaborato dalla società privata incaricata dall'Amministrazione⁷².

Il TAR ha affermato, infatti, che sebbene la descrizione fornita dall'Amministrazione "*permette evidentemente di assicurare la comprensibilità del funzionamento del software anche al cittadino comune*", tuttavia, "*non si può fondatamente escludere l'interesse e il diritto per il destinatario dell'atto, e nella presente fattispecie dell'associazione sindacale che rappresenta i predetti destinatari, di avere piena contezza anche del programma informatico che può aversi solo con l'acquisizione del relativo linguaggio sorgente, indicato nel ricorso come codice sorgente, del software relativo all'algoritmo di cui trattasi*". In un successivo passaggio si precisa che la "*descrizione della modalità di funzionamento dell'algoritmo assicura una conoscenza assolutamente non paragonabile a quella che deriverebbe dall'acquisizione del richiesto linguaggio sorgente, atteso che, se non altro, la predetta descrizione è, comunque, atto di parte*".

I giudici considerano del tutto irrilevante e non ostativa all'accesso la circostanza che il *software* sia stato elaborato da una società privata, in quanto lo stesso "*può essere tutelato ai sensi della disciplina sul diritto d'autore, avuto riguardo al modo in cui questo viene sviluppato, organizzato ed elaborato*", sicché, "*nel caso di software personalizzato – ossia realizzato specificatamente per soddisfare le esigenze particolari di un cliente – realizzato su commissione, la regolamentazione dei diritti patrimoniali del programma per elaboratore non è predisposta dalla legge ma è rimessa alla libera pattuizione delle parti contrattuali nell'ambito del contratto per lo sviluppo del software*"⁷³.

⁷² Si tratta della società aggiudicataria (mandatario del RTI tra HPE e Finmeccanica) del lotto di gestione dei servizi applicativi del sistema informativo della pubblica istruzione.

⁷³ In dottrina la questione è ampiamente trattata da G. SPINDLER, *Copyright Law and Artificial Intelligence*, in *IIC*, 2019, 50, 1049.

Se né il diritto di autore né la proprietà intellettuale precludono l'ostensione e la comunicazione del codice sorgente e l'Amministrazione deve consentire l'accesso per la tutela dei diritti prospettati dall'istante, allo stesso tempo si precisa che è la stessa Amministrazione a dover controllare *“anche il limite di utilizzo dei dati appresi, con conseguente responsabilità diretta dell'avente diritto all'accesso nei confronti del titolare del software”*.

In una successiva pronuncia legata ad una diversa procedura concorsuale sempre gestita dal MIUR, il Consiglio di Stato ha evidenziato che il soggetto (pubblico o privato) incaricato dell'elaborazione del codice sorgente deve, necessariamente, essere qualificato come controinteressato e notiziato dell'eventuale richiesta di accesso a tale codice (e dell'eventuale ricorso avverso il diniego o il silenzio sull'istanza) in quanto titolare del *“diritto a mantenere segreta la regola tecnica in cui si sostanzia la propria creazione”*⁷⁴.

In alcune pronunce il Consiglio di Stato ha poi affermato con nettezza che, l'impossibilità di comprendere le modalità con cui abbia operato l'algoritmo, costituisce *“di per sé un vizio tale da inficiare la procedura”*. In senso parzialmente diverso da quanto affermato dal TAR, il Consiglio di Stato ha inoltre precisato che la *“caratterizzazione multidisciplinare”* dell'algoritmo *“costruzione che certo non richiede solo competenze giuri-*

⁷⁴ Si v. Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 30. Nella specie si controverteva del diritto di accesso ai codici sorgente del *software* relativo allo svolgimento della prova scritta del Corso-concorso nazionale indetto dal MIUR nel 2017 finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici. In sede di appello il CINECA ha affermato di essere il titolare del programma usato dal MIUR per la procedura concorsuale e si è pertanto opposto all'ostensione del codice in quanto lo stesso *“non sarebbe qualificabile come documento amministrativo informatico e comunque l'ostensione dello stesso sarebbe sproporzionata e inutile”* e che *“da un lato, l'esigenza sottesa all'istanza di accesso sarebbe suscettibile di essere soddisfatta mediante modalità meno dannose e più efficaci (analisi dei log di sistema recanti le operazioni compiute dai singoli candidati ed esecuzione del software); dall'altro, l'ostensione del codice sorgente procurerebbe un grave pregiudizio sia alle esigenze di riservatezza della procedura concorsuale (rilevando le formule e le istruzioni occorrenti per decrittare e gestire quesiti e risposte, nonché tutti i dati inseriti dai candidati del concorso, con conseguente violazione della riservatezza e della regolarità delle operazioni concorsuali), sia al diritto di riservatezza riconoscibile al titolare dello stesso algoritmo, rendendo note tutte le parti di ideazione e strutturazione del software, oggetto di protezione alla stregua del diritto di proprietà intellettuale e industriale; fattispecie limitative del diritto di accesso ai sensi degli artt. 24, comma 6, lett. d), L. n. 241/90, 5 bis, comma 2, lett. c) D. Lgs. n. 33/2013 e 53, comma 5, lett. d), D. Lgs. n. 50/2016”*. Il Consiglio di Stato ha considerato la mancata notifica del ricorso di primo grado al CINECA (che non era stato individuato come controinteressato dall'Amministrazione in sede procedimentale) una violazione del contraddittorio e ha pertanto rimesso la controversia al TAR *ex art. 105 c.p.a.*

diche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative" non esime l'Amministrazione da fornire "spiegazioni che la traducano nella "regola giuridica" ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile⁷⁵".

Il Consiglio di Stato ha tuttavia condiviso la tesi del TAR secondo cui la riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati non può essere ostativa alla ostensione del codice sorgente in quanto le società, ponendo "al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza".

Ne deriva che la piena conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dagli autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti "ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato⁷⁶".

Oltre alla conoscibilità, la stessa giurisprudenza ha inoltre affermato che l'assunzione della decisione robotica impone all'Amministrazione di (i) garantire un contributo umano capace di "controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica"; (ii) minimizzare il rischio che l'utilizzo di algoritmi per l'assunzione delle decisioni produca delle discriminazioni "mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati" operazione che "richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni", ossia del programmatore⁷⁷.

Quanto all'intensità del sindacato giurisdizionale sulla decisione robotica viene affermato che lo stesso è di "portata analoga a quella che il giudice esercita sull'esercizio del potere con modalità tradizionali" e che il giudice dovrà valutare la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione andando a svolgere "per la prima volta sul piano 'umano', valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica⁷⁸".

⁷⁵ Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270, pt. 9.

⁷⁶ Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270, pt. 8.2.

⁷⁷ Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

⁷⁸ Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270, pt. 8.4.

5. *Un confronto con l'ordinamento francese prendendo spunto dal caso "Parcoursup"*

In Francia la possibilità di utilizzare algoritmi per l'assunzione di decisioni amministrative viene discussa dagli anni '70 e, come accennato *supra*, la relativa elaborazione normativa ha contribuito, ponendosi come modello⁷⁹, alla formazione dell'attuale disciplina europea sulla protezione dei dati personali⁸⁰.

L'art. 10 della legge 6 gennaio 1978 (*Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*), sul trattamento dei dati personali poneva dei chiari limiti all'utilizzo di algoritmi per l'assunzione delle decisioni che sono stati confermati dalla successiva legislazione. Un primo limite, di tipo assoluto, era posto alle decisioni giurisdizionali, stabilendo che le stesse, se implicano una valutazione della condotta di un soggetto, non possono affidarsi ad un algoritmo incaricandolo di valutarne aspetti della personalità⁸¹. Un secondo limite, di tipo relativo, riguardava l'utilizzo, esclusivo, di algoritmi per l'assunzione di decisioni con effetti giuridici nei confronti di una persona, che ne definiscano il profilo o ne valutino determinati aspetti personali. La stessa disposizione precisava che le decisioni prese nell'ambito della conclusione o dell'esecuzione di un contratto e per le quali l'interessato abbia avuto la possibilità di presentare le proprie os-

⁷⁹ Sul diritto amministrativo francese quale sistema "esportatore" di modelli si v. il celebre studio di J. RIVERO, *Droit administratif français et droits administratifs étrangers*, 199, recentemente richiamato in relazione alla convergenza tra il processo amministrativo tedesco, francese e italiano da F. APERIO BELLA, *L'innesto di regole del processo amministrativo di altri ordinamenti. Un possibile approccio alla comparazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, 2, 226.

⁸⁰ M. BOUL, *Réflexions sur la notion de donnée publique*, in *Revue française d'administration publique* 2018, 3, 471; E. UNTERMAIER-KERLÉO, *Les nouveaux visages de la décision administrative: d'une administration assistée à une administration automatisée*, in *JCP Administrations et Collectivités Territoriales*, 2018, 50, 2339.

⁸¹ L'art. 10 della l. n. 78-17 del 6 gennaio 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* modificato dalla l. n. 2004-801 del 6 agosto 2004 disponeva che "*Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité. Aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité. Ne sont pas regardées comme prises sur le seul fondement d'un traitement automatisé les décisions prises dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat et pour lesquelles la personne concernée a été mise à même de présenter ses observations, ni celles satisfaisant les demandes de la personne concernée*".

servazioni o che soddisfano le sue richieste non sono considerate come prese esclusivamente sulla base di un trattamento automatico dei dati.

Nel corso degli anni il ricorso agli algoritmi è diventato un fenomeno sempre più diffuso anche nell'ambito dell'Amministrazione⁸² e il quadro regolatorio si è arricchito andando a costituire un "régime juridique de droit commun algorithmique"⁸³.

Con un'importante riforma del 6 ottobre 2016 (*Loi pour une République numérique*) finalizzata a implementare la trasparenza delle procedure algoritmiche, la Francia ha introdotto (all'art. L-312-1-3) l'obbligo per la maggior parte delle Amministrazioni statali e locali⁸⁴ e per i soggetti di diritto privato incaricati di funzioni di pubblico servizio, di pubblicare sui propri siti le informazioni sugli algoritmi utilizzati nell'adozione delle proprie decisioni amministrative⁸⁵.

Com'è stato evidenziato, l'adempimento a tale obbligo implica che le Amministrazioni rendano note anche le istruzioni da loro impartite per l'elaborazione dell'algoritmo e la spiegazione, resa da parte del tecnico incaricato, sulla sua concreta realizzazione⁸⁶.

Tale obbligo, tuttavia, può essere adempiuto anche *ex post* e non impone alle Amministrazioni di rendere subito nota la decisione di ricorrere agli algoritmi per gestire una determinata procedura⁸⁷.

La stessa legge (agli artt. L. 311-3-1, R. 311-3-1-1 et R. 311-3-1-2) ha poi stabilito per le Amministrazioni degli obblighi di comunicazione nei confronti del cittadino precisati da un successivo decreto⁸⁸. L'obbligo di

⁸² Tanto che la dottrina parla di *État algorithmique* e *algorithmisation de l'administration* e di un consequenziale profondo cambiamento nei rapporti tra Stato e cittadino, B. BARAUD, *L'algorithmisation de l'administration* in *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2018, 42 ss; A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Cours au Collège de France (2012-2014), Coll. Poids et Mesures du Monde, Fayard, 2015.

⁸³ J.B. DUCLERCQ, *Le droit public à l'ère des algorithmes*, in *RD publ.*, 2017, 1416.

⁸⁴ La disposizione esclude da tale obbligo le Amministrazioni con meno di cinquanta dipendenti.

⁸⁵ L. CLUZEL-MÉTAYER, *La loi pour une République numérique: l'écosystème de la donnée saisi par le droit*, *AJDA*, 2017, 6, 340 ss.

⁸⁶ E. MOURIESSE, *L'opacité des algorithmes et la transparence administrative*, in *RFDA*, 2019, 47.

⁸⁷ D. BOURCIER, DE FILIPPI, *Les algorithmes*, cit.

⁸⁸ D. n. 2017-330 del 14 marzo 2017, *relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique* che prevede in particolare l'obbligo di comunicare all'interessato, su sua richiesta, in forma intelligibile e senza pregiudicare eventuali interessi alla segretezza delle informazioni: "1° Le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision; 2° Les données traitées et leurs sources; 3° Les paramètres de traitement et, le cas échéant,

garantire la piena “conoscibilità” dell’algoritmo preclude, in concreto, all’Amministrazione di utilizzare algoritmi di cui sarebbe difficile spiegare al cittadino il funzionamento⁸⁹.

Al fine di adattare la normativa interna al Regolamento europeo sui dati personali, la Francia ha adottato una legislazione specifica (*Loi n. 2018-493 del 20 giugno 2018 relative à la protection des données personnelles*), che ha modificato l’art. 10 della sopracitata legge del 6 gennaio 1978. L’art. 21 di tale legge ha mantenuto i divieti previsti dal richiamato art. 10, facendo salve le ipotesi previste dalle lettere a e c del richiamato art. 22 del Regolamento sui dati personali⁹⁰. Il secondo paragrafo dell’art. 21 aggiunge, in attuazione della lett. b dello stesso art. 22 del Regolamento, che le decisioni amministrative individuali adottate sulla base di algoritmi devono, a pena di nullità, essere conformi agli obblighi di comunicazione previsti dall’art. L. 311-3-1 del *Code des relations entre le public et l’administration*. La stessa disposizione prevede inoltre un

leur pondération, appliqués à la situation de l’intéressé; 4° Les opérations effectuées par le traitement” su cui si v. P. COPPOLANI, *Le décret n° 2017-330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l’objet de décisions individuelles prises sur le fondement d’un traitement algorithmique : vers une victoire à la Pyrrhus*, in *I2D – Information, données & documents*, 2017, 54, 16.

⁸⁹ L’insieme delle disposizioni introdotte dal 2016 implementano il controllo sociale sull’utilizzo degli algoritmi da parte dell’Amministrazione. Come ha evidenziato il Vice presidente del Conseil d’État nel discorso *Le juge administratif et l’intelligence artificielle*, tenuto il 20 aprile 2018 in occasione della Conférence des présidents des juridictions administratives: “ces dispositions doivent permettre à chacun d’exercer sa propre conscience et d’être vigilant dans l’utilisation des algorithmes, qui peut être faite à son égard. Seule cette intelligibilité permettra aux intéressés de ne pas subir passivement les effets de l’intelligence artificielle en facilitant un contrôle à la fois interne, par leurs producteurs et utilisateurs, et externe par les destinataires et les pouvoirs publics”, disponibile su <https://www.conseil-etat.fr/>.

⁹⁰ L’art. 21 ha modificato l’art. 10 e ha previsto che “Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d’une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de la personnalité de cette personne; Aucune décision produisant des effets juridiques à l’égard d’une personne ou l’affectant de manière significative ne peut être prise sur le seul fondement d’un traitement automatisé de données à caractère personnel, y compris le profilage, à l’exception: «1° Des cas mentionnés aux a et c du 2 de l’article 22 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 précité, sous les réserves mentionnées au 3 du même article 22 et à condition que les règles définissant le traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre soient communiquées, à l’exception des secrets protégés par la loi, par le responsable de traitement à l’intéressé s’il en fait la demande”.

generale divieto a che i ricorsi amministrativi possano essere esaminati tramite l'utilizzo esclusivo di algoritmi⁹¹.

Il *Conseil constitutionnel* in una decisione resa il 12 giugno 2018⁹² ha vagliato la conformità alla Costituzione del suddetto art. 21 ritenendo compatibile l'adozione di decisioni tramite l'utilizzo esclusivo di algoritmi.

La pronuncia si focalizza sul rispetto del principio di legalità. Il gruppo di (senatori) ricorrenti, infatti, rappresentava la preoccupazione che se gli algoritmi non sono pienamente conoscibili e, dunque, i criteri sulla cui base la decisione è stata adottata non sono comprensibili, si rischia di produrre una sorta di delega in bianco del potere amministrativo. La Corte nega tale assunto esplicitando quali sono le tre condizioni (*recte* garanzie) per adottare una decisione amministrativa automatizzata.

Il *Conseil*, in primo luogo, esclude che scegliendo di utilizzare gli algoritmi l'Amministrazione abdichi all'esercizio del proprio potere⁹³. La decisione infatti può essere adottata sulla base esclusiva di algoritmi, ma

⁹¹ “*Des décisions administratives individuelles prises dans le respect de l'article L. 311-3-1 et du chapitre Ier du titre Ier du livre IV du code des relations entre le public et l'administration, à condition que le traitement ne porte pas sur des données mentionnées au I de l'article 8 de la présente loi. Ces décisions comportent, à peine de nullité, la mention explicite prévue à l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration. Pour ces décisions, le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Par dérogation au 2° du présent article, aucune décision par laquelle l'administration se prononce sur un recours administratif mentionné au titre Ier du livre IV du code des relations entre le public et l'administration ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel*”.

⁹² CC, no. 2018-765, DC. In realtà la Corte costituzionale francese già nella decisione 2003-467 DC sulla *Loi pour la sécurité intérieure* si era pronunciata su alcune disposizioni che autorizzano i servizi di polizia ad operare tramite applicazioni automatizzate di informazioni nominative raccolte durante le indagini. In tale occasione la Corte ha evidenziato che tali disposizioni dovevano essere interpretate alla luce delle garanzie della già citata *Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* che vieta l'assunzione di decisioni valutative di aspetti personali dei singoli assunte sulla base esclusiva di algoritmi, precisando, quindi, che tali dati dovessero essere solo un elemento della decisione rimesso al vaglio dell'autorità amministrativa e eventualmente del giudice.

⁹³ CC, no. 2018-765, DC (pt. 69) dove si afferma infatti che “*ces dispositions se bornent à autoriser l'administration à procéder à l'appréciation individuelle de la situation de l'administré, par le seul truchement d'un algorithme, en fonction des règles et critères définis à l'avance par le responsable du traitement. Elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'autoriser l'administration à adopter des décisions sans base légale, ni à appliquer d'autres règles que celles du droit en vigueur. Il n'en résulte dès lors aucun abandon de compétence du pouvoir réglementaire*”.

ciò non significa che siano gli stessi algoritmi ad assumere la decisione in quanto gli stessi devono operare secondo i criteri stabiliti dalla legge e dal responsabile del trattamento dei dati.

Se, come visto, l'art. L. 311-3-1 impone che la decisione amministrativa debba indicare esplicitamente che è stata adottata sulla base di un algoritmo e le principali caratteristiche della sua applicazione, ne consegue che, quando i principi operativi di un algoritmo non possono essere comunicati (in quanto rientranti in una categoria esclusa dal diritto di accesso prevista dall'art. L. 311-5 dello stesso Codice⁹⁴), non può essere presa alcuna decisione individuale sulla base di algoritmi⁹⁵.

La seconda condizione è che la decisione robotica deve poter essere contestata (anche) con un ricorso amministrativo che, come prevede lo stesso art. 21, non può essere esaminato dall'Amministrazione in modo esclusivamente algoritmizzato⁹⁶. In caso di ricorso giurisdizionale, il giudice, può esigere dall'Amministrazione la comunicazione delle caratteristiche dell'algoritmo⁹⁷. Come già evidenziato, è fondamentale che il responsabile del trattamento si assicuri che l'algoritmo e i suoi sviluppi

⁹⁴ La disposizione prevede che “*Ne sont pas communicables: 1° Les avis du Conseil d'Etat et des juridictions administratives, les documents de la Cour des comptes mentionnés à l'article L. 141-3 du code des juridictions financières et les documents des chambres régionales des comptes mentionnés aux articles L. 241-1 et L. 241-4 du même code, les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision, les documents élaborés ou détenus par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique dans le cadre des missions prévues à l'article 20 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, les documents préalables à l'élaboration du rapport d'accréditation des établissements de santé prévu à l'article L. 6113-6 du code de la santé publique, les documents préalables à l'accréditation des personnels de santé prévue à l'article L. 1414-3-3 du code de la santé publique, les rapports d'audit des établissements de santé mentionnés à l'article 40 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 et les documents réalisés en exécution d'un contrat de prestation de services exécuté pour le compte d'une ou de plusieurs personnes déterminées ; 2° Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte: a) Au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif; b) Au secret de la défense nationale; c) A la conduite de la politique extérieure de la France; d) A la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la sécurité des systèmes d'information des administrations; e) A la monnaie et au crédit public; f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente; g) A la recherche et à la prévention, par les services compétents, d'infractions de toute nature; h) Ou sous réserve de l'article L. 124-4 du code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi”.*

⁹⁵ CC, n. 2018-765, DC, (pt 69).

⁹⁶ CC, n. 2018-765, DC, (pt 70).

⁹⁷ CC, n. 2018-765, DC (pt. 70).

siano "padroneggiabili" per poter rendere noto in modo dettagliato e comprensibile all'interessato il modo in cui è stata assunta la decisione⁹⁸.

I dati utilizzati dagli algoritmi tuttavia non devono essere personali (*i.e.* che rivelano la presunta origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche o l'appartenenza sindacale di una persona fisica, i dati genetici, i dati biometrici, i dati sanitari o i dati relativi alla vita sessuale o all'orientamento sessuale di una persona fisica). Infine, terza condizione è che il responsabile del trattamento dei dati si assicuri di poter spiegare in modo dettagliato e in forma intelligibile al relativo destinatario come è stata assunta la decisione.

L'ultimo paragrafo dell'art. 21 della richiamata legge effettua una precisazione riguardante la procedura (algoritmica) per l'ammissione all'istruzione superiore al fine di implementarne la trasparenza⁹⁹.

Il tema, di recente entrato vivacemente nel dibattito pubblico d'oltralpe in ragione delle molteplici proteste sull'utilizzo di algoritmi per la gestione del sistema di accesso all'istruzione superiore, consente, alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza amministrativa e costituzionale francese, alcune riflessioni¹⁰⁰.

Nel 2009 è stato previsto che le domande di ammissione degli studenti diplomati confluissero in un portale telematico gestito a livello centrale dal Ministero dell'istruzione. L'originaria piattaforma (denominata Apb, *Admission post bac*) stabiliva l'ammissione alle facoltà attraverso un algoritmo che valutava il percorso scolastico dello studente (a cominciare dalle ultime classi delle elementari), incrociando le domande con l'offerta di posti disponibili seguendo una griglia di gradua-

⁹⁸ CC, n. 2018-765, DC (pt. 71), dove si precisa che "*le responsable du traitement doit s'assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Il en résulte que ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement*".

⁹⁹ Ai sensi del quale "*Le comité éthique et scientifique mentionné à l'article L. 612-3 du code de l'éducation remet chaque année, à l'issue de la procédure nationale de préinscription et avant le 1er décembre, un rapport au Parlement portant sur le déroulement de cette procédure et sur les modalités d'examen des candidatures par les établissements d'enseignement supérieur. Le comité peut formuler à cette occasion toute proposition afin d'améliorer la transparence de cette procédure*".

¹⁰⁰ D. BOURCIER, DE FILIPPI, *Les algorithmes*, cit., sottolineano che proprio l'opacità di tale procedura ha indotto il legislatore con la riforma del 2016 ad ampliare la trasparenza.

torie a scalare¹⁰¹. Si tratta di una piattaforma “a due parti” (*plateforme biface*) in cui la “rete dei candidati” interagisce con la “rete degli istituti” di formazione e istruzione agevolando l’incontro tra domanda e offerta¹⁰².

Nel 2018, tale sistema è stato sostituito da un portale telematico di selezione post-bac, “*Parcoursup*”, entrato in funzione da gennaio con la *Loi “Ore”, Orientation et réussite des étudiants*, governato anch’esso da algoritmi.

La procedura si articola in quattro passaggi¹⁰³. Nella prima parentesi temporale (da novembre a gennaio) il candidato valuta gli atenei e istituti di formazione e partecipa alle settimane di orientamento, nella seconda (da gennaio a marzo) esprime dieci preferenze in modo non graduato per la sua iscrizione, inviando un *dossier* personale, in cui è ricostruito il profilo dello studente, il suo percorso scolastico, e sono inserite le referenze di un insegnante e un progetto di formazione redatto dallo stesso studente.

Da aprile a maggio le candidature sono esaminate e classificate da apposite commissioni (*Commissions d’examen des vœux – CEV*) costituite localmente nei singoli istituti e università. La piattaforma *Parcoursup*, infine, per mezzo del codice algoritmico, riceve come *input* il *ranking* stabilito dalla Commissione e invia le proposte agli studenti.

Da maggio a luglio i risultati sono comunicati agli interessati che decidono se accettare o meno la destinazione che gli è stata assegnata dalla piattaforma.

A differenza della precedente piattaforma, il sistema *Parcoursup* è obbligatorio e il legislatore ha imposto a tutti gli istituti di formazione superiori di adeguarsi entro il 2020. L’algoritmo di *Parcoursup* è stato reso pubblico dal Ministero solo in minima parte, mentre non sono noti gli “*algoritmes locaux*” ossia i criteri (che possono essere anche non algoritmici) utilizzati dai singoli istituti e università, su cui a più voci i Comitati etici e scientifici e l’opinione pubblica sollecitano maggiore trasparenza.

¹⁰¹ Si v. il rapporto di C. VILLANI, G. LONGUET, *Les algorithmes au service de l’action publique: le cas du portail admission post-bac*, *Rapport au nom de l’office parlementaire d’évaluation des choix scientifiques et technologiques*, presentato al Senato francese 15 febbraio 2018, accessibile su <https://www.senat.fr/notice-rapport/2017/r17-305-notice.html>.

¹⁰² Utilizza tale terminologia parlando di progressiva “plateformisation” del mercato A. CASILLI, *En attendant les robots. Enquête sur le travail du clic*, Parigi 2019, 1162.

¹⁰³ Per un rapporto dettagliato sul funzionamento di tale piattaforma si v. il report pubblicato a febbraio 2020 dalla Corte dei conti: *Un premier bilan del l’accès à l’enseignement supérieur dans le cadre de la loi orientation et réussite des étudiants*, *Communication au comité d’évaluation et de contrôle des politiques publiques de l’Assemblée nationale*, in www.ccomptes.fr.

L'opacità della procedura desta, infatti, non poche perplessità per la circostanza che nel territorio francese persiste una scarsa "mobilità educativa"¹⁰⁴, che inevitabilmente accentua il rischio di forti discriminazioni sociali¹⁰⁵. Proprio per correggere tale distonia il Ministero ha affidato ad un'associazione di diritto privato (*Article 1*) lo studio dei dati immessi nella piattaforma.

Nell'agosto 2018, l'Unione Nazionale degli Studenti Francesi (*Union nationale des étudiants de France – UNEF*) ricorreva contro l'Université des Antilles per ottenere l'ostensione dei codici e degli algoritmi utilizzati dall'università per classificare i candidati registrati tramite la *Parcoursup*. La decisione del giudice di primo grado¹⁰⁶, favorevole alla ricorrente, è stata totalmente ribaltata dal *Conseil d'État*¹⁰⁷.

I giudici d'appello, pur dando preliminarmente atto che la riforma introdotta nel 2016 e che ha modificato il *Code des relations entre le public et l'administration* impone l'ostensione degli algoritmi utilizzati dalla Pubblica Amministrazione per l'adozione delle decisioni che abbiano incidenza sui singoli¹⁰⁸ e, pur riconoscendone la relativa portata generale,

¹⁰⁴ In Francia, infatti, il livello di diploma conseguito dai genitori determina ancora fortemente quello dei figli ed è il 15° paese su 20 paesi OCSE i termini di mobilità educativa: <https://article-1.eu/>.

¹⁰⁵ Sul rapporto tra algoritmi e discriminazione si v. J. KLEINBERG, J. LUDWIG, S. MULLAINATHAM, A. RAMBACHAN, *Algorithmic Fairness*, AEA Papers and Proceedings 2018, 108: 22, <https://doi.org/10.1257/pandp.20181018>.

¹⁰⁶ V. T. DOUVILLE, *Parcoursup à l'épreuve de la transparence des algorithmes*, Dalloz IP/IT 2019 390.

¹⁰⁷ CE, 12 giugno 2019, *Université des Antilles*.

¹⁰⁸ Il Collegio richiama, in particolare, gli artt. L. 311-3-1 e 312-1-3. Il primo dispone che "*Sous réserve de l'application du 2° de l'article L. 311-5, une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande*". Il secondo stabilisce che: "*Sous réserve des secrets protégés en application du 2° de l'article L. 311-5, les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2, à l'exception des personnes morales dont le nombre d'agents ou de salariés est inférieur à un seuil fixé par décret, publient en ligne les règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions lorsqu'ils fondent des décisions individuelles*" «Una seconda serie di disposizioni è stata introdotta nell'articolo L. 312-1-3 del CRPA e prevede che le amministrazioni, ad eccezione delle persone giuridiche il cui numero di agenti o dipendenti è al di sotto di una soglia stabilita per decreto, pubblica online le regole che definiscono i principali trattamenti algoritmici utilizzati per l'adozione di decisioni che incidono sui singoli. Tali articoli sono completati dall'articolo R. 311-3-1-2, secondo cui in caso di richiesta di accesso, l'amministrazione deve fornire "in forma intelligibile": 1° il grado e le modalità con cui l'elaborazione algoritmica ha contribuito al processo decisionale; 2°

ne hanno nella specie escluso l'applicabilità in forza della speciale disciplina contenuta nel *Code de l'éducation*¹⁰⁹.

Tale disciplina circoscrive puntualmente l'obbligo di pubblicazione degli algoritmi utilizzati dalle singole università. L'art. 612-3 del *Code de l'éducation*, stabilisce infatti all'ultimo paragrafo una deroga espressa al *Code des relations entre le public et l'administration* e limita ai candidati che ne facciano richiesta il diritto di accesso ai documenti della procedura, differendolo al termine del procedimento e circoscrivendolo ai criteri e alle modalità di esame delle loro candidature¹¹⁰: Gli stessi candidati non possono, prima che sia stata presa una decisione nei loro confronti, conoscere i criteri utilizzati dalla Commissione. La finalità di tale disciplina, come precisa la stessa normativa, è di garantire la segretezza dell'operato delle commissioni e dunque salvaguardare la loro indipendenza.

La disposizione prevede comunque che la comunicazione di tali documenti comprenda una relazione sintetica sul codice sorgente e sulle

i dati trattati e le loro fonti; 3° i parametri di trattamento applicati alla situazione della persona interessata e, se applicabile, la loro ponderazione; 4° Le operazioni eseguite dal trattamento. (L'administration communique à la personne faisant l'objet d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique, à la demande de celle-ci, sous une forme intelligible et sous réserve de ne pas porter atteinte à des secrets protégés par la loi, les informations suivantes: 1° Le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision; 2° Les données traitées et leurs sources; 3° Les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé; 4° Les opérations effectuées par le traitement).

¹⁰⁹ In particolare all'art. L 612-3, in base al quale: "*Afin de garantir la nécessaire protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques chargées de l'examen des candidatures présentées dans le cadre de la procédure nationale de préinscription prévue au même deuxième alinéa, les obligations résultant des articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3 du code des relations entre le public et l'administration sont réputées satisfaites dès lors que les candidats sont informés de la possibilité d'obtenir, s'ils en font la demande, la communication des informations relatives aux critères et modalités d'examen de leurs candidatures ainsi que des motifs pédagogiques qui justifient la décision prise*". Al pt. 8 della decisione si legge che "*Ces dispositions spéciales doivent ainsi être regardées comme ayant entendu déroger, notamment, aux dispositions de l'article L. 311-1 du code des relations entre le public et l'administration, en réservant le droit d'accès à ces documents aux seuls candidats, pour les seules informations relatives aux critères et modalités d'examen de leur candidature*".

¹¹⁰ La disposizione prevede che: "*Afin de garantir la nécessaire protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques chargées de l'examen des candidatures présentées dans le cadre de la procédure nationale de préinscription prévue au même deuxième alinéa, les obligations résultant des articles L. 311-3-1 et L. 312-1-3 du code des relations entre le public et l'administration sont réputées satisfaites dès lors que les candidats sont informés de la possibilité d'obtenir, s'ils en font la demande, la communication des informations relatives aux critères et modalités d'examen de leurs candidatures ainsi que des motifs pédagogiques qui justifient la décision prise*".

specifiche tecniche dell'algoritmo utilizzato¹¹¹. Tale relazione, tuttavia, permette di conoscere solo il funzionamento dell'ultima fase del procedimento e senza l'ostensione dei dati immessi nei precedenti passaggi della procedura è evidentemente difficilmente comprensibile il funzionamento dell'algoritmo.

La decisione del giudice d'appello non è stata condivisa dall'associazione degli studenti né dall'opinione pubblica. L'*Union nationale des étudiants de France* ha quindi proposto due nuovi ricorsi per contestare il rifiuto di due università francesi alla richiesta, presentata dalla stessa associazione, di accesso ai codici sorgente degli algoritmi utilizzati per la valutazione delle candidature immesse nella piattaforma nazionale.

La controversia è nuovamente giunta dinanzi al *Conseil d'État* che, stavolta, dubitando della compatibilità costituzionale della deroga posta dall'ultimo paragrafo del primo comma della L. 612-3 del *Code de l'éducation* ritenuto in contrasto con gli articoli 15 e 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino¹¹² ha rimesso la questione al *Conseil constitutionnel*.

Con la recentissima decisione del 3 aprile 2020 il *Conseil constitutionnel* non solo ha affermato, per la prima volta, che l'articolo 15 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 garantisce il diritto di accesso ai documenti amministrativi, ma ha anche specificato che il legislatore può porvi dei limiti, se giustificati dall'interesse generale, purché proporzionati¹¹³.

È interessante notare che, per affermare la compatibilità della suddetta disciplina con il quadro costituzionale, i giudici hanno sottolineato che la decisione di utilizzare algoritmi da parte delle singole università non solo rimane una facoltà, ma hanno valorizzato la circostanza che la procedura *Parcoursup* non è completamente automatizzata dato che richiede una valutazione delle candidature da parte di una commissione.

Con riferimento alla limitazione dell'accesso ai soli studenti-candidati, i giudici evidenziano che l'assenza di una disposizione che consenta l'accesso di terzi alla documentazione non significa che la stessa sia co-

¹¹¹ In particolare si stabilisce che: "*La communication, en application des dispositions du code des relations entre le public et l'administration, du code source des traitements automatisés utilisés pour le fonctionnement de la plateforme mise en place dans le cadre de la procédure nationale de préinscription prévue au I s'accompagne de la communication du cahier des charges présenté de manière synthétique et de l'algorithme du traitement*".

¹¹² CE, 15 gennaio, 2020, r. n. 43326.

¹¹³ CC, n. 2020-834, QPC.

perta da segreto, potendosi invece applicare la disciplina ordinaria. La sentenza afferma infatti che, una volta completata la procedura selettiva, un persistente divieto di accesso da parte di terzi alle informazioni relative ai criteri e alle procedure per l'esame delle domande contrasterebbe con l'articolo 15 della Dichiarazione dei diritti del 1789 e sarebbe sproporzionato rispetto all'obiettivo di interesse generale perseguito con la garanzia della segretezza delle deliberazioni delle commissioni universitarie.

Il Ministero dell'istruzione ha annunciato che concerterà con le università le modalità per applicare tale decisione.

6. *Alcune riflessioni conclusive*

Come si è visto analizzando il caso italiano sulle procedure di trasferimento degli insegnanti e quello francese sull'accesso all'istruzione superiore gestito dalla piattaforma *Parcoursup*, l'algoritmizzazione dell'azione amministrativa agevola l'esecuzione delle procedure c.d. di massa o dirette alla trattazione di grandi flussi decisionali¹¹⁴.

Allo stesso tempo l'impiego di algoritmi richiede la preliminare adozione di alcune scelte e la valutazione dei rischi connessi al loro utilizzo.

Una delle maggiori difficoltà provocate dall'utilizzo degli algoritmi è quella di garantire un opportuno "controllo", sulla decisione robotica e sul suo *iter* di formazione, da parte della stessa Amministrazione procedente, degli interessati-destinatari della decisione e dei cittadini-collettività¹¹⁵.

L'esempio francese del caso *Parcoursup* mostra, infatti, che gli algoritmi possono essere potenti strumenti di politica pubblica in grado di creare pericolosi discriminazioni sociali e che è pertanto fondamentale non solo assicurare l'esperimento dei rimedi amministrativi o giurisdizionali

¹¹⁴ M. VEALE, I. BRASS, *Administration by Algorithm? Public Management meets Public Sector Machine Learning*, in *Algorithmic Regulation*, a cura di K. Yeung e M. Lodge, Oxford University Press, 2019, 121 ss, accessibile su <https://ssrn.com/abstract=3375391>; G. SARTOR, *Intelligenza artificiale*, cit., 124; F. CARDARELLI, *Art. 3-bis*, cit., 513; anche il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270), ha evidenziato che l'utilità del ricorso agli algoritmi è particolarmente evidente con riferimento a "procedure seriali o standardizzate", implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale.

¹¹⁵ Sulla necessità di un controllo sociale si v. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, 873.

per la tutela delle singole posizioni individuali, ma anche che vi sia, più in generale, un controllo sociale, sul loro funzionamento.

L'ordinamento francese ha potenziato tale controllo rafforzando la trasparenza sulle decisioni pubbliche e usufruendo del *know how* dei privati per migliorare la regolazione della materia.

Occorre ammettere che ipotizzare di raggiungere un livello di completa e perfetta conoscibilità delle decisioni assunte tramite algoritmi non è realistico¹¹⁶. Tale impossibilità "strutturale" non deve tuttavia essere considerato un ostacolo insormontabile, ma dovrebbe spingere l'Amministrazione a compiere uno sforzo ulteriore nel garantire, anche *ex post*, la massima "conoscibilità" del suo percorso decisionale.

In Francia il *Conseil constitutionnel* ha evidenziato che, per poter legittimamente adottare una decisione robotica, l'Amministrazione deve preliminarmente valutare una serie di fattori, tra cui quello di non operare in uno degli ambiti in cui è escluso l'accesso agli atti.

L'Amministrazione può, infatti, adottare una decisione robotica solo se potrà garantire la sua "conoscibilità" (comprensiva dell'ostensione del codice sorgente) e di essere in grado di spiegarla in un linguaggio comprensibile ai suoi destinatari.

Seguendo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, per poter spiegare gli strumenti che utilizza (*justification*), l'Amministrazione deve, tuttavia, prima comprenderne il funzionamento (e dunque previamente dotarsi di competenze adeguate)¹¹⁷.

Anche in questo passaggio assume fondamentale importanza la collaborazione e l'affidabilità dei soggetti pubblici o privati incaricati nell'elaborazione degli algoritmi che ne detengono evidentemente le chiavi di funzionamento e comprensione (*explanation*)¹¹⁸.

Accanto al controllo sociale sulla decisione robotica, come precisato dal *Conseil constitutionnel* la decisione deve inoltre poter essere contestabile con un ricorso (amministrativo o giurisdizionale) e tale ricorso deve essere trattato da un soggetto "umano" senza l'utilizzo esclusivo di algoritmi.

A differenza di altri ambiti nel settore dell'istruzione, nell'ordina-

¹¹⁶ La migliore dottrina parla a proposito di *opacité structurelle* degli algoritmi J.B. AUBY, *Controle*, cit.

¹¹⁷ M. VEALE, I. BRASS, *Administration by Algorithm?*, cit. Si v. G. AVANZINI, *Decisioni*, cit., 150-151, secondo cui la motivazione non può esaurirsi nella semplice trasmissione dei file e del programma ma deve esserci uno sforzo discorsivo.

¹¹⁸ M. VEALE, I. BRASS, *Administration by Algorithm?*, cit..

mento francese le decisioni sull'ammissione agli istituti di formazione superiore e università non sono soggette all'obbligo di esperire un previo ricorso amministrativo (c.d. *Recours administratif préalable*), sicché l'interessato-candidato può scegliere se contestare la decisione dinanzi al Rettore dell'Università (*Recours gracieux*) oppure rivolgersi direttamente al giudice amministrativo¹¹⁹.

I numeri dimostrano che per tali procedure è frequente l'esperimento di ricorsi amministrativi o il ricorso al *Médiateur de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur*¹²⁰.

Uno studio del *Conseil d'Etat* aveva del resto sollecitato il legislatore francese ad estendere l'ambito di applicazione dei ricorsi amministrativi obbligatori sottolineando le loro potenzialità proprio per la trattazione del c.d. "contenzioso massivo", evidenziandone i potenziali benefici per l'Amministrazione, il cittadino e il giudice¹²¹.

Per l'Amministrazione tale rimedio è infatti un mezzo per correggere le eventuali illegittimità e migliorare l'azione amministrativa. Per il cittadino, se dal rigetto del ricorso amministrativo si evincono con maggiore precisione e a seguito di contraddittorio, le ragioni della decisione può

¹¹⁹ Nel sistema francese la proposizione di un ricorso amministrativo non preclude l'accesso al giudice che potrà, quindi, essere eventualmente adito una volta concluso il procedimento contenzioso. Come precisa l'art. L411-2 del *Code des relations entre le public et l'administration*, tale ricorso deve essere presentato all'interno del termine di decadenza per la proposizione del ricorso giurisdizionale, termine che viene interrotto fino all'adozione della decisione sul ricorso amministrativo: "Toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours de ce délai. Lorsque dans le délai initial du recours contentieux ouvert à l'encontre de la décision, sont exercés contre cette décision un recours gracieux et un recours hiérarchique, le délai du recours contentieux, prorogé par l'exercice de ces recours administratifs, ne recommence à courir à l'égard de la décision initiale que lorsqu'ils ont été l'un et l'autre rejetés".

¹²⁰ Si v. a tal proposito l'aumento dell'attività del *Médiateur* negli ultimi anni come emerge nella *Présentation du rapport 2018 de la médiatrice de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur*, in <https://www.education.gouv.fr/>.

¹²¹ Lo studio, che riguarda i ricorsi amministrativi obbligatori, ma che contiene affermazioni di portata generale a tutti i ricorsi amministrativi C.E., *Les recours administratifs préalables obligatoires (RAPO)*, in <https://www.conseil-etat.fr/>, evidenzia che "Les recours administratifs préalables obligatoires peuvent constituer, à ce titre, un outil de modernisation et d'efficacité de l'administration, mais aussi d'évaluation des politiques publiques". Tale "triade funzionale" è un portato del sistema tedesco su cui si v. L. DE LUCIA, *Rimedi amministrativi ed esecuzione diretta del diritto europeo*, a cura di Id. e P. Chirulli, Torino 2018, 13 ss.; Id., *I ricorsi amministrativi nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 2, 323.

scaturire l'acquisizione di maggiore consapevolezza anche sull'opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (*effet pédagogique du non*).

Bisogna tuttavia interrogarsi sui rimedi prestati dall'ordinamento italiano per reagire contro gli errori degli algoritmi. Il caso delle procedure di trasferimento degli insegnanti dimostra che gli algoritmi possono (più o meno clamorosamente) sbagliare, ma che il sindacato sulla decisione robotica è esclusivamente rimesso al giudice amministrativo. Se in quel caso lo sbaglio dell'algoritmo e quindi il suo difetto di funzionamento era macroscopico e dunque facilmente percepibile dal giudice, (ma, in realtà, prima ancora dall'Amministrazione che, accortasi dell'evidente errore avrebbe ben potuto spontaneamente rinnovare la procedura), occorre invece domandarsi come possa essere effettuato il sindacato giurisdizionale qualora l'errore non sia tanto evidente.

Occorre domandarsi in particolare se (i) la scelta di ricorrere ad un algoritmo possa (*recte* debba) essere impugnata; (ii) se tale impugnazione debba essere immediata; (iii) in caso di risposta affermativa *sub* (i) il sindacato del giudice amministrativo sulla scelta di algoritmizzare la procedura debba essere limitato ad un vaglio di ragionevolezza e logicità¹²².

Sulla base della considerazione che l'Amministrazione nella scelta di ricorrere ad una tipologia di procedura (informatica o algoritmica) effettua delle valutazioni autovincolanti, parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa hanno ricondotto il *software* utilizzato dall'Amministrazione all'interno della categoria dell'atto amministrativo, ammettendone l'impugnabilità¹²³.

¹²² Sul sindacato degli atti amministrativi adottati tramite software si v. F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Quaderni del DAE, Rivista di Diritto Amministrativo Elettronico*, 2003, dove si distingue la questione dell'impugnabilità della decisione di avvalersi di un *software* per l'espletamento della singola procedura rispetto all'impugnazione del programma-software stesso escludendo l'autonoma impugnabilità del secondo se non, in via derivata, unitamente al provvedimento amministrativo elettronico finale.

¹²³ F. SAIITA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Quaderni del DAE, Rivista di Diritto Amministrativo Elettronico*, 2003, 25 distingue l'impugnabilità della decisione di avvalersi di un software per l'espletamento della singola procedura, considerandola ammissibile, rispetto all'impugnazione del programma-software per vizi riguardanti la sua obsolescenza o difetto di funzionamento ritenendo che questi ultimi debbano farsi valere, in via derivata, unitamente all'impugnazione del provvedimento amministrativo elettronico finale; V. CANALINI, *L'algoritmo come "atto amministrativo informatico" e il sindacato del giudice*, in *Giorn. dir. amm.* 2019, 6, 791; *contra* A.G. OROFINO, *La patologia*, cit., 2274 che nega in radice la possibilità di qualificare il *software* come atto amministrativo.

In realtà si rileva che non sia (solo) il singolo codice algoritmico a sostanziarsi in un atto amministrativo, quanto, piuttosto, come detto, l'insieme complessivo delle valutazioni e dei dati forniti dall'Amministrazione al soggetto incaricato dell'elaborazione dell'algoritmo, in quanto tali elementi sostanziano la scelta dell'Amministrazione.

Occorre tuttavia domandarsi se tale scelta debba essere immediatamente impugnata o se la contestazione degli eventuali vizi, seppur immediatamente conoscibili, debba essere differita al momento dell'adozione della decisione finale.

Fermo restando l'opportunità del riconoscimento del diritto a rilevare e contestare immediatamente le eventuali illegittimità della decisione, non sembra compatibile con il principio dell'effettività della tutela e con la garanzia diritto di azione nei confronti degli atti della pubblica Amministrazione imporre un onere generale di contestazione immediata della scelta di ricorrere ad algoritmi (ad esempio con riguardo alla selezione dei dati e delle informazioni da utilizzare fornite al programmatore per l'elaborazione dell'algoritmo ancorché in nuce idonee a produrre effetti discriminatori) precludendone la contestazione al momento (della conclusione del procedimento) in cui tale scelta rivela i propri effetti lesivi¹²⁴.

Quanto ai limiti del sindacato giurisdizionale, come noto, la giurisprudenza amministrativa considera la scelta di ricorrere a procedure informatizzate sindacabile nei limiti dell'illogicità manifesta e dell'irrazionalità, in quanto attinente al merito dell'esercizio del potere¹²⁵.

Bisogna interrogarsi se ciò valga anche per l'utilizzo di algoritmi. Con riferimento all'utilizzo di sistemi complessi (*machine learning*) autorevole dottrina d'oltralpe esclude la possibilità che il giudice possa effettuare il medesimo sindacato che compie sugli atti amministrativi tradizionali, evidenziando la difficoltà di verificare la legittimità o meno di tali procedure¹²⁶. Come si è visto, del resto, il sistema francese, senza negare l'imprescindibile tutela giurisdizionale, ha parallelamente rafforzato altre tipologie di controlli.

La dottrina e la giurisprudenza italiana assimila il sindacato sulla decisione robotica a quello sui provvedimenti amministrativi tradizio-

¹²⁴ Sul principio di effettività nel processo amministrativo si v. M.A. SANDULLI, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di Id., 2013, 2 ss.

¹²⁵ Si v. la giurisprudenza citata da A.G. OROFINO, *La patologia*, cit., 2264.

¹²⁶ Si v. J.B. AUBY, *Controle*, cit. secondo cui il sindacato giurisdizionale sugli algoritmi non può essere assimilato a quello ordinariamente svolto sugli atti amministrativi.

nali¹²⁷. In particolare, la giurisprudenza che si è analizzata *supra* segue l'indirizzo dell'autorevole dottrina togata secondo cui per assicurare un controllo "umano" sulla decisione robotica è proprio al giudice amministrativo che è demandato il compito di "valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti, di assicurare che quel processo a livello amministrativo avvenga in maniera trasparente attraverso la conoscibilità dei dati immessi e dell'algoritmo medesimo", con la conseguenza che "in quest'area decisionale vada sfumando, fino ad annullarsi, ogni distinzione tra legittimità (sindacabile) e merito (insindacabile) dell'azione amministrativa"¹²⁸.

Appare così evidente la differente tendenza tra i due ordinamenti: mentre il sistema francese cerca di valorizzare diverse forme di controllo sulle decisioni robotiche, in quello italiano è, nella pratica, principalmente il giudice amministrativo che finisce per essere investito di tale compito.

Se, come visto, l'ordinamento francese¹²⁹ sta, infatti, da tempo, progressivamente ampliando il quadro regolatorio per implementare le garanzie di trasparenza¹³⁰, l'ingresso, benché ancora non diffuso, dell'I.A. nell'Amministrazione italiana ha, tuttavia, lasciato fin qui indifferente il legislatore italiano, lasciando di fatto alla giurisprudenza amministrativa il ruolo supplente di garante dei diritti e dei principi dell'azione amministrativa.

Il ruolo del giudice, tuttavia, fondamentale nella correzione delle singole storture, non può essere sostitutivo di un più ampio e auspicabile intervento legislativo, necessario per superare le tante "opacità" che si insidiano dietro la decisione robotica e, prima ancora, nella fase iniziale del procedimento amministrativo algoritmico¹³¹.

Tale intervento potrebbe rivalorizzare lo strumento ormai desueto del ricorso gerarchico improprio¹³², consentendone l'esperimento in un

¹²⁷ Si v. per tutti G. AVANZINI, *Decisioni*, cit., 156.

¹²⁸ F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *La Decisione robotica*, cit., 170, dove si riconosce tuttavia che tale estensione è "facile ad accettarsi fino a che la decisione robotizzata sia mantenuta nell'alveo di un'attività eminentemente vincolata".

¹²⁹ Non solo il sistema francese, ma anche in quello tedesco, sta avvicinando la sua legislazione all'intelligenza artificiale si v. M. SECKELMANN (a cura di), *Digitalisierte Verwaltung. Vernetztes E-Government*, Berlino 2018.

¹³⁰ Si v. il fascicolo dedicato su AJDA, 2016, 2 *Les enjeux de l'open data*.

¹³¹ L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, 2018, 21.

¹³² Sulla persistente utilità di tali rimedi si v. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezza dal processo amministrativo e mediazione giusti-*

termine breve (ad esempio, 15 giorni dall'adozione della decisione, con valore reiettivo del silenzio protrato per oltre 15 giorni dal ricevimento del ricorso), con effetto interruttivo del termine per ricorrere al giudice amministrativo (proponibile a questo punto avverso la decisione, esplicita o tacita, di rigetto)¹³³. La previsione di un possibile procedimento pre-contenzioso giurisdizionale snello e rapido, per questo tipo di decisioni, avvantaggerebbe l'Amministrazione permettendole di recuperare sia gli spazi di partecipazione e dialogo con gli interessati-destinatari, inevitabilmente compressi dal ricorso agli algoritmi, che spazi di controllo "umano", anche servendosi del supporto tecnico dei soggetti incaricati dell'elaborazione degli algoritmi. La valorizzazione dei rimedi amministrativi, per le procedure caratterizzate da un elevato tasso di ripetitività e partecipazione, in cui, come si è visto, è più frequente e utile il ricorso agli algoritmi, sgraverebbe il giudice amministrativo da possibili contenziosi seriali.

Per dare luce ad un'adeguata regolazione occorre tuttavia acquisire solide conoscenze nel campo del progresso tecnologico¹³⁴. È dunque

ziale, in *giustamm.it*, 2017, 11; M. IMMORDINO, Ricorsi amministrativi, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino 2017, 655; Sull'origine e la funzione dell'istituto si v. F. BENVENUTI, *Il ricorso gerarchico improprio e il ricorso in opposizione*, in *Scritti in onore di Calamandrei*, vol. IV, Padova, 1957, 45.

¹³³ Ricalcando l'attuale disciplina sui ricorsi amministrativi si dovrebbe inoltre prevedere che la mancata risposta da parte dell'Amministrazione equivalga ad un silenzio rigetto impugnabile davanti al giudice amministrativo. Sulla disciplina dei ricorsi amministrativi si v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2019, 143-159. La proposta di utilizzare rimedi amministrativi per dirimere le controversie in settori con particolari caratteristiche (come quello delle promozioni, ammissioni e trasferimenti nel settore dell'istruzione) è stata recentemente prospettata, seppur con riferimento al ricorso ad apposite commissioni amministrative da V. DOMINICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. Trim. di dir. pubb.* 2020, 62, dove, richiamando la proposta di generalizzare il ricorso a commissioni amministrative (elaborata dalla Commissione governativa istituita dalla Presidenza Consiglio Ministri, *La Riforma della p.a.: V. La giustizia nell'amministrazione*, 1994, 17 ss.), ha evidenziato l'opportunità di ridimensionarne la portata prevedendo il ricorso a commissioni "capaci di individuare una soluzione condivisa o di decidere in luogo dell'amministrazione annullando o sostituendo l'atto contestato, in particolari settori aventi particolari caratteristiche come sarebbe la scuola (ammissioni, promozioni, trasferimenti, ecc.), la assistenza e previdenza sociale, l'immigrazione, ma, anche l'edilizia, sul modello degli Administrative Tribunals anglosassoni che hanno per lungo tempo costituito un modello per i sostenitori di una giustizia nell'amministrazione, ma che, tuttavia, come è noto, hanno subito una profonda meta-morfosi, trasformandosi da rimedi quasi-judicial (Wade) in tribunali vere propri (Courts), metamorfosi sancita dalla riforma del 2007".

¹³⁴ Sul tema della formazione nell'era digitale si v. M.A. SANDULLI, "Character sills":

sotto tale profilo apprezzabile che tra le proposte lanciate dal gruppo di studio per la creazione di una strategia italiana sull'intelligenza artificiale, vi sia quella di seguire l'esempio olandese e tedesco e di formare un "piano straordinario" di reclutamento di professori e ricercatori specializzati.

Il gruppo di lavoro ha convenuto di stimolare la formazione interdisciplinare in *data science* e intelligenza artificiale ai vari livelli degli studi universitari, ma la scarsità di docenti e ricercatori appare attualmente un grande ostacolo¹³⁵.

La possibilità di sfruttare in modo "intelligente" le nuove tecnologie dipende, infatti, da un lucido sforzo nel rinnovare, anche nel nostro Paese, la fiducia nella ricerca scientifica e tecnologica (anche di base)¹³⁶.

il nuovo orizzonte della conoscenza", in *Dir. e soc.*, 2018, 3, 345. Sul punto si v. anche la già citata Dichiarazione del Consiglio d'Europa del 13 febbraio 2019 laddove precisa che il Consiglio dei ministri "stresses the societal role of academia in producing independent, evidence-based and interdisciplinary research and advice for decision-makers regarding the capacity of algorithmic tools to enhance or interfere with the cognitive sovereignty of individuals. This research should take account of existing diversity in societies, and should include all backgrounds and ages of users not only regarding their behaviours as consumers but including wider impacts on their emotional well-being and personal choices in societal, institutional and political contexts".

¹³⁵ La necessità di un approccio interdisciplinare nella ricerca scientifica non è di certo una novità, già V. FROSINI, *La giuritecnica: problemi e proposte*, in *Informatica e diritto*, 1975, 1, 29 ss., evidenziava che "i problemi della giuritecnica sono quelli che sorgono da una compenetrazione fra quelli giuridici e quelli tecnologici, in modo tale da obbligare ad un mutamento di mentalità dello studioso e dell'operatore del diritto, costretti, l'uno e l'altro a staccarsi dagli schemi mentali del formalismo giuridico a cui erano abituati, giacché il diritto veniva considerato come un universo scritto sui codici, e la cultura giuridica era ritenuta umanistica ed anzi libresca".

¹³⁶ Si v. sul punto significativamente J. ZILLER, *Le futur de l'enseignement et de la recherche en droit administratif*, in *Le futur du droit administratif*, a cura di J.B. AUBY, con la collaborazione di E. Chevalier, E. Slautsky, New York, 2019, 131.



L'ANACICLOSI DEI GOVERNI “CONTE I” E “CONTE II”

SOMMARIO: 1. La biforcazione dell'indirizzo politico come causa della fragilità del Governo in bilico perenne verso la crisi. – 2. La crisi straordinaria. – 3. L'apertura della crisi e le possibili soluzioni. – 4. Gli sviluppi dell'arte maieutica del Presidente della Repubblica. – 5. La formazione del Governo “Conte II”: continuità della Presidenza del Consiglio e discontinuità nei contenuti. – 6. Alcune considerazioni finali tra competenze degli organi dello Stato e lacune nel sistema delle fonti.

1. *La biforcazione dell'indirizzo politico come causa della fragilità del Governo in bilico perenne verso la crisi*

La delicatezza e la complessità della crisi del Governo “Conte I” si sono manifestate congiuntamente a degli aspetti di opacità nella sua rappresentazione¹, con eventi proclamati ma non formalizzati, in attesa di reazioni delle controparti che potessero neutralizzare l'evento minacciato nonché opposte versioni di narrazione dei fatti da parte dei partiti politici coinvolti. L'obiettivo del saggio è quello di rileggere – in modo più meditato, grazie al tempo intercorso – i fatti giuridici della crisi (in particolare,

* Una lettura a caldo delle vicende ivi narrate (molto più sintetica, priva di note e profili problematici) è stata pubblicata nel volume R. SCORZA, E. CUCCODORO (a cura di), *Stato e Stati di crisi*, Napoli 2019, 89 ss.

¹ Per una ricostruzione degli eventi in chiave critica, cfr. *ex multis*, Q. CAMERLENGO, *La forma di governo parlamentare nella transizione dal primo al secondo esecutivo Conte: verso un ritorno alla normalità costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, n. 5/2019, 10.9.2019; B. CARAVITA, *I governi Conte: aspetti problematici di diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 5/2019, 3.9.2019; M. OLIVETTI, *Osservazioni sparse e qualche numero sulla crisi di governo dell'agosto-settembre 2019, in prospettiva storica*, in *Federalismi.it*, n. 16/2019, 2 ss. Sia anche consentito rinviare all'*instant book* di R. SCORZA, E. CUCCODORO (a cura di), *Stato e Stati di crisi*, Napoli 2019.

gli aspetti più caratterizzanti ovvero la “rappresentazione della crisi”); individuare le cause latenti, anche con l’ausilio della teoria dell’“indirizzo politico” di Crisafulli; evidenziare le possibilità in capo al Presidente della Repubblica per risolverla (soluzione della crisi) ed infine tratteggiare le dinamiche del Governo “Conte II” che – al netto della crisi straordinaria da diffusione di COVID-19² – risentono di difficoltà cicliche aggravate dalla degenerazione della democrazia verso l’olocrazia³.

² Il confronto in seno alla maggioranza – programmato prima della pausa natalizia – è dapprima slittato nel mese di gennaio 2020 sino ad essere, di fatto, posticipato *sine die* con l’adozione, il 31 gennaio 2020, della “Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili” (G.U. n. 26 del 1.2.2020). Tale delibera del Consiglio dei Ministri rappresenta un punto di cesura del tutto straordinario dopo il quale, necessariamente, i rapporti all’interno del Governo sono destinati a mutare, anche con differenti andamenti nel corso nel tempo. L’epidemia in fase acuta ha costretto il Governo a cambiare l’agenda in modo repentino e profondo, tanto che, da allora, lo studio del mutamento degli equilibri endo-governativi è stato approfondito essenzialmente su due crinali: a) il ruolo autonomo del Presidente del Consiglio dei Ministri rispetto al resto del Governo; b) il ruolo del medesimo e del Governo (tutto) nei confronti del Parlamento, aprendo scenari del tutto diversi ed *extra ordinem* rispetto all’anaciclosi “fisiologica” che qui si tratta. Tra i contributi pubblicati mentre il presente lavoro era in bozze, cfr. *ex plurimis*, A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto. Alla prova dell'emergenza*, in *Consultaonline*, 11 aprile 2020; L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, 10.4.2020; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020.

³ Con il termine “olocrazia” si fa riferimento al concetto evocato da V. CRISAFULLI, *Uomo della strada. Uomo qualunque*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1953, 234 s. sul quale vi sarà un approfondimento nell’ultimo paragrafo. L’A. usa il termine “olocrazia” per descrivere la situazione in cui le decisioni della vita politica e sociale sono assunte dall’Uomo della strada o dall’Uomo qualunque ovvero da «un cittadino che discute, commenta, critica, senza una particolare competenza e un particolare acume, tanto meno in termini tecnici, ma soltanto al lume del suo buon senso, gli atti o l’inerzia degli uomini di governo, che, a suo parere, mancano precisamente, molto spesso, di senso comune». Secondo l’A., l’odierna democrazia tende a metterlo in prima linea. Tuttavia, già avvertita nel 1953 che se l’Uomo della strada e, dunque, l’uomo “popolare” fosse diventato «un uomo “volgare”», un uomo che «pretenda di comandare lui quando dovrebbe ubbidire» allora la democrazia facilmente sarebbe degenerata in olocrazia (p. 235 s.). Cfr. anche *Enciclopedia Treccani online* che la definisce come «(“governo della plebe”», attestato per la prima volta in Polibio, che indica una forma degenerata di democrazia». Attualmente, come si vedrà nell’ultimo paragrafo, sembra davvero che la democrazia si sia trasformata in olocrazia in cui i cittadini concorrono al dibattito pubblico attraverso

È noto come la Presidenza del Prof. Giuseppe Conte abbia avuto una gestazione articolata⁴ in cui l'aggregazione delle due forze politiche abbia stentato molto a coagulare. Dopo vari tentativi, i partiti – Lega e Movimento 5 Stelle – hanno deciso di formalizzare il proprio accordo attraverso un "contratto"⁵ che definiva i confini (*rectius*, competenze) di ognuno in ciascuna materia (in alcuni casi, invece, la divisione operava a livello di interi settori) come fosse una rivisitazione pubblicistica dell'*actio finium regundorum*, tradendo una visione della gestione degli affari governativi spaccata in due⁶ (ed apparentemente privatistica), coordinata dai dioscuri *vice-Premier* On. Di Maio e Sen. Salvini⁷.

giudizi formati perlopiù con notizie *fake* o solo parzialmente corrette ma che inaspriscono il dibattito, polarizzandolo su posizioni antitetiche, contribuendo a creare instabilità sociale ed istituzionale. Su tale aspetto, cfr. anche i dati dell'Osservatorio sulla disinformazione *online* creato dall'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni.

⁴ Sulla formazione del Governo "Conte I", cfr., *ex multis*, A. MORRONE, *Governo di cambiamento*, in *Federalismi.it*, n. 12/2018, 6.6.2018; C. PINELLI, *Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 2/2018, 2.7.2018; AA.VV., *Il Forum: La intricata vicenda della formazione del Governo Conte*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 7.11.2018; M. FICHERA, *Formazione, funzionamento e struttura del governo Conte: luci e ombre sui nuovi sviluppi della forma di governo italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2018, 15.1.2019, 3 ss.

⁵ Il contratto di governo è reperibile in *Astrid-online.it*, al seguente indirizzo: <http://www.astrid-online.it/osservatori/stato-attuazione-programma-di-governo/stato-attuazione-contratto-governo.html>. Oltre al testo completo del contratto di governo, è stato istituito uno speciale Osservatorio denominato "Osservatorio sulla attuazione del Contratto di Governo" nel gennaio 2019 con l'obiettivo di fornire «elementi oggettivi a chi volesse valutare lo stato di attuazione del contratto. Una risposta oggettiva, fondata su dati, non su pre-giudizi», secondo la presentazione. Il contratto è stato disaggregato nei suoi singoli punti, a fronte di ciascuno dei quali sono stati indicati i provvedimenti che il Governo ha adottato per la sua attuazione. Il lettore può dunque visualizzare i due testi e metterli a confronto. Proprio da tale operazione empirica emerge con evidenza la dualità dell'indirizzo di governo che si scinde in due parti all'inizio con un certo equilibrio e poi diviene sempre più sbilanciato a favore dell'altra parte, quella della Lega, inizialmente avente posizione minoritaria all'interno del Governo.

⁶ Cfr. A. MORELLI (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli 2018. Sul contratto di governo, cfr. anche T. GUARNIER, *L'esperienza del "contratto di governo"*, Relazione al Convegno del gruppo di Pisa: "Partiti politici e dinamiche della forma di governo", tenutosi presso l'Università degli Studi "Federico II" di Napoli il 14-15 giugno 2019, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, 196 ss.

⁷ Sulla conduzione divisa in due, cfr. A. D'ANDREA, *La pervasiva vischiosità della politica italiana: la contraddizione costituzionale del governo del "cambiamento" e il suo superamento*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, 1.10.2019, s.p.; il termine "dioscuri" – usato da G. DI COSIMO, *I primi 100 giorni e le novità nelle prassi di governo*, in *LaCostituzione.info*, 10 settembre 2018.

La carica del Presidente del Consiglio sembrava relegata alla mera funzione di “notaio” o “garante”⁸ dell’esecuzione del contratto, quasi come un potere neutrale od arbitrale, che coordinasse e fischiasse i falli delle eventuali invasioni di campo⁹. Un ruolo *super partes* che sembrava somigliare più a quello del Presidente della Repubblica e meno a quello di un Presidente del Consiglio dei Ministri.

Lo svuotamento sostanziale del contenuto delle facoltà della Presidenza del Consiglio è la principale causa giuridica delle frizioni avvenute (oltre alle cause di matrice politica).

Si poteva scorgere proprio nel rapporto sbilanciato tra Presidente del Consiglio, *vice-Premier* e Ministri una torsione a favore della potestà decisionale dei due *vice-Premier* o, meglio, dei due capi politici che mal si conciliava con il disegno costituzionale¹⁰ e la sua attuazione alla luce dell’unità di indirizzo politico. Tutto ciò era incorporato nella stesura del “contratto di governo”, l’atto che sanciva anche formalmente la deviazione costituzionale.

Ad onor del vero, ciò è stato favorito da una certa interpretazione delle norme costituzionali non particolarmente esplicite in merito¹¹. Le

⁸ In una intervista rilasciata a L. Annunziata dal titolo “Cento giorni da avvocato del popolo”, in *Huffingtonpost.it*, pubblicato il 6 settembre 2018, il Presidente Conte ammette di essersi ritagliato il ruolo dello studioso «Mi sono reso conto di come una persona di diritto possa fornire un valore aggiunto. È quello di studiare tutti i dossier, non solo leggerli, ma anche entrarci dentro e poi seguirne l’attuazione».

⁹ Egli stesso attraverso una sorta di interpretazione autentica aveva dichiarato nel discorso del 5 giugno 2018 al Senato «Io sarò garante del contratto, come avvocato che tutelerà l’interesse dell’intero popolo italiano».

¹⁰ Cfr., *ex plurimis*, alcuni commenti più risalenti, sebbene con posizioni differenti: S. BARTOLE, *Governo italiano*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, VII, Torino 1991, 637 ss.; P.A. CAPOTOSTI, *Presidente del Consiglio*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 133 ss.; E. CHELI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei ministri e la sua Presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *L’istituzione governo – Analisi e prospettive*, Milano 1977, 41 ss.; P. CIARLO, *Commento all’art. 95*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma 1987; V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del governo parlamentare in Italia*, in *Studi in onore di E. Crosa*, I, Milano 1960, 595 ss.; L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 634 ss.; L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 675 ss.; G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei ministri e l’organizzazione del Governo*, Padova 1986. Per i contributi più recenti, cfr., *ex multis*, I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli 2018.

¹¹ F. DONATI, *Governo: Unità di azione del Governo e responsabilità politica dei singoli ministri alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 7 del 1996*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/1997, 357 ss.; M. CARTABIA, *Governo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano 2006, 2824 ss.

disposizioni relative all'organizzazione del Governo, infatti, si presentano appositamente "scarne" e "redatte in maniera sommaria"¹², in quanto rappresentano una sintesi comune tra posizioni opposte¹³. È notorio che ciò sia stato il prodotto della proposta base elaborata dall'on. Perassi, il quale tentò di mediare tra la tesi democristiana – che sosteneva la preminenza del Presidente del Consiglio (al fine di attuare con maggiore incisività una politica omogenea) – e quella della sinistra che, al contrario, temeva un accentramento dei poteri in capo ad un singolo, preferendo una maggiore condivisione dell'indirizzo politico da parte di tutto il Consiglio¹⁴. La posizione dell'on. Perassi ebbe il pregio di cogliere i punti in comune tra i vari partiti¹⁵, rinviando ad una successiva legge ordinaria la definizione precisa delle funzioni del Presidente, dei singoli Ministri e dei loro rapporti reciproci. Pertanto, la disciplina puntuale fu riservata alla legge, secondo l'ultimo comma dell'art. 95 Cost.

L'analisi della dottrina in merito all'articolo suddetto, nella parte in cui attribuisce esplicitamente al Presidente del Consiglio la "direzione"¹⁶ e la relativa "responsabilità" della politica generale del Governo, ha oscillato tra numerose differenti interpretazioni. La prima posizione faceva perno sul ruolo di preminenza del Presidente del Consiglio rispetto ai Ministri¹⁷, la seconda posizione, invece, sul ruolo di "gestione dell'Assemblea"¹⁸ mentre la più invalsa era quella intermedia di "*primus inter pares*"¹⁹.

¹² L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enc. dir.*, Milano 1970, 676.

¹³ Su tal punto, si rinvia a M. CERIONI, *Forma di governo, Costituzione e Amministrazione*, in E. CUCCODORO, *Lettera e spirito dei poteri. Idee di organizzazione costituzionale, III, Le discontinuità di crisi. Questioni costituzionali aperte*, Napoli 2014, 157 ss.

¹⁴ Su questi aspetti, cfr. E. CATELANI, *Art. 95*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, 1839 ss.

¹⁵ La proposta fu di nuovo modificata dal comitato di redazione. Per un approfondimento cfr., i dettagli riportati da E. CATELANI, *Art. 95*, cit., 1839 ss. Per l'esame diretto dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente cfr., V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano 1976, specie 289 ss. e 302 ss. In tali casi, si possono leggere direttamente le posizioni della sinistra e della democrazia cristiana.

¹⁶ Cfr., E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano 1961.

¹⁷ A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri*, Firenze 1951, 80 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Padova 1975, 551 ss., già proposte in Assemblea Costituente; G. RIZZA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri*, Napoli 1970, 105 ss.

¹⁸ V., tra i molti, F. CUOCOLO, *Il Governo nel vigente ordinamento repubblicano*, Milano 1959, 177 ss.; A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano 1981, 53 ss.

¹⁹ Sebbene, secondo autorevole dottrina, nessuna abbia troppo prevalso sull'altra.

D'altronde, la flessibilità del ruolo del Presidente del Consiglio ha giovato anche alle forze politiche, più libere di imporsi in virtù della propria presenza nel Governo. D'altra parte, invece, nel caso in cui il Presidente del Consiglio fosse un politico particolarmente carismatico e risoluto, le disposizioni costituzionali consentivano l'espandersi della sua azione volitiva di *leadership*. Proprio per tale aspetto, il Governo è stato definito come organo complesso "ineguale"²⁰ per antonomasia. In altri termini, i costituenti avevano costruito una forma di governo "a fattispecie aperta"²¹ da "riempire" con altre fonti²². Ovviamente, non secondaria importanza hanno rivestito anche i partiti che, attraverso i loro comportamenti, hanno dato origine a consuetudini costituzionali, convenzioni e regole di galateo costituzionale. Persino tale elemento ha reso il quadro delle fonti "non fisso" ma "continuamente mobile"²³.

Data la cornice appena sommariamente sintetizzata, l'interpretazione restrittiva potrebbe condurre a ritenere che l'atteggiarsi delle relazioni all'interno del Governo potesse essere conforme al disegno costituzionale. Cionondimeno, sarebbe utile distinguere tra il profilo della correttezza nelle relazioni fra i ruoli (che sembra mancare) e il profilo dell'assenza di precettività (ovvero l'inesistenza di meccanismi che possano sanzionare sensibilmente un rapporto sbilanciato tra poteri dello Stato)²⁴. Quest'ultima non sana lo squilibrio, semplicemente, non vi sono meccanismi per

Su tale profilo, cfr. F. DONATI, *Governo: Unità di azione del Governo e responsabilità politica dei singoli ministri alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 7 del 1996*, cit., 357 ss.; S. MERLINI, *Presidente del Consiglio e collegialità di Governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, 13 ss.

²⁰ L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, 405.

²¹ L. ELIA, *Governo* (forme di), in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 640 ove, in particolare ritiene che l'atteggiarsi della forma di governo dipenda dalla composizione e dal funzionamento dei partiti e quindi, in ultima analisi, del sistema politico.

²² Nel frattempo, le lacune sono state colmate attraverso l'utilizzo di alcune fonti normative approvate durante la vigenza dello Statuto Albertino ovvero il r.d. 4 settembre 1887, n. 4936 relativo alla segreteria della Presidenza, la legge 12 febbraio 1988, n. 5195 sui sottosegretari di Stato, il r.d.l. 10 luglio 1924, n. 1100 sempre disciplinante i sottosegretari nonché il Gabinetto di Presidenza; la legge 24 dicembre 1925, n. 2163 sulle attribuzioni del Capo del Governo, che poneva la questione della "riviviscenza" di norme già abrogate o derogate dalla legislazione fascista. Utile per delineare le attribuzioni del Consiglio dei Ministri è il r.d. 14 novembre 1901, n. 466 noto anche come Decreto Zanardelli.

²³ In tal senso, L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, 381.

²⁴ Salvo, ovviamente il ritiro della fiducia – ma appannaggio quest'ultimo delle forze politiche in Parlamento – e un'azione *in extremis* di conflitto di attribuzioni tra i poteri dello Stato (ipotesi piuttosto teorica). In tal senso, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, La Corte costituzionale, V ed., Padova 1984, 411 pensava che potesse essere una utopia di impronta illuministica.

rimuoverlo e pertanto lo rende soltanto "osservabile" dall'esterno. Il caso del "Governo Conte I" potrebbe essere inserito in questa ultima categoria.

La dialettica sempre crescente tra le due anime del "Governo Conte I" ha relegato il ruolo del Presidente del Consiglio sullo sfondo come "pacificatore", forse "facilitatore"²⁵ di un Esecutivo sempre più traballante. Si potrebbe anche pensare di rievocare – per descrivere tale esperienza – la sorpassata teoria del "neo-feudalesimo ministeriale" ove ogni Ministro-Vassallo era il decisore unico o pressoché definitivo delle scelte da compiere per le materie a lui delegate²⁶, persino in divergenza dall'indirizzo del Presidente del Consiglio. La differenza, in questo caso, rispetto ai tempi dell'utilizzo della figura retorica, è insita nella divisione dell'indirizzo politico²⁷ in due poli concentrati nelle scelte dei *vice-Premier*. Il punto in comune, ovviamente, è collegato alla debolezza dell'azione unica di indirizzo politico esercitata dal Presidente del Consiglio. Lo sfrangiamento era visibile in tutte e tre le attribuzioni del Presidente (così come enumerate dalla l. n. 400/1988): a) le azioni "a nome del Governo", ovvero prese collegialmente dal Consiglio dei Ministri (non sempre anche deliberate formalmente ma che comunque impegnavano tutto il Governo). Le predette erano comunicate dal Presidente in quanto organo rappresentativo. In concreto, alcune decisioni non erano prese nella collegialità del Consiglio ma monocraticamente dal Ministro e quelle condivise in Consiglio subivano delle modifiche successive²⁸. B) Le funzioni proprie del Presidente come titolare della funzione di dire-

²⁵ Espressione che rinvia alla filosofia del Movimento 5 stelle.

²⁶ Il concetto è contenuto in una lettera inviata da Costantino Mortati ad Augusto Barbera il 12 aprile 1977, ora in F. LANCHESTER, *I Giuspubblicisti fra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX*, Torino 1998, 130-131. Cheli parlava di «direzione plurima dissociata»: E. CHELI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua Presidenza: dal disegno alla prassi*, in *L'istituzione governo: analisi e prospettive*, Milano 1977, 49. S. MERLINI, G. TARLI BARBIERI, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino 2011.

²⁷ Cfr. V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli 2015, 3 ss. che ha ripubblicato ID., *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939, 53 ss. Sull'indirizzo politico, cfr. anche M. DOGLIANI, *Introduzione alla riedizione di Vezio Crisafulli, Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Prima e dopo la Costituzione, cit.*, XIX ss. Del medesimo Autore, v. anche ID., *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli 1985; ID., *Indirizzo politico*, in *Digesto delle discipline Pubblicistiche*, Torino 1993, 3 ss.; ID., *Costituzione materiale e indirizzo politico*, in A. CATELANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano 2001, 171 ss. V. altresì. T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, 134 ss.

²⁸ Si pensi alla prassi delle delibere "salvo intese" di cui si dirà più oltre.

zione della politica generale del Governo e di coordinamento nonché di gestione di riunioni ed Assemblee erano depotenziate per gli aspetti già descritti e dei quali si dirà anche oltre. C) Le azioni riconducibili al ruolo di “cerniera tra i molteplici livelli territoriali” (U.E., Regioni e Province autonome) in qualità di esponente apicale dell’Amministrazione dello Stato – tanto da assumere la funzione di «cabina di regia della politica governativa»²⁹ sia in senso orizzontale rispetto al lavoro dei Ministeri, sia in senso verticale di raccordo con l’U.E. e gli altri livelli territoriali – erano spesso oggetto di critiche o comunque di non completa condivisione da parte di metà compagine governativa.

Analizzando i fatti con l’ausilio della teoria dell’indirizzo politico di Crisafulli, si possono scorgere due distinti profili di criticità che hanno poi condotto alla “crisi”.

In primo luogo, anche nel nostro ordinamento, è riconosciuta l’attività di indirizzo politica in quanto inserita in Costituzione all’art. 95 e poi parzialmente disciplinata dalla l. n. 400/1988 (ad es. all’art. 2). La tesi crisafulliana insiste sull’esistenza di un principio generale di diritto – per ogni Stato moderno – che prescriva (più o meno incisivamente) agli organi costituzionali di collaborare all’attuazione dell’indirizzo politico³⁰. L’efficacia precettiva, tuttavia, è subordinata alla valutazione delle parti che l’indirizzo politico prescelto sia «rispondente al pubblico interesse»³¹. Ebbene, il primo punto di cesura si colloca esattamente nella valutazione dell’interesse pubblico da parte dei due partiti politici coinvolti o, meglio dai due *vice-Premier* che, secondo la teoria citata, dovrebbero eseguirlo in modo discrezionale e non arbitrario. La verifica, a sua volta, della valutazione (se discrezionale o arbitraria) risulta essere una attività particolarmente sfuggente per il giurista in quanto coinvolge il riferimento a parametri extra-giuridici come l’interesse nazionale. Ciò che è possibile esaminare, invece, è il metodo utilizzato che si evince dalle affermazioni di commento delle misure normative adottate. Si registra che, molto spesso, anche le verifiche siano avvenute con la consueta modalità di divisione per aree tale da rendere il controllo dell’azione di governo falsato poiché basato su una visione parziale³². La dicotomia tra

²⁹ C. COLAPIETRO, *Il Governo e la Pubblica Amministrazione*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino 2015, 407.

³⁰ V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli 2015, 77.

³¹ V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, cit., 82-83.

³² Le decisioni erano prese valutando come parametro il gradimento del proprio elettorato di riferimento sia in termini di area di attività sia in termini geografici e non

i due indirizzi politici provenienti dai due *vice-Premier* era assolutamente palese a scapito dell'unità tale da giungere anche ad erodere il concetto di precettività dell'indirizzo politico stesso. L'esempio plastico è rappresentato dalle decisioni approvate in sede di Consiglio dei Ministri «salvo intese»³³ e poi approdate in Parlamento con testi parzialmente difformi oppure con emendamenti sostanzialmente differenti³⁴ proposti dai deputati della maggioranza. La difficoltà di *reductio ad unum* dell'indirizzo politico si è materializzata anche in concomitanza degli eventi di sbarchi a fini umanitari. Si segnalano gli avvenimenti del luglio 2019 e, in particolare, le norme di diritto internazionale e dei trattati dell'U.E. che erano poste a favore dello sbarco di persone trattenute su navi di Organizzazioni Non Governative³⁵. Secondo l'approccio dottrinale utilizzato, i limiti giuridici all'attività di indirizzo politico sono da ricercarsi nel «generalissimo e coesenziale ai sommi principi informatori dell'ordinamento dello Stato moderno»³⁶ nonché alla «formula politica di taluni Stati, quando questa si ponga, in tutto o in parte, con carattere di normale immutabilità»³⁷. Quest'ultima formula, in relazione allo stato democratico italiano, ha sempre compreso la partecipazione dell'Italia al rispetto del diritto internazionale e del diritto unionale che qui si esprime attraverso il Regolamento di Dublino³⁸. L'azione dell'indirizzo politico esercitata dal *Premier*

i risultati attesi in termini di miglioramento della condizione generale del Paese o della risoluzione di evento avverso. Si pensi alla Lega e alla vicinanza ai settori economici e produttivi del Nord mentre il M5S maggiormente più attento ai disagi sociali del Meridione.

³³ P. VIPIANA, *La recente adozione di due decreti-legge salvo intese*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2019, 894 ss.

³⁴ Si pensi, fra tutti, al procedimento che ha condotto all'approvazione del Decreto Sicurezza-bis: decreto-legge firmato dal Presidente della Repubblica, presentato come disegno di legge di conversione "salvo intese" poi modificato da emendamenti in Parlamento e stigmatizzati (in due punti) in sede di promulgazione da parte del Presidente della Repubblica. Nella seduta di giovedì 25 luglio, la Camera ha approvato il disegno di legge di conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica (C. 1913-A). Il provvedimento è passato anche al Senato divenuto poi Legge n. 77/19 del 8 agosto 2019, GU n. 186 del 9 agosto 2019. Testo coordinato G.U. n. 186 del 9 agosto 2019.

³⁵ Cfr. Cassazione penale, Sezione III, Sentenza 20 febbraio 2020 (ud. 16 gennaio 2020), n. 6626, Presidente Lapalorcia, Relatore Gai che ha statuito in modo conforme alla decisione del Tribunale di Agrigento, Ufficio GIP, ordinanza, 2 luglio 2019, Giudice dott.ssa Vella, disponibili in www.iusexplorer.it.

³⁶ V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, cit., 89

³⁷ V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, cit., 89.

³⁸ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata

Conte è andata in tale direzione, autorizzando lo sbarco nelle forme e nei limiti stabiliti, pur senza la convinta adesione di una parte importante della compagine governativa che, al contrario, aveva manifestato un opposto indirizzo politico trasfuso in atti di blocco delle navi, sebbene non del tutto formalizzati secondo la consueta prassi amministrativa. Lo strappo dell'unità dell'indirizzo politico è stato celebrato con evidenza. Il principio giuridico che presupponeva una leale collaborazione tra gli organi costituzionali nell'attuazione dello stesso è stato sicuramente violato.

È possibile, pertanto, affermare che per via di prassi, vi è stata una doppia torsione: a) il Governo ha progressivamente eroso la funzione di determinazione dell'indirizzo politico rispetto al Parlamento sino quasi ad esercitarlo in via esclusiva, sia per l'estensione dei poteri in tema di bilancio, sia per l'esercizio della potestà normativa³⁹ (con iniziative legislative blindate da questioni di fiducia e con atti aventi forza di legge molto incisivi)⁴⁰. Di conseguenza, potremo dire che vi è stata una sovrapposizione anomala delle fasi teleologica, strumentale ed effettuale⁴¹. B) La seconda torsione è avvenuta in seno al Governo stesso nei limiti prima indicati e di quanto si dirà oltre ovvero relativa alla polarizzazione dell'indirizzo politico (prima bipolare e poi probabilmente concentrato di più su un unico polo di minoranza del Governo).

Nel corso dei mesi, infatti, il ruolo del Sen. Salvini era cresciuto in virtù del consenso guadagnato nei risultati delle elezioni europee di maggio 2019 a scapito dell'alleato di Governo. Forte di tale mutata posizione da "ancillare" a "primaria", la Lega iniziava a richiedere al *Premier* maggiore attenzione alle tematiche della sicurezza, delle infrastrutture e della manovra di bilancio con l'auspicata introduzione della *flat tax*, ovvero dei temi di propria "competenza politica".

Nel tentativo di assecondare tali aspirazioni (al fine anche di evitare fratture nella maggioranza), il *Premier* giungeva a concedere l'approva-

in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), disponibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0604&from=EN>.

³⁹ Così anche M. CARTABIA, *Governo, op. cit.*

⁴⁰ I dati dell'inizio della legislatura presenti nei siti istituzionali di Camera e Senato sottolineano una erosione ancor più spiccata con una percentuale minore di riunioni parlamentari.

⁴¹ Utilizzando la tripartizione formulata da T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, XXI, cit., 134 ss. Su questo cfr. anche C. COLAPIETRO, *Il Governo e la Pubblica Amministrazione*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino 2019, 450 ss.

zione in Consiglio dei Ministri del c.d. decreto Sicurezza *bis* nonché di serie rassicurazioni sulla fattibilità dell'opera *Tav* in vista al M5S.

L'azione del Presidente Conte – custode del contratto e prima ancora della sopravvivenza del Governo – per mantenere in equilibrio la maggioranza ha condotto all'approvazione di alcuni atti legislativi ai quali la Lega teneva particolarmente.

L'equilibrio del Governo "Conte I", tuttavia, non era basato su quell'unico indirizzo politico, ma sembrava retto dal meccanismo del *tâtonnement*⁴², sempre sul punto di cadere ma senza riuscirci mai, sia per la volontà dei due *vice-Premier*, sia per gli "equilibrismi creativi" del Presidente tali da far coesistere gli interessi politici dei predetti. Con il procedere del tempo, ciascuna parte imponeva il proprio distinto indirizzo politico al Governo su un tema, si cercava di mediare anche con serie minacce di crisi ma un secondo prima di risolvere il contratto (*rectius*, sfiduciare l'Esecutivo), vi era sempre una parte responsabile che arrestava il cammino verso la crisi. Ecco perché la crisi annunciata sembrava cristallizzata e incapace di aprirsi formalmente. Al contrario, il *casus belli* è stato molto insolito ed inedito⁴³ sia per i tempi (in relazione al momento cronologico delle ferie agostane e successivamente all'approvazione di un provvedimento legislativo assolutamente favorevole alla Lega) sia in relazione alle modalità (che anche in questo caso, per molte ore, sono state soltanto annunciate secondo lo schema consueto e non formalizzate con atti parlamentari, presumibilmente in attesa di aperture di credito politiche).

⁴² In francese significa letteralmente "a tentoni". Si tratta di un termine del linguaggio economico, «utilizzato nel modello di equilibrio economico generale di L. Walras per indicare il processo di ricontrattazione 'a tentoni' degli scambi, in seguito al quale tutti gli agenti economici massimizzano la loro utilità o il loro profitto e tutti i mercati raggiungono una posizione di uguaglianza delle quantità domandate e di quelle offerte. Nel modello di Walras il processo è regolato dalla figura ipotetica del 'banditore' la cui funzione consiste nell'aumentare oppure nel ridurre i prezzi, a seconda che si verifichi un eccesso di domanda o di offerta, fino al conseguimento dell'equilibrio su tutti i mercati» (*Enc. Treccani online*, s.p.), ove ovviamente il banditore è il Presidente del Consiglio che aveva l'arduo compito di mediare le esigenze delle due anime di Governo e produrre degli aggiustamenti empirici che potessero consentire alla parte che non voleva il provvedimento di accettarlo di buon grado, non posizionando il veto, e all'altra di veder approvato il provvedimento a cui teneva molto almeno nelle parti più significative.

⁴³ Cfr. A. D'ANDREA, *La pervasiva vischiosità della politica italiana: la contraddizione costituzionale del governo del "cambiamento" e il suo superamento*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, 1.10.2019, 13 ss. ove parla di crisi «annunciata» ma proprio perché ha ritardato nella sua apertura ufficiale è divenuta presto una crisi «paradossale».

2. *La crisi straordinaria*

L'antefatto immediatamente precedente è individuabile nella discussione di una mozione sulla medesima opera infrastrutturale in cui Lega e M5S votarono disgiuntamente in Senato⁴⁴. Le mozioni approvate confermarono la fattibilità dell'opera. Nonostante il successo parlamentare incassato, l'8 agosto 2019, il Sen. Salvini ufficializzava la volontà di tornare alle urne (la mozione di sfiducia sarà depositata il giorno dopo). Da questo momento, si susseguivano delle dichiarazioni, eventi di difficile inter-

⁴⁴ Senato della Repubblica, Mercoledì 7 Agosto 2019 – 144ª Seduta pubblica, resoconto stenografico. Al termine della discussione di mozioni sulla TAV Torino-Lione, l'Assemblea ha approvato le mozioni nn. 153 (testo 2) del PD, 156 della sen. Bonino, sostenuta da 9 parlamentari di Leu, Aut, Pd e Misto, 157 (testo 2) di FdI e 162 (testo 2) di FI. La mozione del M5S è stata respinta.

Le mozioni approvate affermano la valenza strategica dell'opera. Nello specifico, la mozione del PD n. 153 (testo 2), illustrata dal sen. Margiotta, impegna il Governo ad adottare tutte le iniziative necessarie per consentire la rapida realizzazione della nuova linea ferroviaria TAV Torino-Lione. La mozione n. 156 della sen. Bonino e altri, illustrata dal sen. Nencini (Misto) e sostenuta da 9 parlamentari di Leu, Aut, Pd e Misto, chiede al Governo di proseguire nelle attività amministrative finalizzate alla realizzazione dell'opera e in particolare della sezione transfrontaliera e del tunnel di base del Moncenisio dando attuazione a quanto già previsto dalla normativa vigente e dagli accordi stipulati dall'Italia in sede internazionale. La mozione n. 157 (testo 2) di FdI, illustrata dal sen. De Bertoldi, impegna il Governo ad adottare ogni iniziativa necessaria a scongiurare che l'Italia incorra in inevitabili effetti penalizzanti e dannosi, che deriverebbero sia dall'emergere di profili di responsabilità contrattuale per inadempimento o ulteriori ritardi esecutivi rispetto agli impegni assunti, sia dalla mancata realizzazione di un'opera infrastrutturale strategica per lo sviluppo economico nazionale. La mozione n. 162 (testo 2) di FI, illustrata dai sen. Pichetto Fratin e Saccone, impegna il Governo a dare piena attuazione all'accordo ratificato dal Parlamento italiano (legge n. 1 del 2017), confermando la valenza strategica della realizzazione della nuova linea ferroviaria Torino-Lione in termini economici e occupazionali. È risultata preclusa la mozione n. 159, illustrata dalla sen. De Petris (Leu), e sostenuta da 7 parlamentari dei Gruppi Misto e M5S, che chiedeva al Governo: di bloccare le procedure di appalto, revocando i membri italiani del consiglio di amministrazione del promotore italo-francese dell'opera TELT e nominandone di nuovi; di trasferire le risorse sul trasporto ferroviario regionale, sulle tratte dei pendolari e sul trasporto pubblico locale; in subordine, di bloccare l'allineamento temporale dei lavori di realizzazione della tratta transfrontaliera all'effettivo avvio dei lavori di realizzazione da parte francese della loro tratta nazionale. La sen. Pirro ha illustrato la mozione n. 152 di M5S, sottoscritta dal sen. Cerno (PD) che, partendo dal presupposto che il progetto è obsoleto e presenta gravi criticità dal punto di vista della sostenibilità economica, sociale e ambientale, chiede che il Parlamento si pronunci per la cessazione delle attività relative al progetto per la realizzazione e la gestione della sezione transfrontaliera del nuovo collegamento ferroviario Torino-Lione e disponga una diversa allocazione delle risorse stanziare per il finanziamento della linea affinché siano successivamente destinate a opere pubbliche alternative, maggiormente utili e urgenti, sul territorio italiano.

pretazione e molta confusione. Quest'ultima probabilmente veniva generata dalla convinzione della Lega che le dichiarazioni del *vice-Premier* Salvini potessero *sic et simpliciter* condurre il Presidente del Consiglio a salire al Colle, rassegnando le proprie dimissioni in una crisi c.d. extraparlamentare⁴⁵ e, di conseguenza, il Presidente della Repubblica a sciogliere anticipatamente le Camere. Tale fallace programma potrebbe essere stato ingenerato anche dal comportamento sino ad allora accomodante del Prof. Conte e molto rispettoso dei *desiderata* dei due *vice-Premier*. La rappresentazione degli eventi in questi frangenti diviene "opaca". Secondo quanto riportato da fonti giornalistiche l'iniziale idea del Sen. Salvini di una veloce crisi extraparlamentare era stata suffragata dai colloqui con altri esponenti dell'allora minoranza, anch'essi concordi nell'andare alle urne. Sia quel che sia, tale ipotesi di soluzione – assolutamente plausibile come ricordano i molti precedenti⁴⁶ – prevedeva la collaborazione fattiva di altre due cariche dello Stato (il Presidente del Consiglio e il Presidente della Repubblica) a cui, invece, la Costituzione attribuisce una panoplia di soluzioni differenti, coinvolgendo in particolare tutto il Parlamento. In ultima analisi, pertanto, è possibile pensare che la rappresentazione della crisi – nel pensiero della forza politica che l'ha innescata – abbia avuto (direttamente o indirettamente) un esito (il ricorso alle urne) che è stato confuso come "l'unico possibile" mentre era soltanto "*uno* dei molti esiti" che avrebbe potuto avere l'andamento della crisi.

L'aspetto essenziale riguarda, infatti, proprio la sottovalutazione del modo in cui il potere è distribuito fra gli organi dello Stato-apparato e i rapporti che si instaurano fra di essi. Ad onor del vero, il ruolo integrativo di fonti *extra*-costituzionali non scritte – anche declinate attraverso il mutato rapporto di forza elettorale tra i due partiti politici di maggioranza⁴⁷ – dovrebbero aver creato una sorta di "distorsione nella rappresen-

⁴⁵ Sulla classificazione delle crisi, cfr. P.G. LUCIFREDI, *Contributo ad una classificazione sistematica delle crisi di Governo in regime parlamentare*, Firenze 1962.

⁴⁶ O per meglio dire "tutti" i casi precedenti salvo per le crisi dei Governi Prodi I (nel 1998) e Prodi II (nel 2008) che invece si sono sottoposti al voto espresso di sfiducia.

⁴⁷ Così la tesi di L. ELIA, *Governo (forme di)*, *cit.*, 640 secondo cui «le norme sulla forma di governo (e particolarmente quelle relative al governo parlamentare in senso proprio) sono a fattispecie aperta (entro certi limiti) e cioè suscettibili di essere qualificate dal sistema dei partiti e integrate dalle regole convenzionali che ad esso fanno capo». Vedi pure A. BARBERA, *Intorno alla prassi*, in A. BARBERA, T. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna 2008. Tuttavia, oltre all'integrazione dovuta al sistema dei partiti, è stato rilevato come «da una facile rilevazione statistica [...] la grande parte delle regolarità che accompagnano le norme costituzionali "a fattispecie aperta" [sia] dipesa direttamente dalle scelte effettuate nei decenni dai presidenti della Repubblica (e solo

tazione della crisi” proprio in seno al partito politico che l’ha provocata. L’iniziale idea era di produrre una veloce crisi extra-parlamentare ma nel prosieguo, è stata trasformata in parlamentare⁴⁸ dal Presidente del Consiglio dei Ministri poiché ha deciso di utilizzare tutte le prerogative che la Costituzione gli attribuiva, a cominciare dal riferire alle Camere i motivi della crisi politica. Il coinvolgimento del Parlamento, dapprima relegato ad organo di ratifica del Governo, ha offerto altre prospettive allo sviluppo degli eventi, manifestando la centralità che la Costituzione gli conferisce.

Il principio di competenza che affida al Presidente del Consiglio l’atto formale delle sue dimissioni oppure richiede un voto espresso di sfiducia alle Camere è divenuto il criterio dirimente che ha squarciato l’opacità dell’operazione e ne ha sensibilmente condizionato l’esito. Ciò per due ordini di motivi: in primo luogo, poiché ha aperto un dibattito esteso a tutte le forze politiche in Parlamento (che vedremo andrà a far coagulare la nuova maggioranza) e in secondo luogo, perché mirava a responsabilizzare la forza partitica che ha aperto la crisi, ponendola di fronte al giudizio dell’opinione pubblica, la stessa che, secondo i sondaggi, plaudeva all’operato della Lega. In tal modo, il Presidente del Consiglio credeva di poter evidenziare al meglio le ragioni che avevano bruscamente interrotto l’azione di governo, ovvero tornare alle urne per ufficializzare il consenso accresciuto. Il terzo motivo è collegato ad un dato meramente oggettivo ma non di minor impatto politico ed istituzionale: guadagnare tempo al fine di iniziare una serie di interlocuzioni con altre forze politiche in Parlamento per verificare la possibilità di una nuova maggioranza in seno allo stesso. Proprio a tal fine, il *Premier* proponeva come data per le sue comunicazioni alle Camere il 20 agosto in modo da sviluppare un colloquio con altre forze, ma, fiutando gli eventi, il gruppo parlamentare della Lega al Senato nel corso della conferenza dei Capigruppo esprimeva parere negativo. A fronte di ciò, la Presidente del Senato On. Alberti Casellati convocava l’Aula nel *plenum* in 24 ore. Il 13 agosto il Senato si apprestava alla discussione della proposta del centrodestra di votare la mozione di sfiducia il giorno seguente, 14 agosto. La proposta veniva

indirettamente dai condizionamenti ambientali esercitati dal contesto partitico sull’attività presidenziale)»: così, O. CHESSA, *L’incerto monismo. Modello e prassi della forma di governo negli anni 1953-1970*, in *Quaderni costituzionali*, anno XXXIX, n. 1/2019, 35. Su questo ultimo punto, si condivide e si dirà più oltre.

⁴⁸ Di tale opinione è M. OLIVETTI, *Osservazioni sparse e qualche numero sulla crisi di governo dell’agosto-settembre 2019, in prospettiva critica*, cit., 4 ss.

respinta da una maggioranza che destava sorpresa⁴⁹ e veniva resa ufficiale dalla Presidenza la data del 20 agosto per le comunicazioni del *Premier*. La maggioranza creatasi sul voto di calendarizzazione dei lavori rendeva reale il timore della Lega di nuovi possibili sostegni al Governo. Nei giorni successivi si sarebbero ascoltate ampie discussioni tra M5S e PD nonché tra M5S e la stessa Lega la quale tentava di ricucire lo strappo prodotto con l'alleato, giungendo persino ad offrire Palazzo Chigi al M5S (secondo quanto dichiarato da Di Maio in via ufficiale⁵⁰) ricollocandosi in una sorta di posizione subordinata rispetto al medesimo dalla quale si era emancipata grazie ai risultati delle elezioni europee.

Gli eventi appena descritti ricordano come le vicende partitiche esterne non si inseriscano nel percorso istituzionale e costituzionale bensì pre-condizionano l'esito della crisi in modo definitivo.

3. *L'apertura della crisi e le possibili soluzioni*

Il 20 agosto 2019 in Senato, il Presidente del Consiglio dei Ministri pronunciava un discorso molto chiaro nei confronti dell'ormai *ex* alleato di Governo e ne stigmatizzava gli aspetti di maggiore frizione istituzionale⁵¹, andando proprio ad evidenziare le questioni che avevano – secondo

⁴⁹ Si tratta della votazione avvenuta il 12 agosto 2019 nell'ambito della conferenza di capigruppo al Senato per fissare la convocazione dell'Aula martedì 20 agosto alle 15 al fine di ascoltare le comunicazioni del Presidente del Consiglio, Giuseppe Conte. Rispettivamente il 13 e il 14 agosto, la stessa costituenda maggioranza ha respinto le mozioni, proposte da Forza Italia e dalla Lega, che chiedevano di votare la sfiducia a Conte. Hanno votato compatti il Pd e il M5s. I lavori del Senato il 13 agosto hanno evidenziato la frattura tra M5S e Lega nonché manifestato una nuova maggioranza. Si sottolineano le stigmatizzazioni da parte della Lega e Fratelli d'Italia (consultabili nel Resoconto stenografico della seduta n. 145 del 13/08/2019; il link è il seguente: http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=18&id=1123280&part=doc_dc-ressten_rs).

⁵⁰ Nel corso delle dichiarazioni ufficiali alla vetrata del 28 agosto 2019 l'On. Di Maio ha affermato pubblicamente: «La Lega mi ha proposto come presidente del Consiglio per il M5s e mi ha informato di averlo comunicato anche a livello istituzionale. Li ringrazio con sincerità ma con la stessa sincerità dico che penso al bene di questo Paese e a non me, perciò rifiuto».

⁵¹ Qualche giorno prima, il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte anticipava qualche pensiero su una lettera aperta pubblicata sul suo profilo *Facebook*, indirizzata al ministro dell'Interno, e suo vice, Matteo Salvini: «Gentile Ministro dell'Interno, caro Matteo, ti scrivo questa lettera aperta perché il caso della nave *Open Arms* domina ormai le prime pagine dei giornali. [...] «Con mia enorme sorpresa, ieri hai riassunto [la] mia posizione su *Open arms* attribuendomi, genericamente, la volontà di far sbarcare i migranti a bordo. Comprendo la tua fedele e ossessiva concentrazione nell'affrontare il

il suo parere – creato un *vulnus* alle proprie competenze oltre a sottolineare gli sgarbi istituzionali posti in essere con atti del Ministro dell'Interno o con discorsi inappropriati, preannunciando che – a prescindere dall'esito del dibattito – si sarebbe recato al Colle a rassegnare le proprie dimissioni nelle mani del Capo dello Stato. Il tenore del discorso lasciava presumere che fosse diretto essenzialmente all'opinione pubblica più che ai parlamentari presenti, per ragioni di trasparenza e per rendere palese la causa principale dell'apertura della crisi – confidata in un colloquio privato da Salvini a Conte, secondo quanto riportato da quest'ultimo nel suo discorso – di «capitalizzare il consenso elettorale ottenuto alle elezioni europee». Si manifestava, pertanto, una forma di rappresentazione della crisi, quasi “didascalica per i cittadini”, conseguenza diretta di forme olocratice di potere.

Di fronte a quello che, a tutti gli effetti, poteva sembrare una forma di imputazione della responsabilità dell'aumento dell'IVA e di altri eventi infausti per la Repubblica, la Lega – sempre nell'ottica della narrazione didascalica per l'opinione pubblica e i cittadini – ritirava la mozione di sfiducia prima della conclusione del dibattito e non chiudeva categoricamente a un nuovo Governo per il taglio del numero dei parlamentari, tema caro al M5S, innescando un'altra contro-narrazione. Tuttavia, l'apertura mostrata dalla Lega non veniva accolta dagli ex alleati e il *Premier*, dopo una breve replica carica di *pathos*, saliva al Colle a rassegnare le dimissioni.

Soltanto in questo momento la crisi era anche formalmente aperta (sostanzialmente lo era già) e il Capo dello Stato poteva esercitare con

tema dell'immigrazione riducendolo alla formula “porti chiusi”», ma alterare «una chiara posizione del tuo Presidente del Consiglio» è «un chiaro esempio di sleale collaborazione, l'ennesima a dire il vero, che non posso accettare». Dal tenore delle parole scelte si evinceva l'impossibilità di ricucire lo strappo istituzionale tra le due cariche di governo. La lettera assumerà ancor più interesse in relazione alla *vexata quaestio* della riconducibilità all'intero Governo dei blocchi navali nell'ambito della difesa dell'On. Salvini per la sottoponibilità a processo per sequestro di persona ed altri reati da parte del tribunale di Catania. Sui casi Diciotti, Gregoretti e poi *Open Arms* non è possibile generalizzare in quanto l'azione del Governo si distanzia progressivamente dalle attività giuridiche dell'On. Salvini come Ministro dell'Interno e palesa in tal modo: a) l'iniziale delega in bianco al Ministro dell'Interno sulla materia immigrazione, ivi comprese le operazioni delle ONG di attracco nei porti su cui esisteva anche la competenza del ministero della Difesa e del ministero delle Infrastrutture e Trasporti ai quali, invece, erano soltanto richiesti pareri o mere ratifiche. In tal caso si ripropone la biforcazione dell'indirizzo politico. b) Il tendenziale mutamento del ruolo del Presidente del Consiglio e di conseguenza il tentativo di ricompattamento dell'indirizzo politico.

pienezza il proprio ruolo, in un terreno reso fertile nei giorni precedenti dalle interlocazioni dei partiti. Il Presidente Mattarella aveva di fronte un ventaglio interessante di soluzioni che dovevano essere attentamente verificate nel corso delle consultazioni, attraverso il proprio potere: *neutro* ma estremamente persuasivo, quasi *maieutico* e, pertanto, *creatore*.

Osservando tale aspetto, si sono palesate delle critiche al Presidente Mattarella di voler «potenzia[re] ... l'influenza del Presidente della Repubblica» verso "torsioni presidenzialiste"⁵², che sono andate ad aggiungersi alle già ben note accuse di alto tradimento ed attentato alla Costituzione mosse con il rifiuto di concedere il Ministero dell'Economia al Prof. Savona nel costituendo Governo "Conte I"⁵³. Anche questa narrazione, tuttavia, risultava distorta da una falsa rappresentazione della crisi e dei rapporti tra gli organi costituzionali.

L'ipotesi che alla Lega sembrava più scontata ovvero il ritorno alle urne era messa in discussione dal Capo dello Stato sulla base di timori concreti, poiché ciò avrebbe significato delle elezioni in autunno, lo slittamento degli adempimenti previsti nel ciclo di bilancio, ivi compreso l'impegnativo (sia in termini di tempo sia di risorse) dialogo tra Italia e UE, sino a giungere al pericolo dell'impossibilità di approvare il bilancio dello Stato entro fine anno con il necessario ricorso all'esercizio provvisorio, l'instabilità dei mercati, gli aumenti dello *spread* e dell'IVA. D'altronde, a supporto delle problematiche concrete, vi è il dato storico che suffraga l'inesistenza di elezioni per il rinnovo del Parlamento na-

⁵² Per una panoramica sintetica delle diverse posizioni cfr. V. LIPPOLIS, *Il Presidente della Repubblica a settanta anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Relazione al Seminario "Gli organi costituzionali a 70 anni dall'entrata in vigore della Carta" del 19 gennaio 2018, promosso dalla Corte costituzionale e dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, in *Giur. Cost.*, n. 2, 1.4.2018, 899 ss. il quale prende in esame le peculiarità delle varie presidenze: Napolitano, Scalfaro. Tuttavia, a partire dall'analisi degli Atti dell'Assemblea costituente, vuole evidenziare come il nostro sistema sia rimasto sostanzialmente sempre "parlamentare" anche nei momenti più delicati ove l'intervento del Presidente della Repubblica si è fatto più marcato. Cfr. anche G.U. RESCIGNO, *Presidente della Repubblica e nomina dei Ministri*, in *Giur. Cost.*, n. 2/2018, 853 ss.

⁵³ Sul caso, cfr., *ex plurimis*, A. D'ALOIA, *Nomina dei Ministri, interessi costituzionali fondamentali, poteri del Presidente della Repubblica. Appunti a margine del caso 'Savona'*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018 e ivi riferimenti a favore del ruolo del Capo dello Stato. Tuttavia, non sono mancate in dottrina le voci contrastanti sulla scelta del medesimo: *ex multis*, V. BALDINI, *Il veto assoluto alla nomina di un Ministro e la formazione del governo del Presidente: uno sbrego alla Costituzione?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2018.

zionale in autunno in tutta la storia repubblicana e, in aggiunta, la breve durata della legislatura⁵⁴.

Inoltre, il potere di scioglimento anticipato è sempre stato esercitato in una sorta di *collaborazione cooperativa* tra Presidente della Repubblica e Presidente del Consiglio (non certo tra il primo e il *vice-Premier*, sebbene di un partito rilevante⁵⁵). Ovviamente, ci sono state delle eccezioni, ad esempio, agevolate da riforme costituzionali o eventi che hanno creato terremoti istituzionali, oltre che politici, tali da convincere il Presidente a sciogliere autonomamente le Camere. Diversamente, gli scioglimenti sono stati sempre “funzionali” o di *extrema ratio*, poiché non vi erano maggioranze alternative in Parlamento e chiaramente erano concertati con il Presidente del Consiglio⁵⁶. Di altro parere, alcune voci in dottrina hanno provato a sostenere che «i 5 anni di durata della legislatura [siano] da intendere come un termine massimo di durata, perché il Paese legale – in ragione del fondamento della democrazia rappresentativa – deve quanto più riflettere il Paese reale. E tale termine è il massimo che si può attendere per verificarlo. Dall’altro, una cessazione anticipata rispetto a quel quinquennio è una valutazione di opportunità rimessa al Capo dello Stato. Tra le ipotesi che vengono in gioco vi è il venir meno della corrispondenza tra eletti ed elettori, ovvero il sopravvenuto difetto di rappresentatività dei rappresentati [...]: appunto, lo scollamento evidente fra *Paese legale* e *Paese reale*. Ad esempio, il mutamento della situazione politica, confermato dalle elezioni regionali [...] o da referendum [...], può costituire valido motivo di scioglimento anticipato»⁵⁷. Effettivamente, questa ricostruzione sembra provare troppo, poiché non applicabile al caso *de quo* del tutto privo di avvenimenti straordinari. L’unica novità è rappresentata dalle diverse maggioranze registrate alle elezioni ma di altro Parlamento, quello europeo, per l’appunto. Sarebbe stata un’opera-

⁵⁴ Lo scettro di durata minima è detenuto dalla XI Legislatura in carica dal 23 aprile 1992 al 14 aprile 1994, per un totale di 722 giorni, ovvero circa due anni.

⁵⁵ Sulla qualificazione del potere di scioglimento come potere duale tra Presidente della Repubblica e Presidente del Consiglio dei Ministri, cfr., L. CARLASSARE, *Sub artt. 88, 90-91*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1983, 41 ss.; M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino 2019, 504 ss.

⁵⁶ L’atto di scioglimento è stato pensato in “codeterminazione” salvo degli scioglimenti “funzionali” o “tecnici” secondo l’opinione di M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica, cit.*, 505 s. che ne ha sintetizzato gli episodi più interessanti e ne ha fatto una classificazione sin dalla prima Repubblica.

⁵⁷ G. CERRINA FERRONI, *Perché (Costituzione alla mano) bisognava tornare a votare*, in *www.centromachiavelli.it*, 2019.

zione troppo arditamente se il Presidente della Repubblica, in presenza di una maggioranza – sebbene diversa da quella iniziale – nel Parlamento italiano capace di esprimere un Governo (M5S-PD), avesse comunque sciolto le Camere, motivando con i risultati delle elezioni di un altro Parlamento. Invero, l'unico caso di scioglimento anticipato deciso autonomamente dal Presidente della Repubblica (sebbene il Parlamento fosse in grado di esprimere una maggioranza) risale al 1994, quando il Presidente Scalfaro prese atto del «divario molto sensibile tra le forze rappresentate [...] in Parlamento e la reiterata volontà popolare»⁵⁸. Tale evento – come esplicitato direttamente dal Presidente della Repubblica⁵⁹ e concordemente a quanto espresso da altra dottrina⁶⁰ – non può porsi nel medesimo piano

⁵⁸ Così si espresse il Presidente Scalfaro nella lettera che aveva indirizzato il 16 gennaio 1994 al Presidente del Senato Giovanni Spadolini e al Presidente della Camera dei Deputati Giorgio Napolitano unitamente alla copia del decreto di scioglimento del Parlamento. La lettera è consultabile nella sezione Documentazione di *Nomos*, 1994, 148 ss.

⁵⁹ Il Presidente ha affermato che «È vero che, nella vita democratica e costituzionale, la durata "fisiologica" delle istituzioni è posta, nella nostra carta fondamentale, come regola e come norma. [...] Tuttavia, il solo fatto che la Costituzione contempra e disciplini l'ipotesi della fine anticipata della legislatura, deve indurre a considerare anche questo evento in armonia con la dialettica vitale delle nostre istituzioni. Un evento che, rappresentando pur sempre un'eccezione alla regola, postula la necessità di motivazioni chiare e precise. Ebbene, queste motivazioni sono presenti, con particolare evidenza, nell'attuale, eccezionale momento politico [...]. Il fatto di maggior rilievo è il risultato del referendum per la sostanziale e profonda modifica del sistema elettorale politico [...]. È, inoltre, evidente che il risultato referendario [...] richiede anche che tale nuova legge venga in concreto applicata [...]. Il secondo fatto che sostanzia la motivazione di scioglimento anticipato, è la duplice consultazione elettorale del giugno e del novembre 1993, in applicazione della nuova legge elettorale comunale [...]. Il risultato di tale duplice consultazione ha evidenziato un divario molto sensibile tra le forze rappresentate oggi in Parlamento e la reiterata volontà popolare. [...] Ma è altrettanto vero che il vasto e corposo mutamento espresso per ben due volte, lo scorso anno, da un elettorato così numeroso, ha inciso profondamente sugli schieramenti politici presenti in Parlamento e, quindi, sullo stesso funzionamento delle Camere, la cui attività si è manifestata sempre più difficile e faticosa, e la cui forza rappresentativa ne è risultata compromessa. Ed è giusto rilevare che a questi cambiamenti ha concorso anche l'attività, necessaria e valida, della Magistratura nell'indagine e colpire le varie patologie manifestatesi nella gestione della cosa pubblica, che hanno visto coinvolti partiti, parlamentari, pubblici amministratori, funzionari ed esponenti del mondo economico e finanziario. Su tutti questi fatti poggia, dunque, la motivazione dello scioglimento anticipato delle Camere, fatti che, per la loro chiarezza e per il loro peso politico, rendono indispensabile tale eccezionale provvedimento che la Costituzione riserva alla responsabilità del Capo dello Stato [...]». Il testo completo è disponibile nella sezione Documentazione di *Nomos*, 1994, 148 ss.

⁶⁰ Di questo avviso, M. AINIS, *Questo governo? La rivincita della democrazia parlamentare su quella balneare*, in *www.famigliacristiana.it*, 2019, che, infatti, qualifica lo

poiché allora «avvenne in un contesto molto particolare: *Tangentopoli*, le stragi di mafia, il *referendum Segni*»⁶¹.

Pertanto, il primo nodo era racchiuso nella verifica della possibilità seria e concreta di un'altra maggioranza che potesse sostenere un nuovo Governo. Tale opzione accolta dallo stesso Presidente Mattarella al termine del primo ciclo di consultazioni, ha avuto la necessità di una motivazione saldamente ancorata ai fatti obiettivi e alle finalità costituzionali. Quest'ultimo ha qualificato le nuove elezioni in un'ottica di *extrema ratio* ovvero «una decisione da non assumere alla leggera – dopo poco più di un anno di vita della Legislatura – mentre la Costituzione prevede che gli elettori vengano chiamati al voto per eleggere il Parlamento ogni cinque anni. Il ricorso agli elettori è, tuttavia, necessario qualora il Parlamento non sia in condizione di esprimere una maggioranza di governo»⁶². Inoltre, il Presidente della Repubblica sottolineava che vi erano due tentativi in atto di aggregazione di maggioranze: «sono state avviate iniziative per un'intesa, in Parlamento, per un nuovo governo; e mi è stata avanzata la richiesta di avere il tempo di sviluppare questo confronto [M5S e PD *ndR*]. Anche da parte di altre forze politiche è stata espressa la possibilità di ulteriori verifiche» [M5S e Lega ove il Sen. Salvini stava tentando di riallacciare il filo della comunicazione con gli *ex* alleati *ndR*]⁶³.

Il Capo dello Stato, al fine di chiarire al meglio la propria posizione a buona parte dei cittadini che avrebbero desiderato subito lo scioglimento delle Camere e il ricorso alle urne, si è soffermato a precisare i propri *doveri* come una impropria “interpretazione autentica delle legittime at-

scioglimento del 1994 come eccezionale e lo cita per evidenziare le differenze con la situazione attuale.

⁶¹ M. AINIS, *Questo governo? La rivincita della democrazia parlamentare su quella balneare, ibidem*. A tal proposito, la dottrina è intervenuta in chiave problematica, specie a seguito delle riforme elettorali che hanno, a vario titolo, inserito l'indicazione del candidato *Premier* nel contrassegno elettorale. Tuttavia, tale aspetto non solo non potrebbe erodere le facoltà che la Costituzione attribuisce al Presidente della Repubblica ma si condivide la tesi secondo cui la ricerca di mantenere la legislatura con un altro Governo è «accettata dalle forze politiche»: così, M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica, cit.*, 506, che cita la tesi di “scioglimento delle Camere come *extrema ratio*” anche come “interpretazione di Scalfaro”.

⁶² Dichiarazioni del Presidente Sergio Mattarella al termine del primo ciclo di consultazioni, 22.08.2019, disponibili sul sito del Quirinale, in <https://www.quirinale.it/elementi/35282>.

⁶³ Cfr. le dichiarazioni a mezzo stampa e *social media* dell'On. Salvini che mostrava una apertura al M5S subordinandola a un maxi-rimpasto di governo e al cambio del Presidente del Consiglio Conte con l'on. Di Maio, già dal 14 agosto 2019.

tribuzioni relative alla carica rivestita": «Il Presidente della Repubblica ha il dovere – ineludibile – di non precludere l'espressione di volontà maggioritaria del Parlamento, così come è avvenuto – del resto – anche un anno addietro, per la nascita del governo che si è appena dimesso»⁶⁴.

In tal senso, l'olocrazia sembra aver imposto un onere di maggiore chiarezza anche alle cariche istituzionali nei confronti dei cittadini sui concetti di base del funzionamento degli organi costituzionali. Ciò a causa del continuo diffondersi sui *social media* di notizie tecniche, spesso, del tutto fuorvianti, oltre che inadeguate nei contenuti e nelle modalità di diffusione semplicistiche e banalizzate. Il momento in questione, al contrario, necessitava di profonda riflessione.

Emerge, in questo frangente, tutto il legittimo "potere di persuasione"⁶⁵ esercitato dal Presidente della Repubblica, volto ad esperire almeno

⁶⁴ Cfr. Dichiarazioni del Presidente Sergio Mattarella al termine del primo ciclo di consultazioni, 22.08.2019, cit. Sull'uso dei media da parte degli organi costituzionali, v. D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli 2019.

⁶⁵ Perifrasi utilizzata dalla sentenza di Corte cost. n. 1 del 2013, punto 8.3 del Cons. in dir. «Per svolgere efficacemente il proprio ruolo di garante dell'equilibrio costituzionale e di "magistratura di influenza", il Presidente deve tessere costantemente una rete di raccordi allo scopo di armonizzare eventuali posizioni in conflitto ed asprezze polemiche, indicare ai vari titolari di organi costituzionali i principi in base ai quali possono e devono essere ricercate soluzioni il più possibile condivise dei diversi problemi che via via si pongono.

È indispensabile, in questo quadro, che il Presidente affianchi continuamente ai propri poteri formali, che si estrinsecano nell'emanazione di atti determinati e puntuali, espressamente previsti dalla Costituzione, un uso discreto di quello che è stato definito il "potere di persuasione", essenzialmente composto di attività informali, che possono precedere o seguire l'adozione, da parte propria o di altri organi costituzionali, di specifici provvedimenti, sia per valutare, in via preventiva, la loro opportunità istituzionale, sia per saggiarne, in via successiva, l'impatto sul sistema delle relazioni tra i poteri dello Stato. Le attività informali sono pertanto inestricabilmente connesse a quelle formali. Le suddette attività informali, fatte di incontri, comunicazioni e raffronti dialettici, implicano necessariamente considerazioni e giudizi parziali e provvisori da parte del Presidente e dei suoi interlocutori. [...] Non occorrono molte parole per dimostrare che un'attività informale di stimolo, moderazione e persuasione – che costituisce il cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana – sarebbe destinata a sicuro fallimento [...]». Per approfondimenti, cfr. O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia. Il caso della sentenza n. 1 del 2013*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, 21 ss. secondo cui il ruolo ampio del Presidente della Repubblica sarebbe direttamente derivante dalla struttura del disegno costituzionale tale da aver creato un parlamentarismo "dualista". M.C. GRISOLIA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura e del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2013; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sul ruolo del Presidente della Repubblica e sulla sua responsabilità dopo la sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*,

un tentativo di nuova coagulazione di una maggioranza parlamentare e che secondo taluni ha travalicato i propri confini. Non si può non rimarcare, tuttavia, come siano intimamente connesse alle sue funzioni tutte le azioni che si svolgono in un ambito “vischioso” di regolazione di equilibri ontologicamente politici. Il *discrimen*, qualora sia davvero possibile individuarne uno, è da ricercare nella tutela dei valori costituzionali e in una situazione di “sicurezza” (largamente intesa) per gli interessi giudici ed economici della Repubblica e dei cittadini italiani⁶⁶. Non a caso, infatti, nella motivazione del Presidente Mattarella si evidenziano le conseguenze negative in caso di voto anticipato che rende quest’ultima opzione di *extrema ratio*. Al contrario, un’azione volta a promuovere una parte politica *tout court* sarebbe del tutto da stigmatizzare⁶⁷.

La vera problematica è che il ruolo proattivo del Presidente è quantitativamente frequente negli ultimi anni. Ma non si può confondere un dato statistico con la causa. Quest’ultima è piuttosto da ricercare nell’incapacità del sistema politico di autogestirsi pressoché autonomamente nei momenti di crisi dovuta anche a una legge elettorale che non risulta più adeguata al panorama politico attuale nonché ad alcune Istituzioni che necessiterebbero di piccoli aggiustamenti. In mancanza di ciò, tutto il peso di ri-attivare il sistema istituzionale è affidato all’opera sapiente di un organo monocratico che «non è parte» ma è costretto a «prendere parte»⁶⁸.

Cionondimeno, la dichiarazione del Presidente Mattarella rappresenta un tassello aggiuntivo rispetto al valore della tesi dello scioglimento anticipato come *extrema ratio*, anche a voler condividere le posizioni critiche della dottrina. È già stato evidenziato come, negli ultimi tempi, l’“interpretazione di Scalfaro” «di ricercare comunque la possibilità di “salvare” la legislatura a seguito delle dimissioni del governo, è stata seguita anche dai suoi successori [...] sembra oramai accettata dalle forze politiche»⁶⁹. In realtà, proprio in questo caso, una parte cospicua delle

n. 2/2013; F. FERRARI, *Ma non era una Repubblica? Sul ruolo costituzionale del Presidente della Repubblica dopo Corte cost. 1/2013*, in *Federalismi.it*, n. 13/2013.

⁶⁶ Cfr. le varie posizioni all’interno di L. VIOLINI (a cura di), *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2015.

⁶⁷ V. LIPPOLIS, *Il Presidente della Repubblica a settanta anni dall’entrata in vigore della Costituzione*, cit., 899 ss.

⁶⁸ Riprendendo le parole di M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano 2010, 569.

⁶⁹ M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 506. La posizione dottrinale si riferisce alla citata interpretazione di Scalfaro (nella lettera pubblicata in *Nomos*, 1994, 149): v. *supra* nota 59. Cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *Verso una iperdemocrazia plebiscitaria?*, in

forze politiche era di contrario avviso e per tali ragioni, è interessante chiedersi se i comportamenti ripetuti nel tempo dei Presidenti della Repubblica in occasione degli scioglimenti (*diuturnitas*) nonché la consapevolezza della doverosità della condotta esplicitata nelle motivazioni (*opinio iuris ac necessitatis*) possano aver prodotto una consuetudine costituzionale⁷⁰ tale da imporsi con il suo valore anche ai partiti non concordi (e a quella posizione dottrinale favorevole subito allo scioglimento)⁷¹. Qualche accenno potrebbe essersi già formato nell'esposizione dell'elemento soggettivo e già sottolineato da autorevole dottrina⁷² in occasione della crisi del Governo Renzi e nel discorso di fine anno del 31 dicembre 2016⁷³. In quest'ultima circostanza ha «espresso una valutazione positiva

G. NEPPI MODONA (a cura di), *Cinquant'anni della Repubblica italiana*, Torino 1996, 253, secondo cui «il Parlamento è eletto e deve, secondo le concezioni classiche della democrazia, godere di un certo qual respiro, possibilmente fino alla fine della legislatura»; P. COSTANZO, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, in A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa, 19 e 20 novembre 2010), Torino 2011, 116 ss. specialmente 134.

⁷⁰ *Ex multis*, C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano 1962, 597 ss. sui caratteri specifici della "effettività" e della "obiettività" delle medesime (p. 604 ss.). In particolare, ciò che rileva è il «comportamento costante ed uniforme» tale da «elevarsi a norma» (p. 606).

⁷¹ Sul ruolo delle fonti non scritte di determinare la realtà della forma di governo, v., di recente, G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2019, 134 ss.; A. RUGGERI, *Le convenzioni costituzionali: regole della politica in via di estinzione?*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2019, 73 ss.

⁷² V. LIPPOLIS, *Il Presidente della Repubblica a settanta anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, cit., 899 ss., in particolare cfr. il penultimo capoverso del paragrafo 3.

⁷³ Il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, nel messaggio di fine anno del 31.12.2016 ha dichiarato come «non vi è dubbio che, in alcuni momenti particolari, la parola agli elettori costituisca la strada maestra. Ma chiamare gli elettori al voto anticipato è una scelta molto seria. Occorre che vi siano regole elettorali chiare e adeguate perché gli elettori possano esprimere, con efficacia, la loro volontà e questa trovi realmente applicazione nel Parlamento che si elegge. Queste regole, oggi, non ci sono: al momento esiste, per la Camera, una legge fortemente maggioritaria e, per il Senato, una legge del tutto proporzionale. L'esigenza di approvare una nuova legislazione elettorale mi è stata, del resto, sottolineata, durante le consultazioni, da tutti i partiti e i movimenti presenti in Parlamento. Con regole contrastanti tra loro chiamare subito gli elettori al voto sarebbe stato, in realtà, poco rispettoso nei loro confronti e contrario all'interesse del Paese. Con alto rischio di ingovernabilità. Risolvere, rapidamente, la crisi di governo era, quindi, necessario sia per consentire al Parlamento di approvare nuove regole elettorali sia per governare problemi di grande importanza che l'Italia ha davanti a sé in queste settimane e in questi mesi [...]».

Cfr. anche le dichiarazioni del Presidente Mattarella espresse al termine delle consultazioni del 7 maggio 2018 per la formazione del nuovo governo: «L'ipotesi alternativa è quella

circa il rispetto del ritmo fisiologico di cinque anni previsto per le legi-

di indire nuove elezioni subito, appena possibile, gestite dal nuovo governo. Non vi sono i tempi per un voto entro giugno. Sarebbe possibile svolgerle in piena estate, ma, sinora, si è sempre evitato di farlo perché questo renderebbe difficile l'esercizio del voto agli elettori. Si potrebbe, quindi, fissarle per l'inizio di autunno. Rispetto a quest'ultima ipotesi, a me compete far presente alcune preoccupazioni. Che non vi sia, dopo il voto, il tempo per elaborare e approvare la manovra finanziaria e il bilancio dello Stato per il prossimo anno. Con il conseguente, inevitabile, aumento dell'Iva e con gli effetti recessivi che l'aumento di questa taxa provocherebbe. Va considerato anche il rischio ulteriore di esporre la nostra situazione economica a manovre e a offensive della speculazione finanziaria sui mercati internazionali. Vi è inoltre il timore che, a legge elettorale invariata, in Parlamento si riproduca la stessa condizione attuale, o non dissimile da questa, con tre schieramenti, nessuno dei quali con la necessaria maggioranza. Schieramenti resi probabilmente meno disponibili alla collaborazione da una campagna elettorale verosimilmente aspra e polemica. Va tenuto anche in debito conto il bisogno di tempi minimi per assicurare la possibilità di partecipazione alla competizione elettorale. Mi auguro che dalle varie forze politiche giunga una risposta positiva, nel senso dell'assunzione di responsabilità nell'interesse dell'Italia, tutelando, in questo modo, il voto espresso dai cittadini il 4 marzo».

Il tentativo da parte del Capo dello Stato di assicurare la formazione di un governo in luogo dello scioglimento è costante, come anche ribadito nelle Dichiarazioni del 22.08.2019 già riportate *supra*.

Sempre con la stessa interpretazione, v. le dichiarazioni del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine delle consultazioni successive alle dimissioni del Governo Renzi secondo cui «[...] Il nostro Paese ha bisogno, in tempi brevi, di un governo nella pienezza delle sue funzioni: vi sono di fronte a noi adempimenti, impegni e scadenze che vanno affrontati e rispettati. Si tratta di adempimenti, impegni e scadenze di carattere interno, europeo e internazionale. In questi incontri è emersa, come prioritaria, un'esigenza generale di armonizzazione delle due leggi per l'elezione della Camera e del Senato, condizione questa indispensabile per procedere allo svolgimento di elezioni [...]».

Cfr. anche la Dichiarazione più risalente del Presidente Napolitano al termine delle consultazioni (15.02.2014) per la formazione del governo Renzi (si tratta del passaggio dal Presidente Letta ove si evidenzia bene la scelta di non sciogliere le Camere). «Bene, voi avete finito il vostro lavoro e io il mio. Ho ritenuto di dover dare la massima rapidità alle consultazioni proprio perché poi ci sia spazio e serenità per il lavoro successivo di chi avrà l'incarico di formare il governo e avrà bisogno di tutto il tempo necessario per le consultazioni, gli approfondimenti e le intese. Voglio sottolineare il fatto che queste consultazioni, svoltesi a ritmo intenso ma con ampia possibilità per tutti coloro che ho consultato di esprimere le loro opinioni, non hanno avuto nulla di rituale e di formale nel senso che tutte le delegazioni si sono impegnate entrando nel merito di valutazioni sulla natura di questa crisi, sulle prospettive e sulla soluzione, indicando priorità e temi che si augurano siano posti al centro e comunque all'attenzione di chi avrà l'incarico di formare il nuovo governo». I discorsi sono disponibili sul sito ufficiale del *Quirinale*.

Su tali profili, v. M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica, cit.*, 506 il quale sottolinea come esista una "pratica" costante di «"salvare" la legislatura a seguito delle dimissioni del governo [...] anche dai [...] successori [di Scalfaro *ndA*] (in particolare da Ciampi, nel 2000 e nel 2005, da Napolitano, nel 2007, nel 2008 e nel 2011 ed anche nel corso del suo secondo mandato con il passaggio dal Governo Letta al Governo Renzi oltre che da Mattarella, nel 2016, con la nomina del Governo Gentiloni) [...]».

slature»⁷⁴, ribadendo poi il concetto nel corso della crisi del Governo giallo-verde. Al di là dell'affermazione della consuetudine costituzionale, in ogni caso, è possibile registrare una condotta che si espleta nell'ambito del ruolo della Presidenza della Repubblica come almeno prassi consolidata, pienamente all'interno del perimetro del ruolo inteso come magistratura d'influenza che tenta sino all'ultimo spiraglio di fornire un Governo al Paese (sia nel momento iniziale, sia in corso di legislatura), in prima battuta politico, se mancante, di matrice tecnica. Sicuramente, le ultime dichiarazioni del Presidente Mattarella si inseriscono in questo solco e divengono parte di una posizione consolidata che sarà utilizzata anche in futuro.

Come unica condizione, il Presidente Mattarella aveva richiesto, ragionevolmente, la massima celerità poiché, in caso di fallimento del tentativo, sarebbe stato necessario andare presto al voto oppure riformulare delle alternative. Tra queste, spiccavano le ipotesi di un Governo tecnico (sulla falsariga di quello che si stava formando nel 2018 con il *Premier* "quasi incaricato" Cottarelli che potesse essere sostenuto da una ampia maggioranza parlamentare con un mandato preciso come fare la manovra di bilancio, evitare aumento dell'IVA e poi tornare al voto in primavera del 2020); un *Governo-ponte*, stile balneare ancor più breve (massimo sino a febbraio 2020) che potesse occuparsi dell'ordinaria amministrazione (in modo anche da andare alle urne con un Ministro dell'Interno competente a vigilare sulle elezioni che non fosse stato anche il capo politico candidato *Premier* alle medesime, condizione temuta dai più); un *Governo di decantazione*⁷⁵ che potesse pacificare l'acrimonia nel frattempo scoppiata in Italia e formato da politici (ma non di primo piano) sorretto dai voti del M5S e con l'astensione di PD, Leu e Forza Italia con obiettivi circoscritti ma rilevanti come il taglio del numero dei parlamentari; infine, nel novero astratto vi era anche un Governo monocolore M5S, appoggiato dall'esterno da PD e Leu (ipotesi che ha sfiorato una concretizzazione quando il M5S continuava a chiedere il posto da *vice-Premier* per l'On. Di Maio e che, in tal modo, avrebbe ipotecato tutto Palazzo Chigi per sé).

⁷⁴ V. LIPPOLIS, *Ibidem*.

⁷⁵ M. AINIS, *Un governo di decantazione*, in *La Repubblica*, 21 agosto 2019.

4. *Gli sviluppi dell'arte maieutica del Presidente della Repubblica*

Esaminando attentamente le perentorie dichiarazioni del Presidente Mattarella, i partiti politici capirono che se il nuovo Governo doveva formarsi avrebbe dovuto portare in dote una maggioranza coesa nonché un programma di ampio respiro. Seguono giorni ove i tre principali partiti politici procedevano con una fitta rete di colloqui, seguiti da *stop and go* tra cui il *diktat* del PD al M5S di porre fine alla “politica dei due forni” (con PD stesso e con Lega che, nel frattempo, non allentava il *pressing*). In realtà, la chiusura alla Lega è giunta da un esponente non ufficiale del M5S ma dall'*ex Premier* Conte, che però aveva ricevuto ancora una volta l'investitura come Capo dell'Esecutivo anche per il costituendo governo. Complice un'azione di influenza da parte di Beppe Grillo sul M5S (pur sempre il Garante del medesimo⁷⁶), l'interlocuzione con il PD continuava in modo proficuo con l'obiettivo di creare un *Governo di legislatura*. Si lavorava alacremente sul programma (e sui nomi) e l'accordo si chiudeva quando il PD – nonostante le richieste di *discontinuità* alla controparte – acconsentiva al ritorno del *Premier* Conte. Quest'ultimo mostrava di cambiare del tutto la prassi del proprio comportamento precedente (attirandosi le accuse di trasformismo da parte della Lega) e ponendo in essere la cesura più profonda con il Governo “Conte I” oltre al cambio degli alleati. Paradossalmente, l'identità della persona fisica che ricopriva il ruolo massimo celava un elemento di rottura con il governo precedente. Il metodo della spartizione per “aree di interesse” dei partiti consacrato nel “contratto di governo” veniva definitivamente archiviato a favore di un coeso programma di governo.

Il Presidente Conte da “garante di un contratto con competenze divise tra le parti politiche” diventava colui che perfezionava una “sintesi omogenea di posizioni riformiste dei due partiti”, rivendicando per sé il ruolo di *direzione* dell'indirizzo politico che, finalmente, sembrava essere unitaria ed univoca missione. Dalle prime dichiarazioni e dalle azioni concrete nel confezionare l'accordo di governo sembrava davvero che il Presidente Conte fosse intenzionato a rivendicare ed esercitare pienamente le proprie attribuzioni, specie nella direzione e nel mantenimento dell'unità di indirizzo politico. Proprio in quest'ottica deve essere letta la

⁷⁶ Nell'atto costitutivo firmato il 20 dicembre 2017 e reso pubblico, infatti, Luigi Di Maio e Davide Casaleggio sono riconosciuti come i nuovi soci fondatori, mentre il fondatore del primo minuto Beppe Grillo risulta solo come garante, uno *status* imparziale che lo rende “padre nobile” del Movimento, alleggerendolo da altre responsabilità.

mutata struttura di Governo in cui sono stati eliminati i due *vice-Premier* (corrispondenti al M5S e al PD per creare una maggiore unità e coesione nel Governo).

Nonostante alcune problematiche nella gestazione del programma, nella scelta della squadra di Governo, il patto politico sembrava in chiusura prima del secondo giro di consultazioni. In realtà, vi era l'ultimo ma decisivo ostacolo alla risoluzione della crisi: il Governo presieduto da Conte, insieme al PD, avrebbe dovuto essere votato dagli iscritti al M5S attraverso la *piattaforma Rousseau*. Questo aspetto – qualificato da più commentatori come una delle tante modalità di ascolto dei propri iscritti da parte di un movimento o partito politico – avrebbe potuto vanificare il lavoro sin qui svolto anche del Presidente della Repubblica⁷⁷. Secondo altri, la consultazione si sarebbe sostituita alla volontà dei parlamentari (o meglio del gruppo parlamentare) poiché in caso di bocciatura da parte degli iscritti⁷⁸, il *Premier* Conte avrebbe dovuto rimettere l'incarico nelle mani del Presidente Mattarella, in dispregio al consenso manifestato dai gruppi M5S di Camera e Senato⁷⁹. Il *re-*

⁷⁷ Una posizione critica è stata espressa da Cesare Mirabelli il quale ha dichiarato al quotidiano *La Stampa* «Se c'è questa adesione suppostamente popolare, il Capo dello Stato potrebbe poi prendere posizioni diverse? È chiaro che il quesito sulla piattaforma telematica è di assoluta genericità», aggiungendo, in caso di esito negativo che «Il presidente incaricato, sulla base del voto di un numero ristretto di persone, sia pure iscritte al partito M5S, si ritira e restituisce il mandato nelle mani del Presidente della Repubblica? Non è quanto stabilisce la Costituzione».

⁷⁸ Di tale avviso Sabino Cassese in un'analisi sul Corriere della Sera «L'ultima parola spetta agli iscritti. Quindi, oggi gli iscritti-certificati al M5S (poco più di 100 mila persone) decidono se si fa il governo con il Pd». In caso di voto negativo, si chiedeva se «I gruppi parlamentari, smentiti dagli iscritti, dopo essersi pronunciati a favore della nuova formazione di governo, che faranno? Si dimetteranno? Poiché è il Capo dello Stato che ha dato l'incarico per la costituzione di un nuovo governo sulla base delle indicazioni dei gruppi parlamentari di M5S e Pd, che farà?».

⁷⁹ V. la posizione espressa da G.M. FLICK, nell'intervista resa a *La Repubblica* e pubblica sul medesimo quotidiano il 3 settembre 2019 dal titolo *Flick: "Far dipendere la nascita del governo dal voto su Rousseau è contro lo spirito della Costituzione"*, reperibile al sito https://www.repubblica.it/politica/2019/09/03/news/m5s_governo_conto_2_giovanni_maria_flick_rousseau-235031317/ il quale ritiene che la consultazione non sia «incostituzionale in sé, ma [...] contro lo spirito della Carta far diventare la piattaforma Rousseau, o un'altra simile, uno strumento per l'esercizio della sovranità». Secondo l'A. sebbene il *referendum* non leda le prerogative del Presidente della Repubblica potrebbe «delegittimare uno dei momenti più significativi della vita democratica attraverso una procedura di carattere privatistico sulla cui controllabilità occorre esprimere un atto di fede», aggiungendo altresì che la delegittimazione è sia di metodo sia di contenuti poiché «in qualche modo altera l'iter previsto dalla Costituzione per individuare prima la maggioranza (che spetta al Parlamento) e poi il governo (che spetta al Presidente della Repubblica)».

ferendum ha promosso con ampia maggioranza il Governo *in fieri* ma chiaramente, in caso negativo, non esistendo un meccanismo sanzionatorio, nessuno avrebbe potuto impedire a Conte e ai parlamentari M5S di accettare l'incarico del Presidente Mattarella. Viceversa, se Conte avesse accettato il mandato ma i parlamentari 5S avessero optato per il rifiuto (facendo proprio il voto negativo del *referendum*), questi ultimi non avrebbero votato la fiducia al nuovo Governo. Pertanto, ciò che rileva ufficialmente e definitivamente all'interno delle Istituzioni sono i voti dei singoli parlamentari.

Al contrario, il tema da indagare resta quello, storico, dell'influenza del voto delle piattaforme nel processo decisionale del parlamentare che, ai sensi dell'art. 67 Cost., rappresenta tutta la Nazione senza vincoli di mandato⁸⁰. Di conseguenza, occorrerebbe capire il grado di influenza costituzionalmente ammissibile, essendo la coercizione del tutto esclusa.

Cionondimeno, è necessario un approfondimento anche sulla democrazia interna dei partiti poiché ai deputati e ai senatori dissidenti si sarebbero potute applicare delle sanzioni di tipo "politico" come la non ricandidatura⁸¹ o l'esclusione dal gruppo parlamentare ed inoltre il mec-

⁸⁰ V. M. MACCHIA, *Il mandato parlamentare tra «contrattualizzazione» e rischi di trasformismo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 2/2019, 561 ss.; E. RINALDI, *Partiti politici, gruppi parlamentari e art. 67 della Costituzione*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2019, 177 ss.; A. SAITTA, *Partiti politici e dinamiche della forma di governo. I partiti politici*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2019, 166 ss.

⁸¹ Ampia è la casistica dei casi concreti di dissenso all'interno del M5S, specialmente collegati alle sanzioni. Probabilmente, l'ultima, in ordine cronologico, riguarda il caso del Sen. Gregorio De Falco. La sentenza del Tribunale di Roma (3 settembre 2019, XVI sezione civile specializzata in materia di impresa) ha respinto in sede cautelare il reclamo del senatore avverso l'ordinanza che aveva confermato il suo provvedimento di espulsione dal MoVimento 5 Stelle e dal gruppo parlamentare (ordinanza 8 aprile 2019, reperibile in *Banca Dati Dejure*). Il Senatore aveva impugnato la decisione del Collegio dei probiviri secondo la quale aveva violato l'art. 3, n. 6 del Codice etico che impone il rispetto per tutti i parlamentari del gruppo politico di adeguarsi alla linea politica decisa dalla maggioranza dello stesso. Il nucleo essenziale del suo ricorso si basava sul fatto che la linea politica del gruppo non era stata decisa a maggioranza nel caso in cui aveva votato in modo difforme poiché il gruppo non si era proprio riunito. Il Tribunale non accoglie tale eccezione, ritenendo, invece, che la linea politica sia dettata dal Presidente del gruppo senza bisogno di mettere ai voti ogni questione da parte dell'intero gruppo. In realtà, come fa osservare acutamente S. CURRERI, *Ancora sulla democrazia all'interno del MoVimento 5 Stelle: il caso De Falco*, in *LaCostituzione.info* che analizza l'intera vicenda e a cui si rinvia per ulteriori dettagli, i Capigruppo non sono scelti liberamente dal gruppo ma dal Capo Politico e poi, semplicemente ratificati in seno al gruppo. Per tali ragioni, sembrerebbero in contrasto con gli artt. 15, 2 comma del Reg. Camera e 15, 1 e 2 comma del Reg. Senato che invece prevedono la nomina ad opera dei parlamentari del gruppo.

canismo peculiare di *Rousseau* sull'esercizio della cittadinanza digitale merita più di qualche battuta che qui ora è concessa.

5. *La formazione del Governo "Conte II": continuità della Presidenza del Consiglio e discontinuità nei contenuti*

Il secondo giro di consultazioni aveva cristallizzato la presenza della nuova maggioranza parlamentare e pertanto si era arrivati rapidamente alla stesura definitiva del programma di governo per la parte restante della legislatura (alcuni sostengono che vi fosse anche incluso – sebbene in forma riservata – il *patto* per l'elezione del prossimo Presidente della Repubblica, nel 2022). Nell'individuazione dei membri del Governo, era stato compreso anche il capo partito Di Maio, sebbene non più nel ruolo di *vice-Premier* – (questione che, come già detto, rischiava di riproporre un Governo con un indirizzo politico diviso in due). Dopo il giuramento, vi era stata la rituale richiesta di fiducia con un discorso di Conte ricco di dettagli che era stato approvato sia alla Camera sia al Senato. Concluso il procedimento di formazione del Governo, è iniziato il c.d. "Conte II", che presenta il medesimo Presidente ma si poneva in fortissima discontinuità sia nel metodo di lavoro (programma e non contratto; omogeneità e non divisione dei temi) sia nei contenuti (tra cui spicca l'europeismo riformista e non più il sovranismo). Sembra proprio questo il punto di cesura rispetto all'attuazione dell'indirizzo politico e che, infatti, in più occasioni, il ricorso alla sua unità ha ricompattato le posizioni divise della maggioranza e ha spinto verso una soluzione compromissoria omogenea. I momenti di maggiore tensione per la prosecuzione del Governo rimangono, infatti, proprio quelli collegati a una divisione dell'azione (come il caso della politica giudiziaria sulla prescrizione).

Insomma, il Presidente del Gruppo detta la linea del gruppo a prescindere dalle singole votazioni purché sia espressione del gruppo medesimo di cui ne trae la fiducia e non del Capo Politico che, inoltre, è *vice-Premier* e dunque espressione di quel Governo del cui provvedimento il Sen. De Falco ha espresso il dissenso che lo ha condotto all'espulsione. Sulla tematica della democrazia interna ai partiti, cfr. *ex plurimis*, E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Rivista AIC*, 1/2011; più di recente, cfr. E. CHELI, *La democrazia interna dei partiti politici: un percorso solo avviato*, in *Il Mulino*, n. 6/2019, 902 ss. Per una prospettiva più politologica, G. PASQUINO, *La democrazia nei partiti (degli altri)*, in *Il Mulino*, n. 6/2019, 908 ss.

6. *Alcune considerazioni finali tra competenze degli organi dello Stato e lacune nel sistema delle fonti*

L'osservazione dell'azione del Governo "Conte I", della sua crisi nonché del Governo "Conte II" di incerta evoluzione ha ancora una volta evidenziato la centralità del tema dell'indirizzo politico come fattore condizionante la vita dell'Esecutivo. Nonostante vari tentativi di legislazioni diverse, non si è giunti ad introdurre un meccanismo che stabilizzi il Governo senza renderlo troppo autonomo rispetto alle prerogative dei contropoteri⁸². Ciò rappresenta una sfida ancora aperta per il nostro costituzionalismo.

Inoltre, la lacunosità o, meglio, le larghe trame delle disposizioni costituzionali e il silenzio della l. n. 400/1988 sul procedimento di formazione del Governo fanno emergere la preminenza del ruolo del Capo dello Stato che ha consentito di mettere alla prova ancora una volta tutte le sue attribuzioni fra cui spicca l'arte maieutica di donare al Paese un governo politico e di legislatura (che potrebbe essere divenuta una consuetudine costituzionale). Tali elementi fotografano una situazione che si colloca nel solco della tesi dell'esistenza di un parlamentarismo "a tutela presidenziale"⁸³. Infine, essenziale è ancora l'ausilio delle forze politiche coinvolte

⁸² Cfr. la perfetta dicotomia espressa da N. LUPO, *Il Governo italiano*, in *Giur. Cost.*, n. 2/2018, 915 ss. che descrive i poli entro cui si è mossa l'azione dell'Esecutivo ovvero «la tesi di Augusto Barbera secondo cui il Governo italiano sarebbe "troppo debole"» e «quella di Valerio Onida, ad avviso del quale, all'opposto, esso sarebbe "troppo forte"», § 12.

⁸³ V. LIPPOLIS, *Un regime parlamentare sotto tutela presidenziale*, in *Il Mulino*, n. 3/2013, 444 ss. Cfr. anche A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in A. BALDASSARRE, G. SCACCIA (a cura di), *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, Roma 2011, 28. Con una espressione simile, v. E. CHELI, *Il capo dello Stato. Un ruolo da ripensare?*, in *Il Mulino*, n. 3/2013, 438 che teorizza la forma di governo parlamentare corretto in senso presidenzialista: «Con questo modello nasceva, dunque, una forma del tutto inedita di governo parlamentare corretto in senso presidenzialista: una forma articolata al centro attraverso una rete molto fitta di rapporti che venivano a unire il capo dello Stato al Parlamento, al governo, alla magistratura e ai vari apparati pubblici e che, per la sua novità, spingeva un giurista come Livio Paladin a qualificare già molti anni fa la figura del capo dello Stato come «la più enigmatica e sfuggente tra le cariche pubbliche tracciate dalla Costituzione»». Per altra dottrina, la preminenza del Presidente della Repubblica si è imposta attraverso la prassi: C. FUSARO, *Il Presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, 47 ss. Di contrario avviso M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2013, 513 ss. che auspica, invece, una concezione «moderata» del Presidente della Repubblica nella nostra forma di governo, ritenendo che «la logica del dualismo [sia] rovinosa: ai Presidenti non si deve

che, di fatto, forniscono combustibile al motore costituzionale ma che, tuttavia, stentano a ricollocarsi nel ruolo loro affidato dalla Costituzione.

Proprio nel primo periodo dell'avvio dell'Esecutivo è giunta la notizia della scissione di alcuni componenti del PD per creare un altro soggetto politico (Italia Viva) e degli autonomi gruppi parlamentari. Il sostegno governativo è assicurato, pertanto, da quattro forze politiche. Gli esiti della scissione hanno provocato degli strascichi su tutti i gruppi parlamentari: nuove adesioni al Pd; divisioni all'interno di Forza Italia, a parere di alcuni troppo appiattita sulla politica della Lega; malumori e divisioni sempre crescenti all'interno del M5S.

La navigazione sino a termine della legislatura sarà ancora impervia e necessariamente si intersecherà con il referendum costituzionale e con il *drafting* della prossima legge elettorale⁸⁴ che disegnerà il panorama politico del futuro e soprattutto donerà forma alla rappresentanza politica nelle Istituzioni di domani.

Inoltre, l'azione del Governo – sebbene profondamente mutata, così come il ruolo del suo Presidente, – continua a confrontarsi con provvedimenti futuri europeisti e riformisti ma mantiene inalterate alcune normative frutto di diverso approccio come il Decreto Sicurezza, il Reddito di cittadinanza, la quota cento per il settore pensionistico. L'amalgama, tanto faticosamente cercato, presenta *ab origine* delle crepe non solo in superficie. In Consiglio di Ministri sono tornate anche le approvazioni "salvo intese"⁸⁵ e fuori dal medesimo ci sono critiche pungenti anche provenienti dai partiti di maggioranza. La velocità con cui si sfrangia una maggioranza è di rilievo ma non particolarmente estranea alle esperienze repubblicane, note per governi brevi. La differenza è la società in cui vivono le Istituzioni odierne e dalla quale traggono le esigenze a cui rispondono con "azioni politiche". Già nel luglio del 1945, Crisafulli⁸⁶ metteva in guardia l'uomo qualunque, l'uomo popolare dal diventare un uomo volgare che si atteggiasse ad uomo sapiente e pretendesse di comandare; «che insomma il tranquillo e bonario "uomo della strada" non assuma l'atteggiamento dello schiamazzante "uomo della piazza", determinan-

chiedere l'impossibile, perché il loro compito è tutelare una unità che si genera altrove, non generare unità laddove essa è carente», § 5.

⁸⁴ M. VILLONE, *Rappresentatività, voto eguale, governabilità: quando una irragionevolezza diviene manifesta?*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2017, 0304B.

⁸⁵ A. DI CHIARA, *Due prassi costituzionalmente discutibili: delibere del Governo "salvo intese" e pubblicazione tardiva dei decreti legge*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2019.

⁸⁶ V. CRISAFULLI, *Uomo della strada. Uomo qualunque*, cit., 234 s.

do la facile degenerazione della democrazia in olocrazia». Ebbene, l'era dell'olocrazia⁸⁷ è giunta ed inoltre è stata amplificata dai *social media*, inquinata dalle *fake news* e dall'informazione autoreferenziale prodotta dalle *echo-chamber*⁸⁸. I partiti politici ne sono artefici e vittime allo stesso tempo: dovendo guadagnare consenso elettorale, talvolta si astengono da una narrazione completa e complessa, rivendicando soltanto quelle istanze dell'uomo qualunque, abdicando al proprio ruolo di intermediazione tra società ed Istituzioni, mentre i parlamentari, spesso, rinunciano all'interesse esclusivo della nazione per fedeltà al proprio gruppo e veicolano le proprie scelte attraverso narrazioni non veritiere⁸⁹. Credo, purtroppo, che ciò rappresenti un fattore di profonda instabilità anche per la forma di governo stessa e per il perseguimento univoco di quell'indirizzo politico – di crisafulliana memoria – “rispondente al pubblico interesse” e non piegato su esigenze elettorali. Non so se sia tale da creare una vera e propria torsione nella forma di governo ma temo che comunque potrebbe condurre ad una *anaciclosi*⁹⁰ del sistema intesa come perenne ciclo

⁸⁷ L'olocrazia è prodotta anche da un eccesso di informazione che crea «“opacità per confusione”, proprio per l'irragionevole mancata selezione, a monte, delle informazioni più idonee al perseguimento dei legittimi obiettivi perseguiti» come ha anche detto magistralmente la Corte costituzionale nella sent. n. 20 del 2019.

⁸⁸ G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano 2017.

⁸⁹ Cfr. anche le illuminanti considerazioni di M. DOGLIANI, *C'è ancora posto per il diritto costituzionale in tema di forma di governo?*, in *Quaderni costituzionali*, XXXIX, n. 1/2019, 119 ss. e specialmente 123 nella parte in cui constata la fragilità dell'indirizzo politico a causa del venire meno dei suoi garanti ovvero i partiti dell'arco costituzionale.

⁹⁰ Teoria dell'anaciclosi di Polibio [D. MUSTI (a cura di), *Storie. Testo greco a fronte*, vol.3, Libri V-VI, Traduttore M. Mari, Nel sesto libro delle Storie Polibio, Milano 2002] che introduce una esposizione della costituzione romana e delle forme di governo con lo scopo di sostenere la bontà della Costituzione di Roma repubblicana. Nell'ambito della tassonomia effettuata isola sei tipi di governo, tre buoni o positivi (monarchia, aristocrazia, democrazia) e tre cattivi o negativi (tirannia, oligarchia, olocrazia). Il punto estremamente interessante è che viene individuato anche un andamento di evoluzione nel tempo delle forme di governo tali da alternarsi: l'anaciclosi, per l'appunto. Il concetto teorizzato, tuttavia, comporta anche che il ciclo delle forme di governo abbia un andamento entropico ovvero le forme di governo si alternano in un andamento via via deterioro.

La tesi è stata ripresa anche da Machiavelli aggiungendo un aspetto osservato nella realtà: «E questo è il cerchio nel quale girando tutte le repubbliche si sono governate e si governano; ma rade volte ritornano ne' governi medesimi; perché quasi nessuna repubblica può essere di tanta vita, che possa passare molte volte per queste mutazioni, e rimanere in piede. Ma bene interviene che, nel travagliare una repubblica, mancandole sempre le forze, diventa suddita d'uno stato propinquo, che sia meglio ordinato di lei» (*Discorsi* I, 2).

Su tali punti, si è espresso recentemente anche M. GRIFFO, *La lezione dei classici*

di degenerazione, evoluzione, crisi e ritorno allo stato iniziale, senza un autentico miglioramento delle condizioni generali del sistema Paese⁹¹.

per l'attualità politica, in *MentePolitica.it*, 11.04.2018, s.p. il quale, al contrario, dubita che – dopo grandi sconvolgimenti – la nostra forma di governo possa tornare ad essere la migliore possibile in quanto, seguendo gli spunti di Machiavelli, potrebbe isolarsi dalle relazioni internazionali ed autocondannarsi a subire le conseguenze esterne.

⁹¹ Su questo punto, cfr. la descrizione teorica di G. D'ALESSANDRO, *La "ratio" della crisi*, in R. SCORZA, E. CUCCODORO (a cura di), *Stato e Stati di crisi*, cit., 37 che ipotizza il caso di soluzione di una crisi apparente ove «subito residua un altro focolaio di crisi latente. Con il rischio concreto di arrivare a un punto di blocco, in cui neppure nuove elezioni sarebbero strumento sufficiente per infondere vitalità al nostro sistema democratico. Fino ad assistere a una mutazione genetica della nozione di "crisi di governo", da momento transitorio a finanche palingenetico di crisi "nel" sistema a sintomo della crisi irreversibile "del" sistema, con la completa frustrazione della sua *ratio* stabilizzatrice».



ATTUALITÀ

Identità di genere e tutela della dignità umana dentro le mura del carcere. Riflessioni intorno ad una recente ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Firenze

Camilla Storage

Sommario: 1. Premessa. – 2. La legge n. 164 del 1982 ed il venir meno del dogma dell’“immutabilità del sesso”. – 3. Il diritto all’identità di genere e la tutela della condizione transgenere in ambito eurounitario e sovranazionale. – 4. Il ruolo della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale nell’enucleazione del diritto all’identità di genere. – 5. La tutela dell’identità di genere nella privazione della libertà personale: l’ordinanza n. 632 del 2020. – 6. Una duplice vulnerabilità: brevi considerazioni conclusive.

1. *Premessa.* – Con l’ordinanza n. 632 del 4 febbraio 2020 il Tribunale di sorveglianza di Firenze ha riconosciuto il diritto all’assegnazione ad un reparto femminile in capo ad una detenuta che aveva ottenuto la rettificazione dell’attribuzione di sesso in assenza della modificazione dei caratteri sessuali maschili primari. La decisione in commento affronta il delicato tema della garanzia del diritto all’identità di genere in un contesto, come quello carcerario, in cui le condizioni di minorità sociale e di vulnerabilità sono spesso destinate ad accentuarsi.

Il caso in esame si iscrive all’interno di un acceso dibattito giuridico e sociale avente ad oggetto la c.d. autorelazione del singolo come unità psico-fisica ossia il complesso rapporto dell’individuo con la propria psiche e con il proprio corpo¹. A venire in rilievo è, di conseguenza, il paradigma della libertà personale da cui trae origine il “nuovo” diritto all’identità personale², il quale costituisce,

¹ F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 11.

² Ivi, 12. Come autorevolmente sostenuto dall’Autore, infatti, l’impostazione secondo cui la libertà personale è la matrice dei nuovi diritti emergenti rende priva di senso la contrapposizione tra le due tesi che individuano l’art. 2 Cost. come fattispecie “aperta” ovvero come fattispecie “chiusa”. Per la prima tesi si veda A. BARBERA, *Commento all’art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma 1975, 80 ss.; per la seconda, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, Padova 1990, II ed., 4 ss. In chiave critica rispetto all’interpretazione dell’art. 2 come “clausola aperta” anche P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 56 secondo il quale l’art. 2 va inteso «come avente la sola – anche se fondamentale – funzione di conferire il crisma dell’inviolabilità ai diritti menzionati in costituzione: diritti peraltro da identificare [...] non solo in quelli dichiaratamente enunciati in costituzione, ma anche in quelli ad essi conseguenti». In merito alla nascita del diritto all’identità personale occorre necessariamente fare riferimento ad A. DE CUPIS, *Il diritto all’identità personale*, Roma 1949, 13

come affermato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 13 del 1994, «patrimonio irretrattabile della persona umana»³. L'identità personale si traduce nell'essere sé medesimo «senonché, essere sé medesimo significa esserlo anche apparentemente, anche nella conoscenza, nell'opinione degli altri: significa esserlo anche *socialmente*»⁴. L'identità personale riassume dunque in sé una duplice connotazione, non solo quella di *verità* intima ed individuale ma anche quella di *proiezione sociale*⁵ quale interesse all'affermazione della propria personalità nei confronti della collettività. Nel più ampio *genus* dei diritti di identità personale, può essere ricompreso, secondo parte della dottrina⁶, anche quello all'identità sessuale ossia il diritto a vedere riconosciuta la propria caratterizzazione sessuale⁷.

ss. per il quale l'identità personale si esauriva essenzialmente nel diritto al nome. Già all'epoca si avvertiva infatti l'esigenza di rendere la singola persona «distinguibile rispetto ad altri con i quali potrebbe avere interesse a confondersi, o che viceversa potrebbero avere interesse a confondersi con essa» (G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, 2009, 34). Come sottolineava G. CASSANO, *Diritto all'identità personale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/1997, 351 ss., è tuttavia solo intorno agli anni settanta del secolo scorso che venne affermata per la prima volta l'esistenza di un vero e proprio diritto all'identità personale inteso in senso ampio, come «il diritto di ciascuno a non vedersi disconosciuta la paternità delle proprie azioni [...] e soprattutto a non vedersi attribuire la paternità di azioni non proprie, a non vedersi cioè travisare la propria personalità individuale» (Pret. Roma 6 maggio 1974 in *Foro it.*, I, 1806). Nel tempo dunque la nozione di identità personale si è estesa non risolvendosi più, esclusivamente, nell'ambito del diritto al nome e alla tutela dei segni distintivi ma giungendo a ricomprendere molteplici estrinsecazioni della personalità individuale e ad assumere autonoma rilevanza costituzionale. La giurisprudenza di legittimità è infatti intervenuta in materia nel 1985 individuando nell'art. 2 Cost. il fondamento giuridico del diritto all'identità personale (cfr. Cass., sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769). Tale orientamento è stato successivamente ripreso e specificato nella sent. n. 13 del 1994 in cui la Corte costituzionale, mostrando di aderire alla sopra menzionata tesi della fattispecie «aperta», ha incluso il diritto all'identità personale tra i nuovi diritti che trovano riconoscimento e garanzia nell'art. 2 Cost. Per un'analisi più approfondita del percorso di sviluppo ed evoluzione del diritto all'identità personale si veda, tra gli altri, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, G. PINO, *op. cit.*

³ *Cons. dir.* § 5.1.

⁴ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, II, in A. CICU, F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, 1961, 3. Nello stesso senso anche M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche* in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato, Persone e famiglia*, I, 1982, 98 ss.

⁵ L'espressione è di A. DE CUPIS, *op. ult. cit.*

⁶ In tal senso v. F. MODUGNO, *op. cit.*, 14; E. C. RAFFIOTTA, *Appunti in materia di diritto all'identità personale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2010, 13; M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 104 s. secondo cui le tematiche connesse al fenomeno del transessualismo, all'accertamento e al mutamento del sesso debbano essere ricondotte nell'ambito della tutela dell'identità personale e non «alla protezione dell'integrità fisica e alla problematica degli atti di disposizione del proprio corpo». Di diverso avviso, invece, G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna 2003, 195 che definisce il diritto all'identità sessuale come «un oggetto estraneo alla nozione di diritto all'identità personale».

⁷ Si ha dunque la convinzione che il fondamento del diritto all'identità sessuale, considerata un corollario dell'identità personale, debba essere individuato nell'art. 13 Cost. È la posizione espressa da M. FORTINO, voce *Sesso* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, XLII, Milano 1990, 426 s., secondo cui il diritto in oggetto «deve essere inteso sia come libertà negativa nel senso di astenersi da ogni ingerenza nei riguardi dell'identità sessuale di una persona, sia soprattutto come libertà positiva, ossia il diritto costituzionalmente garantito a pretendere il riconoscimento giuridico del proprio atto di autode-

Lo studio del fenomeno transessuale in carcere deve muovere dalla differenza concettuale intercorrente tra sesso e genere. Secondo l'accezione più diffusa, infatti, il sesso corrisponde all'elemento biologico «dell'ascrizione di ogni individuo ad una delle categorie convenzionalmente nominate come M (maschio) e come F (femmina)»⁸. Il genere, per contro, non si riferisce soltanto al dato anatomico e fisiologico ma coinvolge anche la dimensione psicologica, relazionale, sociale e culturale della persona⁹. Di qui il ricorso al concetto di identità di genere che individua la percezione che ogni soggetto ha di sé relativamente all'uno o all'altro sesso¹⁰.

La distinzione tra sesso e genere, pur non esaurendo la complessità delle esperienze affettive, sessuali e identitarie dell'essere umano, consente di spiegare la dissociazione vissuta dalle persone che sentono di appartenere ad un genere diverso rispetto al sesso biologico assegnato alla nascita. In dottrina si è affermato che il transessualismo può essere inteso «come una sindrome caratterizzata dal fatto che un individuo, genotipicamente e fenotipicamente di un sesso determinato, ha la consapevolezza di appartenere al sesso, o meglio al genere opposto»¹¹. Tale definizione individua, per la verità, non tanto il concetto di transessualismo quanto, piuttosto, la nozione di *transgender* che comprende «un ampio spettro di vicende umane che includono quanti in vario modo e a vario titolo sperimentano una non corrispondenza tra genere percepito e sesso

terminazione, condizione ineliminabile per il pieno svolgimento della persona umana, di cui la sfera sessuale è parte integrante». In merito al collegamento del diritto all'identità sessuale con la libertà personale, v. anche F. MODUGNO, *I "nuovi diritti"*, cit., 11 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma 1989, 21, il quale rileva come il diritto all'identità sessuale vada inquadrato nell'ambito dell'art. 13 Cost., «all'interno [della problematica] dei limiti del diritto di ogni soggetto a determinare a proprio libito la qualificazione dei segni distintivi della persona umana».

⁸ A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano 2013, 19 nonché N. POSTERARO, *Transessualismo, Rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2017, 1350 ss. Come evidenziato in P. STANZIONE, voce *Transessualità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano 1992, 875, il sesso, in realtà, si presenta come «un fatto composito [...] di talché si discorre, con notevoli variazioni di tipi e sottotipi, di sesso cromosomico, gonadico, morfologico, psicologico, legale».

⁹ *Ibidem*. A. Lorenzetti definisce il genere come «la percezione che ogni individuo ha del proprio sé in quanto uomo o in quanto donna» (A. LORENZETTI, *op. cit.*, 19).

¹⁰ Il Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali del 2014 definisce l'identità di genere come una categoria di identità sociale che «si riferisce all'identificazione di un individuo come maschio, femmina o, a volte, come appartenente a categorie diverse da maschio e femmina» (American Psychiatric Association, *DSM-5. Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, 2014, 527). L'ingresso dell'identità di genere nel nostro ordinamento si deve alla Direttiva 2011/95/UE che al *cons.* § 30 ha definito tale nozione come un aspetto che, similmente all'orientamento sessuale, è connesso al sesso e può costituire motivo di persecuzione. Per una ricostruzione del dibattito in merito alle differenze intercorrenti tra identità di genere, identità sessuale e orientamento sessuale, si vedano, tra gli altri, F. BILOTTA, voce *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv.*, Torino 2013, 765 ss.; P. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in *Dir. fam.*, 2/2009, 713 ss.

¹¹ Così P. STANZIONE, voce *Transessualità*, cit., 874.

biologico»¹². Il termine transessuale identifica invece tutti coloro che desiderino attuare o abbiano attuato un percorso di transizione da maschio a femmina o da femmina a maschio ossia, più in generale, «verso il sesso connesso al genere cui sentono di appartenere»¹³.

La riflessione sulle nozioni di sesso, di genere e di identità di genere e la valutazione in merito all'apporto dell'intervento legislativo del 1982¹⁴ nell'ambito del fenomeno transessuale costituiscono quindi i presupposti necessari per poter poi proficuamente analizzare l'ordinanza n. 632 del 2020.

Prima di esaminare nel dettaglio quest'ultima, dunque, sarà necessario, anzitutto, ripercorrere sinteticamente le principali tappe del processo di inclusione dell'identità di genere tra i diritti fondamentali dell'uomo. Si prenderà in esame, in particolare, il ruolo svolto dalla giurisprudenza nella definizione di tale diritto e nella ricerca di un suo fondamento costituzionale. Nel porre in evidenza l'importanza dell'ordinanza n. 632 del 2020, poi, non si potrà prescindere dall'affrontare, tramite la lettura di alcune fondamentali pronunce della Corte EDU, della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale, la complessa tematica del mutamento di sesso e dell'(ir)rilevanza dell'intervenuta modificazione chirurgica dei caratteri sessuali ai fini della rettificazione anagrafica.

Solo in un secondo momento si procederà ad esaminare e commentare l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Firenze, soffermandosi, in particolare, sull'imperativo di tutela dell'identità di genere anche e soprattutto all'interno del carcere, il quale è stato non a caso definito dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale come un vero e proprio «microcosmo delle minoranze sociali»¹⁵.

Da ultimo, occorre osservare come l'ordinanza in commento induca ad aprire un dibattito sul tema della commistione e della possibile confusione tra protezione ed isolamento delle persone transessuali negli istituti di pena.

Sebbene «su materie così spinose dai molteplici aspetti e bisognose altresì di un margine minimo di fluidità sia più facile disquisire sulla base di astratti principi»¹⁶, nell'ultima parte del presente lavoro si tenterà, sia pure con qualche

¹² A. LORENZETTI, *op. cit.*, 20. La persona *transgender* è affetta dalla c.d. disforia di genere che nel DSM-5 è definita come «una marcata incongruenza tra il genere esperito/espresso da un individuo e il genere assegnato della durata di almeno 6 mesi [...]». Come spiega N. POSTERARO, *op. cit.*, 1350 s. il transgenderismo è un *genus* entro il quale si collocano una molteplicità di soggetti come, ad esempio, i transessuali, i *bi-gender*, i *gender variant*, i travestiti (in inglese *cross dresser*), le *drag queen* ed i *drag king*.

¹³ *Ibidem*. In merito all'origine della parola transessuale si veda C. BERTOLAZZI, A. HOCHDORN, P. MARCASCIANO, *Detenzione per persone LGBT: uno sguardo tra passato e presente*, in P. VALERIO, C. BERTOLAZZI, P. MARCASCIANO (a cura di), *Trasformare l'organizzazione dei luoghi di detenzione. Persone transgender e gender nonconforming tra diritti e identità*, Napoli 2018, 30 ss. Per un inquadramento clinico del transessualismo si rimanda ad A. LORENZETTI, *op. cit.*, 49 ss.

¹⁴ Ci si riferisce alla l. 14 aprile 1982, n. 164.

¹⁵ Cfr. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Relazione al Parlamento 2017, 76.

¹⁶ Così F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, Padova 1974, 31.

necessaria approssimazione, di individuare, a partire dalle norme costituzionali e penitenziarie, delle possibili coordinate che possano coadiuvare l'interprete ad orientarsi nella soluzione delle complesse situazioni che si verificano nella pratica.

2. *La legge n. 164 del 1982 ed il venir meno del dogma dell'«immutabilità del sesso».* – Per tracciare gli attuali contorni del diritto all'identità di genere è necessario prendere le mosse dalla prima sentenza pronunciata dalla Corte costituzionale in materia. Si tratta della sentenza n. 98 del 1979¹⁷ in cui la Corte fu chiamata ad esprimersi sulla conformità a Costituzione dell'impossibilità di rettificazione anagrafica del sesso originario in seguito ad intervenute modificazioni chirurgiche dei caratteri sessuali. Il giudice *a quo* nella pronuncia in questione rilevava come le norme oggetto di giudizio si ponessero in contrasto con il diritto inviolabile, ai sensi dell'art. 2 Cost., all'identità sessuale. Nella pronuncia la Corte costituzionale, in linea di continuità con l'orientamento espresso anche in numerose sentenze precedenti¹⁸, definì l'art. 2 della Costituzione come una norma a fattispecie «chiusa» non ammettendo l'esistenza di «altri diritti fondamentali inviolabili che non [fossero] necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti»¹⁹. Nel percorso argomentativo veniva così negata la sussistenza di un diritto inviolabile dell'uomo a «far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica»²⁰. La Corte costituzionale lasciava tuttavia intendere la necessità di un intervento legislativo in materia che, per la verità, non si fece attendere²¹.

A breve distanza di tempo venne infatti approvata la legge n. 164 del 14 aprile 1982 con cui l'Italia si dotava di una normativa volta a disciplinare la rettificazione anagrafica del sesso a seguito di un adeguamento dell'immagine esteriore alla propria individualità²². In Italia infatti, fino all'adozione della legge

¹⁷ A commento della decisione v. S. BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, 1178 ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Le trasformazioni chirurgiche del sesso nella sent. n. 98 della Corte cost.*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 507 ss.; M. DOGLIOTTI, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*, in *Giur. it.*, 1981, 23 ss.; S. PATTI, M. R. WILL, *La giurisprudenza italiana e... L'Europa (a proposito delle rettificazioni nei registri dello stato civile)*, in *Dir. fam. pers.*, 1981, 1224 ss.

¹⁸ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 11 del 1956, 29 del 1962, 1, 29 e 37 del 1969, 102 e 238 del 1975.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 98 del 1979, *cons. dir.* § 2.

²⁰ Corte cost., sent. n. 98 del 1979, *cons. dir.* § 2.

²¹ Il rinvio all'«attenzione del legislatore» della questione relativa al riconoscimento del mutamento del sesso anagrafico è contenuto nel *cons. dir.* § 2 della medesima sentenza. Tuttavia, secondo A. Lorenzetti, «queste affermazioni erano stemperate dal richiamo ai 'limiti in ordine al matrimonio, che la Costituzione definisce fondamento della famiglia come società naturale'» (A. LORENZETTI, *op. cit.*, 31).

²² Secondo P. MARTINI, *Diritto alla sessualità come diritto alla salute*, in *Rivista italiana di medici-*

n. 164 del 1982, non vi era alcuna normativa che regolasse la materia²³. A fronte di tale vuoto normativo, i giudici di merito e di legittimità si trovavano a dover dare risposta alle diverse e molteplici istanze provenienti dalla società²⁴.

Nel 1982 si giunse infine ad un punto di svolta nell'ambito in esame: venne finalmente approvata una legge che introduceva la possibilità di modificare il sesso anatomico e anagrafico²⁵. Pur non affrontando in modo organico la tematica dell'identità di genere, il legislatore aveva infatti provveduto a disporre che «la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a se-

na legale, 7/1985, 1302 la normativa costituisce «una radicale affermazione innovativa indotta, catalizzata e sospinta dalla più recente maturazione culturale». Per un commento alla legge si vedano, tra gli altri, M. DOGLIOTTI, *Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi. Un primo esame della nuova normativa*, in *Giust. Civ.*, 1982, II, 467 ss.; S. PATTI, M.R. WILL, *Commento alla legge 14 aprile 1982, n. 164*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1983, 35 ss.; B. PEZZINI, *Le persone transessuali*, in P. CENDON, S. ROSSI (a cura di), *I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, I, Roma 2013, 715 ss.; P. VERONESI, *Cambiamento di sesso tra (previa) autorizzazione e giudizio di rettifica*, in *Fam. dir.*, 2005, 528 ss.

²³ In particolare, la rettificazione chirurgica del sesso era vietata poiché, integrando un atto di menomazione dell'integrità fisica e della capacità di procreazione, si poneva in contrasto con il disposto dell'art. 5 c.c. rendendo configurabile una responsabilità penale in capo al medico. Il mutamento chirurgico del sesso era altresì incompatibile con le esigenze primarie dell'ordinamento secondo cui «i rapporti intersoggettivi, compresi quelli attinenti alle relazioni fondate sulla diversità dei sessi, devono essere improntati al criterio della chiarezza e della certezza giuridica» (Cass. civ., sez. I, 3 aprile 1980, n. 2161).

²⁴ Vi erano, ad esempio, quanti avevano effettuato all'estero l'intervento chirurgico di mutamento del sesso e richiedevano la rettificazione dell'indicazione anagrafica. Come evidenziato anche da P. STANZIONE, voce *Transessualità*, cit., 880 in tali ipotesi la giurisprudenza di legittimità si mostrava sostanzialmente ferma nell'autorizzare la rettificazione anagrafica del sesso originario ex artt. 165 e 167 ord. st. civ. nei soli casi di errore materiale commesso nel momento della formazione dell'atto di nascita o di ambiguità dei genitali esterni, oppure nelle ipotesi di sviluppo naturale del soggetto verso il sesso opposto a quello inizialmente accertato ovvero di contemporanea presenza nel soggetto dei caratteri sessuali di entrambi i sessi (cfr. Cass. civ., 3 dicembre 1974, n. 3948; Cass. civ., 9 marzo 1981, n. 1315; Cass. civ., sez. I, 3 aprile 1980, n. 2161). In quest'ultima pronuncia, ad esempio, la Corte di Cassazione negò la rettifica dell'atto di nascita ad un soggetto che era stato sottoposto ad un intervento chirurgico all'estero per assumere le caratteristiche somatiche femminili. Si trattava di un caso in cui l'individuo in questione, al momento della nascita, presentava caratteri sessuali maschili che non potevano considerarsi ambivalenti o semplicemente ambigui. La Corte concluse che «nell'ambito di applicazione delle norma sulla rettificazione degli atti di stato civile può rientrare soltanto il caso della evoluzione naturale del sesso verso la categoria opposta a quella accertata, od anche semplicemente apparente al momento della nascita; ma all'infuori di queste ipotesi, per le quali la ragione di assoggettamento al regime giuridico della rettificazione appare di comprensibile evidenza, non è concepibile introdurre nel sistema altre possibilità di mutamenti di sesso, sul piano delle risultanze dello stato civile». Al contrario, la giurisprudenza di merito appariva talvolta favorevole ad ammettere la rettificazione anagrafica anche al di fuori dei casi sopra menzionati, procedendo, come rilevato anche in L. FERRARO, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *Federalismi.it*, 2, ad un'interpretazione adeguatrice degli artt. 2, 3, 32 Cost. (in tal senso cfr. Trib. Bari, 22 gennaio 1962; Corte App. Milano 28 gennaio 1971, Trib. Lucca, 17 aprile 1972, in *Giur. It.*, 1973, I, 2, 374 ss.).

²⁵ «La legge ha riconosciuto, pur non esplicitandola direttamente, la necessità di tutelare coloro che non si identificano per ragioni di tipo prevalentemente psicologico nel sesso che è stato loro assegnato alla nascita, inducendo così il nostro ordinamento a riconoscere in via definitiva il diritto all'identità sessuale» (ivi, 8).

guito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali»²⁶, definendo altresì i presupposti procedurali di presentazione della domanda di rettificazione e di accesso al trattamento medico-chirurgico²⁷. La legge disciplinava inoltre alcuni risvolti che tale cambiamento di sesso inevitabilmente comporta, segnatamente sotto il profilo del nome, autorizzando la rettificazione degli atti dello stato civile, e sotto il profilo del matrimonio, determinandone lo scioglimento²⁸. In questo modo il legislatore finalmente rispondeva all'esigenza, fortemente avvertita dalle persone transessuali, di stabilire una corrispondenza tra la dimensione biologica e quella psichica permettendo loro di apparire giuridicamente e socialmente in modo conforme all'identità di genere. Proprio alla connotazione psicologica la legge assegna infatti importanza fondamentale «nel definire i rapporti tra sesso anatomico, modificabile attraverso il trattamento medico-chirurgico, e quello anagrafico, correggibile attraverso la rettifica dell'attribuzione originaria»²⁹. L'orientamento della Corte di Cassazione, precedente all'entrata in vigore della sopra menzionata legge, secondo cui «la mera dissociazione soggettiva tra soma e psiche non costituisce elemento valido per attribuire una classificazione sessuale differente da quella desumibile dalla presenza di organi genitali chiaramente definiti»³⁰, appariva dunque del tutto superato.

Negli anni successivi a tale intervento legislativo si è assistito ad un'evoluzione, anche dal punto di vista giurisprudenziale, della nozione di transessualismo ma anche, più in generale, della concezione di sesso e di identità sessuale. In seguito all'entrata in vigore della legge n. 164 del 1982 la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sugli articoli 1 e 5 della medesima normativa, fornì per la prima volta una chiara definizione di transessuale. Si trattava, secondo i Giudici delle leggi, di un «soggetto che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso (ma alcuni preferiscono parlare di “genere”) sente in modo profondo di appartenere all'altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio»³¹. La Corte nella sentenza ha inteso riconoscere «i diritti dei soggetti e dei gruppi emarginati e “diversi” e quindi capaci di esprimere bisogni non sempre pienamente valoriz-

²⁶ Cfr. art. 1 della l. 14 aprile 1982, n. 164.

²⁷ Cfr. l'art. 31 del d. lgs 1° settembre 2011, n. 150 sostitutivo degli artt. 2 e 3 della l. 14 aprile 1982, n. 164 (ora abrogati), il cui quarto comma dispone che «quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato».

²⁸ Così G. PALMIERI, *Il cambiamento di sesso*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il Governo del corpo*, I, *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, Milano 2011, 732.

²⁹ A. LORENZETTI, *op. cit.*, 33.

³⁰ Cass. civ., sez. I, 3 aprile 1980, n. 2161.

³¹ Corte cost., sent. n. 161 del 1985, *cons. dir.* § 3. La Corte prosegue il ragionamento giudicando *invincibile* il desiderio del transessuale «di ottenere il riconoscimento anche giuridico dell'appartenenza all'altro sesso».

zabili da parte dell'inquadramento normativo generale, restituendo pienezza di diritti e di dignità a coloro che di questi bisogni sono portatori»³². Risulta quindi evidente come il condivisibile mutamento di indirizzo della giurisprudenza costituzionale rispetto alla sentenza n. 98 del 1979 fosse dovuto all'intervento della legge³³ a seguito della quale divenne impossibile motivare l'illegittimità dell'intervento chirurgico di rettifica del sesso sul presupposto della violazione dei limiti alla disponibilità del proprio corpo ai sensi dell'art. 5 c.c. Come rilevato dalla Corte costituzionale, infatti, «il principio dell'indisponibilità del proprio corpo è salvaguardato, nella legge in esame, dalla necessità del previo intervento autorizzatorio del Tribunale»³⁴. L'atto dispositivo in questione, ossia l'intervento chirurgico di mutamento di sesso, è posto – implicitamente dal legislatore ed esplicitamente dalla Corte³⁵ – a tutela del diritto alla salute – anche psichica – e deve perciò essere considerato lecito³⁶.

In giurisprudenza, sulla scorta della nuova sensibilità legislativa, viene meno il concetto – talora elevato a dogma³⁷ – dell'immutabilità del sesso. Se infatti, precedentemente all'avvento della legge sulla rettificazione anagrafica, si riteneva che la determinazione del sesso, salvo limitati casi di ambiguità, dovesse rimanere la medesima dalla nascita fino alla morte della persona, la normativa in questione modifica radicalmente lo scenario. La giurisprudenza costituzionale, infatti, ha giustamente iniziato ad accogliere, in accordo con il legislatore italiano, una «concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa ma quantitativa – il o i fattori dominanti»³⁸. Ed allora, come notato da attenta dottrina, si inizia a delineare una nozione di sesso che, «lungi dal configurarsi come fenomeno strutturalmente semplice e come dato fisso e accertato una volta per tutte, si presenta in forma composita e con variazioni ora quantitative ora qualitative. Il sesso, pertanto, si evolve e talvolta si trasforma»³⁹.

Di conseguenza, nelle sentenze della Corte costituzionale anche il concetto di identità sessuale assume un significato diverso rispetto al passato tale per

³² P. MARTINI, *op. cit.*, 1290.

³³ L. FERRARO, *op. cit.*, 6 s.

³⁴ Corte cost., sent. n. 161 del 1985, *cons. dir.* § 10.

³⁵ Corte cost., sent. n. 161 del 1985, *cons. dir.* § 10 ss.

³⁶ Come notato da N. POSTERARO, *Transsessualismo, Rettificazione anagrafica*, cit., 1355, che riprende il ragionamento della Corte costituzionale, «proprio alla luce di questa stretta connessione tra scelta autonoma e cura della propria salute, è chiaramente venuto anche meno il contrasto tra operazione chirurgica e indisponibilità del corpo ex art. 5 c.c.: il trattamento sanitario che abbia ad oggetto l'adeguamento dei caratteri sessuali morfologici esterni alla identità psico-sessuale rientra, cioè, tra quelli che, pur determinando una diminuzione permanente della propria integrità fisica, sono eccezionalmente ammessi dall'ordinamento, in quanto diretti a tutelare la salute del paziente».

³⁷ P. STANZIONE, voce *Transsessualità*, cit., 882.

³⁸ Corte cost., sent. n. 161 del 1985, *cons. dir.* § 4.

³⁹ P. STANZIONE, *op. ult. cit.*, 882.

cui, ai fini dell'identificazione sessuale, «viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche di elementi di carattere psicologico e sociale»⁴⁰. Se in passato «il diritto all'identità sessuale [...] veniva in considerazione con il contenuto tipico delle libertà negative, comportanti il dovere generalizzato di astenersi dall'attentare all'identità della persona»⁴¹ con la nuova normativa ed i successivi interventi giurisprudenziali «si aggiunge un segno nuovo al diritto all'identità sessuale: esso non si limita ad essere diritto al rispetto della propria identità sessuale, ma diventa libertà giuridicamente tutelata di scegliere, ove ne ricorrano le condizioni, la propria identità sessuale»⁴². Sembra potersi dunque affermare che il diritto all'identità sessuale, a partire dalla sentenza n. 161 del 1985, abbia iniziato a configurarsi nella sua proiezione sociale imponendo, ai sensi degli articoli 2 e 3, secondo comma della Costituzione, il riconoscimento da parte della collettività della propria scelta individuale⁴³. In definitiva, non può che condividersi l'apertura della Corte costituzionale che, mostrandosi sensibile ad una visione dinamica della fisionomia sessuale, delinea una sistema in cui, oltre ad essere assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, quale fattore di svolgimento della personalità, è richiesto anche agli altri membri della collettività di riconoscere tale diritto «per dovere di solidarietà sociale»⁴⁴.

3. *Il diritto all'identità di genere e la tutela della condizione transgenere in ambito eurounitario e sovranazionale.* – L'acquisita consapevolezza che l'identità sessuale si esplica sia nella dimensione individuale sia in quella sociale, in ossequio ai principi costituzionali di autodeterminazione, dignità e libero sviluppo della persona umana, ha condotto all'adozione, in ambito eurounitario e sovranazionale, di importanti atti a tutela delle persone transessuali. Il Parlamento europeo, nella convinzione che «la dignità umana e il diritto della personalità debb[a]no comprendere anche il diritto di condurre una vita rispondente alla

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 161 del 1985, *cons. dir.* § 4. La valorizzazione da parte della Corte costituzionale del profilo psicologico della persona è testimoniata inoltre dal passaggio della sentenza in cui si afferma che «il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo “naturale” modo di essere [...]» (*cons. dir.* § 4).

⁴¹ M. FORTINO, voce *Sesso* (dir. vig.), cit., 425.

⁴² M. FORTINO, *op. cit.*, 425.

⁴³ Secondo A. G. CIANCI, *Diritto privato e libertà costituzionali*, I, *Libertà personale*, Napoli 2016, 134 «l'adeguamento dell'immagine esterna alla propria idea del sé costituis[c]e una forma di manifestazione dell'autodeterminazione soggettiva e della libertà morale».

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 161 del 1985, *cons. dir.* § 10.

propria identità sessuale»⁴⁵ ha invitato gli Stati membri, tramite la risoluzione del 12 settembre 1989, «ad emanare disposizioni che regolino il diritto dei transessuali al cambiamento di sesso, sotto l'aspetto endocrinologico, chirurgico-plastico ed estetico e le relative procedure e vietino la loro discriminazione»⁴⁶. Nel 2011 il Parlamento europeo ha espresso invece «la propria preoccupazione per le numerose violazioni dei diritti umani e le diffuse discriminazioni connesse all'orientamento sessuale e all'identità di genere perpetrate sia nell'Unione europea che nei paesi terzi»⁴⁷ e ha condannato, con fermezza assoluta, «il fatto che, in alcuni paesi, anche all'interno dell'Unione, l'omosessualità, la bisessualità o la transessualità siano ancora percepite come una malattia mentale»⁴⁸.

Ancora più di recente il Parlamento europeo ha segnalato che «le persone LGBTI continuano a subire discriminazioni e violenze nell'Unione europea e che non tutti gli Stati membri dell'UE garantiscono [a tali soggetti] una protezione giuridica contro la discriminazione»⁴⁹. Le istituzioni europee hanno esortato dunque a più riprese gli Stati membri a porre in essere delle normative a tutela delle persone transessuali che non contrastino con il riconoscimento della dignità umana e con il principio di eguaglianza che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea eleva a valori indivisibili ed universali⁵⁰. Tali valori fungono così da «criteri di orientamento della legittimità degli interventi (normativi e applicativi) realizzati nei diversi ordinamenti»⁵¹.

Nei numerosi casi affrontati anche la Corte di giustizia ha contribuito ad impedire la sostanziale negazione dei diritti degli individui transessuali e ad espungere dagli ordinamenti normative e pratiche discriminatorie in loro danno⁵². L'attività della Corte europea di Lussemburgo si è rivelata fondamentale per l'attivazione di processi di elaborazione di nuove leggi nazionali a tutela dell'identità di genere. Le pronunce in materia hanno infatti posto l'accento sulla necessità di riconoscimento del sesso acquisito dalla persona transessuale e sull'incompatibilità – con i principi di rispetto della dignità e della libertà – delle politiche discriminatorie fondate sul cambiamento di sesso⁵³.

⁴⁵ Parlamento europeo, Risoluzione n. 1117 del 12 settembre 1989, punto 1.

⁴⁶ Parlamento europeo, Risoluzione n. 1117 del 12 settembre 1989, punto 2.

⁴⁷ Parlamento europeo, Risoluzione n. 2821 del 28 settembre 2011, punto 1.

⁴⁸ Parlamento europeo, Risoluzione n. 2821 del 28 settembre 2011, punto 13. Il Parlamento europeo ha chiesto, infatti, agli Stati membri di affrontare tale fenomeno tramite, in particolare, la depsiichiatriizzazione del percorso transessuale, la libera scelta del personale di cura, la semplificazione del cambiamento d'identità e l'introduzione di una copertura da parte della previdenza sociale.

⁴⁹ Parlamento europeo, Risoluzione n. 2573, del 14 febbraio 2019, considerando A.

⁵⁰ Cfr. il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁵¹ G. PALMIERI, *Il cambiamento di sesso*, cit., 734.

⁵² Ivi, 768.

⁵³ Cfr., tra le tante pronunce rilevanti in materia, C. giust. CE, 30 aprile 1996, n. C-13/94; C. giust. CE, 27 aprile 2006, n. C-423/04. In quest'ultima decisione la Corte ha interpretato in senso ampio la direttiva n. 79/7 del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, assegnan-

Il fondamento normativo dei diritti delle persone transessuali può essere individuato, oltre che nel principio della dignità ed in quello di libertà-eguaglianza, anche nell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) che disciplina il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Nell'ambito di quella che la Corte costituzionale ha definito "una civiltà giuridica in evoluzione"⁵⁴ ad assumere fondamentale rilievo è proprio l'attività interpretativa, svolta dalla Corte di Strasburgo, dei principi contenuti nella CEDU. Con specifico riferimento alla condizione della persona transessuale, l'opera ermeneutica della Corte EDU si è concentrata su un particolare aspetto, inscindibilmente connesso al tema dell'identità di genere. Si tratta della (il)legittimità dell'imposizione dell'intervento medico-chirurgico di modifica dei caratteri sessuali ai fini della rettificazione anagrafica del sesso.

La lettura delle numerose sentenze della Corte di Strasburgo consente di enucleare alcuni principi cardine nell'ambito della complessa tematica dell'identità di genere tra i quali spicca il riconoscimento di una nozione di vita privata che, ai sensi dell'art. 8 CEDU, risulta ampia e non suscettibile di una definizione esaustiva⁵⁵. La giurisprudenza della Corte EDU è ormai costante nell'affermare che tale nozione, a norma dell'art. 8 CEDU, comprende l'integrità fisica e morale della persona e può anche abbracciare aspetti dell'identità fisica e sociale dell'individuo, come l'identità di genere, il nome e l'orientamento sessuale⁵⁶.

La Corte EDU è stata chiamata fin dagli anni settanta del secolo scorso a valutare la possibile violazione, subita dalle persone transessuali cui veniva negata l'autorizzazione alla rettifica anagrafica del sesso, dei diritti garantiti dalla Convenzione. Se in un primo tempo i giudici di Strasburgo non ritenevano integrata in tali casi la violazione dell'art. 8 CEDU ponendo l'accento sulle pesanti conseguenze a livello amministrativo della rettificazione anagrafica⁵⁷, la Corte EDU ha successivamente mutato avviso iniziando a censurare il rifiuto da parte delle autorità nazionali di annotare il cambiamento di sesso nei registri di stato civile⁵⁸. La tendenza a livello internazionale ad un aumento dell'accettazione sociale degli individui transessuali ed al riconoscimento giuridico della loro nuova identità sessuale ha condotto la Corte, negli anni successivi, a dichiarare l'avvenuta

do al divieto di discriminazioni direttamente o indirettamente fondate sul sesso di cui all'art. 4, n. 1 della Direttiva, una sfera d'applicazione comprensiva anche delle disparità di trattamento derivanti dal mutamento di sesso.

⁵⁴ Corte cost., sent. n. 161 del 1985.

⁵⁵ C. eur. dir. uomo, 10 marzo 2015, n. 14793/08, *YY. c. Turchia*.

⁵⁶ Si veda il recente caso *YY. c. Turchia*, cit., ma anche C. eur. dir. uomo, 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, serie A n. 45, § 41; C. eur. dir. uomo, 25 marzo 1992, *B. c. Francia*, serie A n. 232 C, § 63; C. eur. dir. uomo, 22 febbraio 1994, *Burghartz c. Svizzera*, § 24, serie A n. 280 B, § 24; C. eur. dir. uomo, 19 febbraio 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Regno Unito*, § 71.

⁵⁷ Cfr., ad esempio, C. eur. dir. uomo, 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, serie A n. 106; C. eur. dir. uomo, 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, serie A 184.

⁵⁸ Si veda in tal senso C. eur. dir. uomo, 25 marzo 1992, *B. c. Francia*, serie A n. 232 C.

violazione dell'art. 8 della Convenzione in tutte le ipotesi di condotte ostative, da parte degli Stati contraenti, alla garanzia dell'identità di genere. I giudici di Strasburgo hanno riconosciuto a più riprese che, «essendo la dignità e la libertà dell'uomo l'essenza stessa della Convenzione, il diritto allo sviluppo della persona umana e all'integrità fisica e morale deve essere garantito»⁵⁹. Di conseguenza, l'incompatibilità del diritto interno con una delle dimensioni in cui si declina l'identità personale può ingenerare un grave pregiudizio alla vita privata⁶⁰.

La Corte EDU è inoltre giunta ad affermare la sussistenza di un'obbligazione positiva in capo agli Stati contraenti «a dare giuridico riconoscimento al nuovo sesso delle persone che si sottopongono a trattamenti chirurgici di conversione sessuale»⁶¹. Nel noto caso *Christine Goodwin c. Regno Unito*⁶², infatti, la Corte, di fronte al mancato riconoscimento da parte del Regno Unito del diritto della transessuale di ottenere la rettificazione di sesso nel registro delle nascite in seguito all'intervento demolitorio dei caratteri sessuali, aveva mutato l'orientamento fino ad allora seguito ed aveva giudicato lesivo dell'art. 8 della Convenzione il mancato riconoscimento di tale diritto alla transessuale, in assenza di un rilevante fattore di interesse pubblico confliggente con quello della richiedente⁶³. La Corte sembra non ignorare, insomma, le difficoltà che si potrebbero porre o le importanti ripercussioni che si verificherebbero non solo nel campo della registrazione delle nascite, ma anche nel sistema dell'accesso ai documenti, del diritto di famiglia, delle adozioni, delle successioni, della giustizia penale, dell'occupazione, della previdenza sociale e delle assicurazioni. Tuttavia, nel bilanciamento tra queste problematiche, espressamente definite «tutt'altro che insuperabili», ed il diritto della persona ad ottenere il riconoscimento giuridico della nuova assegnazione di sesso è quest'ultimo diritto a prevalere⁶⁴.

⁵⁹ C. eur. dir. uomo, *YY. c. Turchia*, cir., § 58.

⁶⁰ Così C. eur. dir. uomo [GC], 11 luglio 2002, n. 28957/95, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, § 77; C. eur. dir. uomo, *YY. c. Turchia*, cit., § 58.

⁶¹ S. PRADUROUX, *I diritti delle persone LGBT nella giurisprudenza CEDU*, 2016, 28.

⁶² Nel caso in questione la ricorrente lamentava le gravi ripercussioni – causate dal divieto di modifica dell'atto di nascita – sui rapporti lavorativi, sul trattamento pensionistico, sulla possibilità di contrarre matrimonio e, più in generale, sulle relazioni sociali.

⁶³ Cfr. § 90 ss. del caso *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit. In tale decisione la Corte sottolinea peraltro che «nel XXI secolo, la facoltà per i transessuali di godere pienamente, al pari dei loro concittadini, del diritto allo sviluppo personale e all'integrità fisica e morale non può essere considerata una questione controversa che richiede del tempo per poter comprendere più chiaramente i problemi in gioco».

⁶⁴ La Corte nella medesima decisione conclude infatti che «la nozione di giusto equilibrio insita nella Convenzione faccia pendere l'ago della bilancia in favore della ricorrente» (§ 93). Del resto, secondo i giudici, «il riconoscimento giuridico del mutamento di sesso, peraltro effettuato in piena legalità, dovrebbe essere considerato l'ultima tappa e la conclusione del processo di trasformazione, lungo e difficile, subito dal transessuale. Appare illogico, infatti, il rifiuto di riconoscere le implicazioni giuridiche del risultato al quale il trattamento perviene, da parte di uno stato che autorizza l'intervento medico finalizzato a rendere più sopportabile la situazione di una persona transessuale, sovvenziona totalmente o parzialmente tale intervento» (§ 78). I giudici di Strasburgo hanno altresì

L'importanza che rivestono le questioni riguardanti la dimensione più intima della vita privata ossia l'identità e la definizione sessuale della persona è stata poi riaffermata, in linea di continuità rispetto alla giurisprudenza precedente, anche nel 2015 nel noto caso *Y.Y. c. Turchia*. In tale sentenza la Corte EDU ha compiuto un ulteriore passo lungo il percorso di ampliamento degli spazi di tutela dell'identità di genere delle persone transessuali. Nel caso di specie, l'autorità giudiziaria turca aveva negato al ricorrente la possibilità di sottoporsi all'intervento di modificazione chirurgica del sesso in ragione della sua perdurante capacità di procreare⁶⁵. Il rifiuto inizialmente opposto al ricorrente contrastava, ancora una volta, con l'art. 8 CEDU secondo l'orizzonte interpretativo fornito dalla Corte⁶⁶. In particolare, nonostante tale disposizione non possa essere interpretata come garanzia di un diritto incondizionato a sottoporsi all'intervento chirurgico di cambiamento di sesso, la Corte ha ribadito che a livello internazionale il transessualismo è una condizione medica ampiamente riconosciuta per cui la maggior parte degli Stati garantisce o autorizza trattamenti medici ed interventi chirurgici di conversione sessuale irreversibile⁶⁷. Sembra così trovare accoglimento, «nella visione prospettica adottata dalla Corte europea, l'obbligo in capo agli Stati membri di astenersi – in attuazione del portato in senso negativo dell'art. 8 CEDU – da qualsiasi atto o comportamento che possa ledere la dignità dell'individuo – nel caso di specie, mediante l'imposizione dell'incapacità procreativa ai fini della transizione di genere –, anche nell'ambito di un procedimento di cambiamento personale specificamente scelto e voluto dal soggetto»⁶⁸.

L'attività eseguita svolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo si rivela

ritenuto che la normativa inglese, ostativa rispetto alla libertà di sposarsi delle persone transessuali, si ponesse in contrasto con il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 della CEDU.

⁶⁵ La legge nazionale turca prevedeva infatti alcuni specifici requisiti per ottenere l'autorizzazione all'intervento chirurgico di cambiamento di sesso tra cui vi era l'incapacità definitiva del ricorrente a procreare. Tale requisito imponeva sostanzialmente ai richiedenti di sottoporsi ad una sterilizzazione definitiva per poter accedere alla procedura di cambiamento di sesso.

⁶⁶ Il medesimo parametro è stato utilizzato anche nella recente sentenza *S.V. c. Italia* in cui la Corte EDU ha condannato l'Italia per aver negato ad una transessuale la rettificazione del proprio nome negli atti di stato civile. La ricorrente infatti, dopo aver ottenuto l'autorizzazione a sottoporsi all'intervento chirurgico di riassegnazione sessuale ma prima della sua esecuzione, aveva richiesto al prefetto di Roma di poter rettificare il suo nome nei documenti di identità. In tale decisione la Corte ha evidenziato che la transessuale non era stata costretta alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari al solo scopo di ottenere il riconoscimento legale della sua identità sessuale ma, piuttosto, «desiderava ricorrere all'intervento chirurgico per armonizzare il suo aspetto fisico con la sua identità sessuale [ed] era [stata] autorizzata a farlo dal tribunale» (C. eur. dir. uomo, *S.V. c. Italia*, 11 ottobre 2018, n. 55216/08, § 65). Di conseguenza, nel caso di specie, a venire in rilievo non è una violazione del diritto all'integrità fisica. Secondo la Corte, tuttavia, lo Stato non autorizzando la ricorrente a rettificare il proprio nome a causa della mancata conclusione del percorso di transizione, è venuto meno all'obbligo positivo di garantire il diritto dell'interessata al rispetto della sua vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione. (cfr. C. eur. dir. uomo, *S.V. c. Italia*, cit. § 75).

⁶⁷ Così C. eur. dir. uomo, *YY. c. Turchia*, cit., § 65.

⁶⁸ I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta Online*, 1/2016, 182.

dunque fondamentale poiché permette di tracciare un quadro «di regole, principi e valori incentrato sulla persona, in ragione della piena affermazione della sua libertà e del riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento degli atti che riguardano il suo corpo»⁶⁹.

4. *Il ruolo della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale nell'enucleazione del diritto all'identità di genere.* – Nell'opera interpretativa della Corte EDU i principi di autodeterminazione, libertà e dignità sembrano convergere fino a costituire il fondamento del diritto all'identità di genere, la cui piena tutela impone di considerare l'intervento chirurgico di modificazione dei caratteri sessuali come «uno strumento meramente funzionale al perseguimento di un maggior livello di benessere psicofisico ma non il mezzo esclusivo cui ricorrere per dare seguito all'esigenza di inverare la propria identità»⁷⁰. Alle medesime conclusioni è giunta anche la giurisprudenza italiana all'esito di un lungo processo culminato nelle due fondamentali pronunce, rese a pochi mesi di distanza dalla Corte di Cassazione⁷¹ e dalla Corte costituzionale⁷², che ci apprestiamo ad analizzare sinteticamente.

Una prima decisione di rilievo è costituita, senz'altro, dalla sentenza n. 161 del 1985 della Corte costituzionale⁷³. Dalla lettura di tale pronuncia, infatti, emergeva una concezione del transessualismo come di una condizione patologica che «non può essere efficacemente curata né con terapie ormonali né con interventi di psicoterapia» ma solo con un'operazione chirurgica demolitoria-ricostruttiva⁷⁴. La Corte costituzionale dell'epoca era infatti assolutamente ferma nel considerare, sulla base dello «stadio attuale delle conoscenze scientifiche»⁷⁵, l'intervento chirurgico come l'unica soluzione al disagio patito dalla persona transessuale. Di conseguenza, posto che l'operazione chirurgica di modifica dei caratteri sessuali primari costituiva la sola possibile «cura» della «sindrome transessuale», non sussisteva alcun conflitto, a giudizio della Corte, tra il diritto alla salute ed il diritto all'identità di genere⁷⁶.

Negli anni successivi, il mutato contesto sociale e giuridico ed il progredire

⁶⁹ G. PALMIERI, *Il cambiamento di sesso*, cit., 773.

⁷⁰ I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione*, cit., 178 s.

⁷¹ Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138.

⁷² Corte cost., sent. n. 221 del 21 ottobre 2015.

⁷³ A commento della decisione v. M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Giur. it.*, 1987, 235 ss.; P. MARTINI, *Diritto alla sessualità come diritto alla salute*, cit., 1289 ss.

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 161 del 1985, *cons. dir.* § 3.

⁷⁵ Corte cost., sent. n. 161 del 1985, *cons. dir.* § 3.

⁷⁶ In questi termini G. APRILE, G. C. MALGIERI, F. PALAZZI, *Transessualismo e identità di genere: sviluppi dinamici di una originaria staticità? Considerazioni giuridiche, mediche e filosofiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2016, 57 ss.

della scienza medica hanno determinato l'insorgere di nuovi profili problematici connessi alla tematica in questione. Tali aspetti involgono il quesito relativo alla necessità dell'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari ai fini della rettificazione anagrafica. Il nodo controverso risiedeva nell'interpretazione dell'art. 1 della legge n. 164 del 1982 secondo cui «la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali»⁷⁷. Anche alla luce delle conclusioni cui era pervenuta la Corte costituzionale nella sentenza del 1985, la giurisprudenza maggioritaria, nell'interpretare tale disposizione, individuava nella modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari il presupposto necessario per ottenere la rettificazione anagrafica⁷⁸.

A sostegno dell'indirizzo opposto veniva invece richiamato l'art. 3 della medesima legge⁷⁹ a norma del quale «quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato [...]». Secondo quest'ultima impostazione – invero minoritaria – l'espressione «quando risulta necessario l'intervento chirurgico» avrebbe implicitamente escluso l'obbligatorietà della modificazione medico-chirurgica ai fini dell'ottenimento della rettifica del sesso⁸⁰. Per la verità, collocando tale espressione nell'ambito dello specifico contesto storico in cui era stata adottata la legge sulla rettificazione del sesso, risulta evidente come il significato da attribuire alla disposizione in commento sia quello per il quale l'intervento poteva non essere necessario nei casi in cui il transessuale si fosse sottoposto all'estero all'intervento chirurgico⁸¹.

⁷⁷ Come giustamente evidenziato da L. FERRARO, *Transsexualismo e Costituzione*, cit., 14, «l'ampiezza della locuzione "trattamento medico-chirurgico" consente [...] di ricomprendervi non solo l'intervento strettamente chirurgico, ma, per l'appunto, anche quello ormonale; così come la mancata specificazione della natura dei caratteri sessuali da modificare permette di considerare l'intervento di tipo esclusivamente farmacologico». Nello stesso senso anche A. LORENZETTI, *Il cambiamento di sesso secondo la Corte costituzionale: due nuove pronunce (nn. 180 e 185 del 2017)*, in *Studium Iuris*, n. 4/2018, 446 secondo cui l'indeterminatezza dell'espressione "caratteri sessuali" rende il cambiamento di sesso «ipoteticamente possibile con la modifica sia dei caratteri sessuali primari (quindi i genitali) modificabili solo per via chirurgica (con esiti incerti e senza alcuna garanzia dal punto di vista funzionale) sia dei caratteri secondari (pomo d'Adamo, distribuzione pilifera, seno, voce, distribuzione della massa muscolare), modificabili anche con il solo trattamento ormonale».

⁷⁸ Nonostante l'art. 1 si riferisca genericamente ai "caratteri sessuali", senza specificare se primari o secondari, in giurisprudenza si è ritenuto implicito il riferimento ai caratteri primari (cfr., *ex multis*, Trib. Trento, ord. 19 agosto 2014).

⁷⁹ L'art. 3, abrogato nella sua originaria formulazione per effetto dell'art. 34 comma 39 del d.lgs n. 150 del 2011, è attualmente trasfuso, senza variazioni testuali, nel quarto comma dell'art. 31 del d. lgs n. 150 del 2011.

⁸⁰ A titolo esemplificativo si veda Trib. Benevento, 16 gennaio 1986, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 470; Trib. Roma 18 ottobre 1997, in *DFP*, 1998, 1033; Trib. Monza, 8 novembre 2005, in *Articolo29.it*; Trib. Roma 22 marzo 2011, in *FM*, 7/2011, 15; Trib. Rovereto, 3 maggio 2013, n. 194, in *NGCC*; Trib. Trento, Ord. 19 agosto 2014, in *Articolo29.it*.

⁸¹ In giurisprudenza si veda Trib. Cagliari, 25 ottobre 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, 590; Trib.

Nel contesto appena delineato si inserisce la sentenza n. 15138 del 2015 in cui la Corte di Cassazione si è pronunciata in merito ad una controversia ermeneutica avente ad oggetto proprio l'art. 1 della legge n. 164 del 1982⁸². Nell'affrontare i sette motivi di ricorso la Corte di Cassazione ha proceduto ad un'interpretazione evolutiva di tale disposizione motivando l'impossibilità di una lettura cristallizzata nel tempo della normativa in questione tramite il richiamo al passaggio della sentenza n. 161 del 1985 in cui la Corte costituzionale aveva definito la legge sulla rettificazione del sesso come il frutto di una "civiltà giuridica in evoluzione". Proprio alla luce dei nuovi approdi della scienza biologica e delle mutate sensibilità sociali e culturali in materia di transessualismo l'intervento chirurgico non può più considerarsi una soluzione «ma solo un eventuale ausilio per il benessere della persona»⁸³. In altre parole, il raggiungimento dell'equilibrio tra il soma e la psiche risulta «sempre di più basato su un profilo diacronico e dinamico (personalizzato), non già statico (e standardizzabile) come una mera operazione chirurgica»⁸⁴. Grazie anche all'opera interpretativa svolta dalla Corte EDU, è stato infatti reso possibile alle persone transessuali «poter scegliere il percorso medico-psicologico più coerente con il personale processo di mutamento dell'identità di genere»⁸⁵. Il momento conclusivo di tale percorso è individuale e, attenendo alla sfera più esclusiva della personalità, non può che

Salerno, 1° giugno 2010, in *Articolo29.it*; Corte App. Bologna 20 marzo 2013, in *Articolo29.it*; Trib. Roma 18 luglio 2014, in *NGCC*, 1/2015, 39. In dottrina cfr., *ex multis*, N. POSTERARO, *Transessualismo*, cit., 1355 ss.

⁸² Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138. Il caso di specie riguardava una persona che dopo aver ottenuto l'autorizzazione al trattamento medico-chirurgico per la modificazione definitiva dei propri caratteri sessuali primari, aveva richiesto la rettificazione anagrafica senza sottoporsi preliminarmente all'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari al genere femminile. La ricorrente, oltre a temere le complicazioni di natura sanitaria, riteneva di aver raggiunto un'armonia con il proprio corpo tale per cui si sentiva donna a prescindere dal trattamento anzidetto. Il Tribunale, considerando condizione sufficiente ma necessaria il trattamento chirurgico, respingeva la domanda. La Corte d'appello, cui la ricorrente aveva successivamente fatto ricorso, respingeva anch'essa il reclamo evidenziando che «nonostante il carattere fortemente innovativo nella l. n. 164 del 1982, è rimasta ferma la indispensabilità del mutamento di tutti i caratteri sessuali proprio alla luce di una nozione complessa di identità di genere che non può trascurare il fattore anatomico biologico nel tentativo di ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche così come indicato dalla Corte costituzionale». La transessuale proponeva dunque ricorso per Cassazione impostando il ragionamento su una definizione di transessualismo fondata su di «un paradigma complesso in base al quale l'interazione di fattori biologici, psicologici e sociali influenza la costruzione dell'identità di genere».

⁸³ Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138.

⁸⁴ N. POSTERARO, *op. cit.*, 1359. Sul punto la Cassazione rileva infatti che «la percezione di una disforia di genere (secondo la denominazione attuale del D.S.M. V, il manuale statistico diagnostico delle malattie mentali) determina l'esigenza di un percorso soggettivo di riconoscimento di questo primario profilo dell'identità personale né breve né privo d'interventi modificativi delle caratteristiche somatiche ed ormonali originarie. Il profilo diacronico e dinamico ne costituisce una caratteristica ineludibile e la conclusione del processo di ricongiungimento tra 'soma e psiche' non può, attualmente, essere stabilito in via predeterminata e generale soltanto mediante il verificarsi della condizione dell'intervento chirurgico».

⁸⁵ Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138.

essere il frutto di un autonomo processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso⁸⁶.

Proprio nelle ipotesi in cui, come nel caso dell'ordinanza n. 632 del 2020, il transessuale ha raggiunto una piena armonia tra sesso e genere risulta ancora più evidente come il trattamento chirurgico possa generare un contrasto tra il diritto alla salute ed il diritto all'identità di genere⁸⁷.

La Corte di Cassazione dunque, dopo aver escluso che «l'esame integrato degli artt. 1 e 3 della l. n. 162 del 1984 conduca univocamente a ritenere necessaria la preventiva demolizione (totale o parziale) dei caratteri sessuali anatomici primari» perviene ad un'interpretazione di tali disposizioni in senso costituzionalmente e convenzionalmente conforme⁸⁸. Muovendo dall'individuazione dei contrapposti interessi in gioco, ossia il diritto all'autodeterminazione in ordine alla propria identità di genere e l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridico-sociali e alla distinzione tra i generi⁸⁹, la Corte di legittimità afferma

⁸⁶ Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138.

⁸⁷ Il transessuale, in altre parole, sarebbe in questi casi "costretto" a ricorrere all'intervento chirurgico, esponendosi anche ai relativi rischi, per poter vedere realizzata, tramite la rettificazione anagrafica, la propria identità di genere. (così anche G. APRILE, G.C. MALGIERI, F. PALAZZI, *op. cit.*, 66).

⁸⁸ Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138.

⁸⁹ Secondo N. POSTERARO, *Transessualismo, Rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2017, 1361 quest'ultimo interesse sarebbe in parte venuto meno in seguito alla sent. della Corte costituzionale n. 170 del 2014 in materia del c.d. di divorzio imposto ossia dell'automatico scioglimento del matrimonio in caso di rettificazione di sesso da parte di uno dei due coniugi.

A commento della sentenza si vedano, tra gli altri, T. AULETTA, *Mutamento di genere e disciplina del rapporto di coppia*, in *Il Corriere giuridico*, 8-9/2014, 1041 ss.; V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2014; V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in *Fam. dir.*, 10/2014, 865 ss.; C. BATTIATO, *Transgender e scioglimento coatto del rapporto coniugale: quando i casi di scuola diventano realtà*, in *Associazione deicostituzionalisti. osservatorio.it*, 2014; P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in *Forumcostituzionale.it*, 2014; A. LORENZETTI, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12/2014, 1152 ss.; S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Fofo it.*, 2014, 2685 ss.

In tale pronuncia la Corte ha dichiarato, tramite un'additiva di principio, l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore. Secondo la Corte la normativa censurata risolveva il contrasto tra l'interesse della coppia alla tutela del preesistente rapporto e quello dello Stato alla diversità di sesso dei coniugi assegnando assoluta prevalenza a quest'ultimo. Per la verità, dunque, la giurisprudenza costituzionale in tale sentenza non ha fatto venire integralmente meno l'interesse pubblico all'eterosessualità nel rapporto di coniugio bensì ha attuato, così come ha fatto la Corte di Cassazione nella sent. n. 15138 del 2015, un bilanciamento tra interessi contrapposti. L'obiettivo era quindi quello di valutare la proporzionalità della disciplina

che tali interessi di natura pubblica non possono giustificare l'imposizione di un totale sacrificio dell'integrità psico-fisica dell'individuo come unico mezzo per ricongiungere il soma alla psiche⁹⁰. Al contrario, il trattamento chirurgico è auspicabile solo nel caso in cui esso corrisponda alle personali esigenze del soggetto⁹¹. L'interesse pubblico, del resto, «è ampiamente soddisfatto dal legislatore con la previsione del controllo giudiziario sulla procedura di mutamento di sesso, che garantisce, non solo la definizione certa dei generi, ma anche il singolo individuo, accompagnandolo con un rigoroso accertamento della documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici cui si sottopone, tramite un percorso individuale, spesso doloroso, rimesso alla libera scelta del singolo»⁹².

Queste considerazioni inducono dunque la Corte di Cassazione a ritenere coerente con i principi costituzionali e convenzionali un'interpretazione degli articoli 1 e 3 della legge n. 164 del 1982 che, valorizzando la formula normativa «quando risulti necessario», non imponga l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari⁹³.

Tale impostazione è fatta propria anche dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 221 del 2015. Il giudice *a quo* ritenendo impossibile interpretare la disposizione censurata⁹⁴ in senso conforme a Costituzione, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, com-

del divorzio automatico. In quest'ottica la Corte, pur mantenendo fermo, ai sensi dell'art. 29 Cost., il paradigma della diversità di sesso nel vincolo matrimoniale, ha rilevato una grave sproporzione sul piano della tutela del fascio di diritti delle coppie divenute dello stesso sesso in seguito alla rettificazione anagrafica di uno dei due coniugi. Riprendendo le argomentazioni svolte nella sent. n. 138 del 2010 sul diritto al matrimonio delle coppie omosessuali, la Corte costituzionale afferma, nella sent. n. 170, che il pregresso vissuto familiare della coppia divenuta in un secondo momento omosessuale non ricade più nell'ambito di applicazione dell'art. 29 Cost. ma risulta comunque meritevole di tutela in virtù dell'art. 2 Cost.

⁹⁰ Come evidenziato da I. RIVERA, *op. cit.*, 182 «nel quadro così tratteggiato, l'imposizione dell'intervento chirurgico rischierebbe di acuire la gravità di una scelta personalissima già particolarmente sofferta e di portare ad esiti autodistruttivi il soggetto che vi si sottopone, non più libero di perseguire il proprio processo di maturazione personale, bensì coatto dall'esigenza collettiva di raggiungere una condizione di corrispondenza giuridica al nuovo genere».

⁹¹ N. POSTERARO, *op. cit.*, 1360.

⁹² Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138.

⁹³ La Corte di Cassazione, mantenendo fermi i principi espressi nella sentenza n. 15138 ha recentemente compiuto un ulteriore passo avanti lungo il percorso di valorizzazione del diritto all'autodeterminazione delle persone transessuali. Tramite l'ordinanza n. 3877 la prima sezione della Corte di legittimità ha infatti affermato il diritto di una transessuale a scegliere liberamente il proprio nome. Il nuovo nome prescelto dalla persona all'esito della rettificazione del sesso non deve dunque, necessariamente, risultare dalla conversione meccanica del nome originario nell'altro genere. In altre parole, secondo la Corte, «il riconoscimento del primario diritto alla identità sessuale, sotteso alla disposta rettificazione dell'attribuzione di sesso, rende consequenziale la rettificazione del prenome, che non va necessariamente convertito nel genere scaturente dalla rettificazione, dovendo il giudice tener conto del nuovo prenome, indicato dalla persona, pur se del tutto diverso dal prenome precedente, ove tale indicazione sia legittima e conforme al nuovo stato» (Cass. civ., sez. I, 17 febbraio 2020, n. 3877).

⁹⁴ Ossia l'art. 1, comma primo della legge n. 164 del 1982.

ma primo, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU. Secondo il giudice rimettente, infatti, il tenore letterale dell'art. 1 della legge in questione impedirebbe «di interpretare la disposizione in esame nel senso di ritenere ammissibile la rettificazione dell'attribuzione di sesso, anche in assenza della modificazione dei caratteri sessuali primari»⁹⁵. La pronuncia è ancora una volta incentrata sulla mancanza nell'art. 1 di un riferimento esplicito alle modalità – chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita – tramite le quali deve essere realizzata la modificazione dei caratteri sessuali. Il Giudice delle leggi, riprendendo e sviluppando i ragionamenti già svolti nella sentenza n. 161 del 1985, definisce il diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 8 CEDU.

Il sintetico percorso ermeneutico seguito dalla Corte costituzionale si snoda a partire da una ricostruzione della legge n. 164 del 1982, il cui primo articolo, in ragione dell'«irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive»⁹⁶, ha una portata ampia e generalizzata. Tale ampiezza, secondo la Corte, è motivata dalla precisa volontà del legislatore di lasciare all'apprezzamento del giudice un ruolo di primo piano nell'ambito del delicato percorso di transizione affrontato dalla persona transessuale per raggiungere la corrispondenza tra il sesso ed il genere percepito⁹⁷. Il mutamento di sesso coinvolge, infatti, aspetti psicologici,

⁹⁵ *Cons. dir.* § 3.2. Prima di sollevare la questione, infatti, il giudice *a quo* «si domanda se la disposizione censurata non possa essere intesa nel senso di non richiedere sempre, ai fini della rettificazione, interventi medico-chirurgici ma finisce con il rifiutare tale possibilità ermeneutica», perché essa contrasterebbe con la lettera della legge in questione (G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta Online*, 2/2016, 294). La Corte evidenzia dunque che «la possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità» (*cons. dir.* § 3.3). In altre parole, la mera prospettazione di ragioni da parte del giudice rimettente in merito alla impraticabilità di un'interpretazione alternativa risulta, secondo la Corte costituzionale, sufficiente a consentire l'esame nel merito della questione. Tale pronuncia, come rilevato in dottrina, sembrerebbe costituire «il manifesto di un depotenziamento del presupposto dell'interpretazione conforme a Costituzione, reso necessario a fronte della tendenza allo sconfinamento dei poteri interpretativi della magistratura» (così C. TOMBA, *Il "depotenziamento" dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un "nuovo" riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2065 ss., cui si rimanda per un approfondimento in merito al ridimensionamento dell'obbligo dell'interpretazione conforme e all'opportunità dell'utilizzo, nel caso di specie, della tecnica decisoria dell'interpretativa di rigetto).

⁹⁶ *Cons. dir.* § 4.1.

⁹⁷ La Corte costituzionale nella sentenza sottolinea come la legge «lasci all'interprete il compito di definire il perimetro di tali modificazioni e, per quanto qui rileva, delle modalità attraverso le quali realizzarle» (*cons. dir.* 4.1). È infatti il giudice che, nell'ambito del rigoroso procedimento di autorizzazione all'intervento chirurgico, valuta l'effettiva necessità dello stesso, in relazione alla specificità del caso concreto. In dottrina si veda I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione*, cit., 179. Sul punto anche L. FERRARO, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, in *Giur. cost.*, 6/2015, 2056 secondo cui è significativo «come il Giudice

comportamentali e fisici e non si risolve, esclusivamente, nel mero intervento di modificazione chirurgica dei caratteri sessuali il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento del soma alla psiche⁹⁸. La Corte costituzionale e la Corte di legittimità sono quindi concordi nell'escludere che il trattamento medico-chirurgico costituisca condizione necessaria per ottenere la rettificazione anagrafica del sesso⁹⁹. La rettificazione chirurgica è comunque autorizzabile, in virtù dell'art. 32 della Costituzione, nei casi in cui essa rappresenti la modalità prescelta dalla persona per ricomporre il conflitto tra il sesso anatomico e la psico-sessualità¹⁰⁰.

In definitiva, i giudici costituzionali e di legittimità hanno opportunamente inteso evitare ogni possibile attrito tra il diritto alla salute ed il diritto all'identità di genere rendendo inammissibile l'imposizione – ai fini del riconoscimento sociale e giuridico della propria identità – di un trattamento chirurgico invasivo e potenzialmente rischioso per la salute. L'intervento medico si deve porre, al contrario, *in funzione* della garanzia del diritto fondamentale alla salute psicofisica «da intendersi nel senso positivo di libera espressione dei bisogni che determinano la trama personale e nel senso negativo di libertà dello stesso da qualsiasi tipo di costrizione, fisica o psicologica»¹⁰¹.

delle leggi in questa fattispecie assegni un ruolo determinante all'esegeta, tanto da escludere la necessità dell'intervento operatorio proprio in ragione dell'interpretazione – «alla luce dei diritti della persona» – della mancanza di ogni riferimento nel testo di legge alle modalità con cui si realizza la modifica del sesso».

⁹⁸ Tale principio è stato peraltro ribadito anche nelle decisioni nn. 180 e 185 del 2017 in cui la Corte costituzionale, riaffermando ancora una volta che «l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici con quello soggettivamente percepito e “vissuto” costituisce espressione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere» (ord. n. 185 del 2017) ha confermato che l'interpretazione adeguatrice della legge n. 164 del 1982 «consente di escludere il requisito dell'intervento chirurgico di normoconformazione» (sent. n. 180 del 2017, *cons. dir.* § 5.2). Per un commento alle due decisioni si veda A. LORENZETTI, *Il cambiamento di sesso secondo la Corte*, cit., 446 ss.

⁹⁹ Appare singolare il fatto che la Corte costituzionale abbia argomentato la pronuncia richiamando la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ma omettendo completamente qualsiasi riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU e all'interpretazione da essa delineata dell'art. 8 CEDU. Se dunque la Corte di Cassazione nella sent. n. 15138 del 2015 ha integrato «con le sollecitazioni del diritto consolidato della CEDU, secondo un'interpretazione sistemica e circolare al fine di perseguire la massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali, invece la Corte costituzionale sembra restare, ancora, ad applicare il medesimo processo» (così M. ROSPI, *Il transessualismo e il (venir meno del) “costringimento al bisturi”: una prova di interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme*, in *Federalismi.it*, 19 cui si rimanda per un'attenta analisi sul punto).

¹⁰⁰ La Corte costituzionale e la Corte di Cassazione hanno dunque voluto salvaguardare «la costruzione personalista del nostro ordito costituzionale, che non ammette degradazione dell'individuo a mero oggetto dell'azione medica [e che] consente a ciascuno di decidere liberamente e autonomamente» su una determinata cura nel rispetto degli artt. 2, 13 e 32 Cost. (L. CHIEFFI, *Libertà di cura e divieto di accanimento terapeutico*, in L. CHIEFFI, A. POSTIGLIOLA (a cura di), *Bioetica e cura*, Milano-Udine 2014, 189).

¹⁰¹ I. RIVERA, *op. cit.*, 178.

5. *La tutela dell'identità di genere nella privazione della libertà personale: l'ordinanza n. 632 del 2020.* – Tracciata la cornice in merito al fenomeno del transessualismo e al suo progressivo riconoscimento anche in ambito giurisprudenziale occorre a questo punto collocare la tematica del rispetto dell'identità di genere della persona umana nel contesto degli istituti di pena.

La detenzione delle persone transessuali¹⁰² pone da sempre una serie di nodi problematici che riguardano, tra gli altri, aspetti sanitari¹⁰³, trattamentali, gestionali e allocativi. Su questi ultimi è principalmente incentrata l'ordinanza in commento che affronta in modo specifico il tema relativo agli spazi dell'esecuzione penale. A venire in rilievo, infatti, è la questione della collocazione fisica di soggetti che sono posti spesso ai margini della società¹⁰⁴. Tale aspetto, su cui è incentrata l'ordinanza che qui si intende commentare, afferisce senza dubbio alla possibilità di espressione dell'identità di genere, quale ineludibile declinazione dell'identità personale.

Negli ultimi anni, il legislatore ha inteso innovare l'Ordinamento penitenziario tramite l'introduzione dell'espresso imperativo di garanzia dei diritti fondamentali ad ogni persona privata della libertà personale¹⁰⁵. Nell'ambito di tali diritti deve essere ricompreso anche quello – ormai considerato fondamentale – all'identità di genere. Il trattamento penitenziario, a norma dell'art. 1 o.p., deve essere svolto nel rispetto della dignità umana e, in seguito all'intervento legislativo del 2018, senza discriminazioni in ordine al sesso, all'identità di genere e all'orientamento sessuale¹⁰⁶. La nuova sensibilità politica, culturale e sociale nei confronti delle persone transessuali e *transgender* ha avuto dunque riflessi di non poco momento anche nella sfera del diritto penitenziario.

¹⁰² Il numero di presenze delle persone transessuali nelle carceri italiane è ovviamente soggetto a variazioni costanti. Ad ogni modo, secondo gli ultimi dati forniti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (d'ora in poi indicato con l'acronimo D.A.P.), riportati anche nella Relazione al Parlamento 2017 del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, al 24 gennaio 2017 si registrano 47 presenze nelle sezioni transessuali italiane.

¹⁰³ In quest'ambito rientra la questione, su cui tuttavia non ci si soffermerà nel corso del presente lavoro, delle difficoltà connesse all'accesso per le persone detenute transessuali alle terapie ormonali e alla relativa copertura economica. Ci si limita a segnalare l'avvenuta introduzione, a seguito della riforma penitenziaria del 2018, di una disposizione che specificamente prevede che sia assicurata la prosecuzione del programma terapeutico e del necessario sostegno psicologico per i detenuti che abbiano già iniziato un percorso di adeguamento del sesso all'identità di genere (cfr. art. 11, co. 10, l. 26 luglio 1975, n. 354 così come modificato dall'art. 1, co. 1 d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 123). Sul tema si rimanda a C. BERTOLAZZI, A. HOCHDORN, P. MARSCIANO, *Detenzione per persone LGBT*, cit., 34 ss.

¹⁰⁴ Del resto, «sotto i profili securitari, oltre che trattamentali, la vita detentiva assume colori diversi per un ristretto omosessuale rispetto ad un ristretto eterosessuale e, ancor di più, rispetto ad uno transessuale» (A. GADALETA, S. LUPO, S. IRIANNI, (a cura di), *Le dimensioni dell'affettività*, in *Dispense ISSP*, 3/2013).

¹⁰⁵ Cfr. art. 1, co. 3, l. 26 luglio 1975, n. 354 così come modificato dall'art. 11 del d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

¹⁰⁶ Cfr. art. 1, co. 1, l. 26 luglio 1975, n. 354 così come modificato dall'art. 11 del d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

In un contesto in cui la dignità del detenuto costituisce il parametro su cui misurare ed impostare il trattamento rieducativo del condannato si registra finalmente un'attenzione maggiore nei confronti delle persone che sperimentano una non corrispondenza tra il sesso attribuitogli al momento della nascita e quello soggettivamente percepito e vissuto. Tale condizione non può in alcun modo costituire la causa di indebite differenziazioni trattamentali. L'ampliamento dell'orizzonte di tutela alla minoranza detentiva rappresentata dagli individui transessuali è testimoniato anche dalla disposizione introdotta all'art. 14 o.p. secondo cui «l'assegnazione dei detenuti e degli internati, per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, in ragione solo dell'identità di genere o dell'orientamento sessuale, deve avvenire, per categorie omogenee, in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale previo consenso degli interessati i quali, in caso contrario, saranno assegnati a sezioni ordinarie. È in ogni caso garantita la partecipazione ad attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta»¹⁰⁷. L'obiettivo della norma è quindi quello di proteggere le persone transessuali, *transgender* ed omosessuali separandole, con il loro consenso, dal resto della popolazione carceraria ma, allo stesso tempo, garantendo loro momenti di socialità e condivisione di attività con gli altri detenuti. Si nota dunque come tale disposizione possa ingenerare uno iato tra le esigenze di tutela dell'incolumità di tali categorie di individui e la necessità di promuovere la loro inclusione negli istituti di pena.

È proprio intorno a questa delicata questione che ruota l'ordinanza n. 632 del 4 febbraio 2020. Il Tribunale di sorveglianza di Firenze è stato chiamato a pronunciarsi sul caso di una detenuta transessuale, reclusa nel carcere di Sollicciano, cui era stata rettificata l'attribuzione anagrafica di sesso con sentenza passata in giudicato. In quest'ultima pronuncia, il Tribunale civile, in adesione alla giurisprudenza costituzionale e di legittimità più volte richiamata, aveva ritenuto non essenziale l'intervento chirurgico di riassegnazione di sesso ai fini della rettificazione degli atti di stato civile, considerando completato – tramite terapie ormonali e farmacologiche – il percorso di identificazione con il genere opposto. I giudici di merito avevano comunque autorizzato l'operazione chirurgica, lasciando alla discrezionalità della sola detenuta la scelta sulla possibilità di sottoporsi o meno all'intervento. La donna non ha per ora provveduto alla modifica medicochirurgica dei caratteri sessuali primari che, dunque, ad oggi per-

¹⁰⁷ Art. 14, ultimo comma l. 26 luglio 1975, n. 354. Tale comma è stato aggiunto dall'art. 11, primo comma, lett. e), n. 3), d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 123. L'assegnazione in sezioni separate per categorie di soggetti è disposta anche dall'art. 32, terzo comma del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (Regolamento di esecuzione) il quale peraltro prevede che l'assegnazione presso tali sezioni debba «essere frequentemente riesaminata nei confronti delle singole persone per verificare il permanere delle ragioni della separazione delle stesse dalla comunità».

mangono maschili. Si pone quindi la problematica relativa all'individuazione del reparto cui la stessa deve essere assegnata all'interno della struttura detentiva.

Nelle carceri italiane sono state nel tempo individuate diverse soluzioni in merito alla questione della collocazione delle persone transessuali e *transgender*¹⁰⁸. In una prima fase, intorno agli anni ottanta del secolo scorso, con l'obiettivo di impedire qualsiasi contatto con la popolazione detenuta, nella maggioranza degli istituti penitenziari i soggetti transessuali e *transgender* erano collocati nelle sezioni di isolamento, nella sezione transito, o in infermeria. Successivamente, in alcune carceri, con l'emersione della tematica del transessualismo, «si optò per una collocazione nei “reparti precauzionali”, riservati a chi è abitualmente in viso al resto della popolazione penitenziaria (*sex offenders*, piccoli collaboratori di giustizia, uomini delle forze dell'ordine detenuti per reati non militari, ecc.)»¹⁰⁹. Come espressamente affermato dall'Amministrazione penitenziaria, tali sezioni protette, peraltro presenti ancora oggi in alcuni istituti di pena italiani, «possono contenere promiscuamente soggetti con problemi di tutela di natura diversa»¹¹⁰. Appare dunque evidente come la prassi dell'inserimento in sezioni protette promiscue in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere finisca per ingenerare una discriminazione in palese contrasto con l'art. 14 dell'Ordinamento penitenziario¹¹¹.

¹⁰⁸ Nella maggioranza dei casi il fenomeno transessuale in carcere riguarda persone *Male to Female* che non hanno – o non hanno ancora – affrontato l'intervento chirurgico di riconversione del sesso.

¹⁰⁹ C. BERTOLAZZI, A. HOCHDORN, P. MARSIANO, *op. cit.*, 32 s. Nei reparti precauzionali le persone transessuali convivono con categorie di detenuti che hanno il divieto di incontro con la restante popolazione carceraria per condizioni personali ovvero per ragioni detentive o processuali (si veda in tal senso la Circolare D.A.P. n. 500422 del 2001 relativa alle sezioni protette e ai criteri di assegnazione dei detenuti).

¹¹⁰ Cfr. nota D.A.P. prot. n. 550868/14874 del 17 aprile 1999.

¹¹¹ In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza tramite l'ordinanza n. 2407 del 2018 del Magistrato di sorveglianza di Spoleto. In tale decisione il Magistrato di sorveglianza ha accolto il reclamo proposto censurando la collocazione di un detenuto in una sezione protetta promiscua. Il reclamante lamentava di subire come una vessazione la propria allocazione, in ragione dell'orientamento sessuale, all'interno di una sezione protetta promiscua dell'istituto penitenziario, nella quale erano presenti anche detenuti separati dal resto della popolazione ristretta per la particolare tipologia di reati commessi (come ad esempio i *sex offenders*). Secondo il Magistrato di sorveglianza «tale inserimento, che non avviene per categorie omogenee, come richiesto espressamente dall'articolo 14 comma 7 ordinamento penitenziario, finisce per rivelarsi discriminatorio per l'interessato, che può fruire di un numero di attività trattamentali inferiore rispetto a quelle previste in una sezione comune, comunque vissute con disagio per i timori di discriminazione che continua ad avere essendo ubicato permanentemente con detenuti separati per ragioni diverse dalla sua, senza però vedere aumentato in modo significativo il proprio livello di protezione». Le molteplici problematiche sottese alla collocazione dei detenuti in sezioni protette promiscue sono state evidenziate anche in dottrina. Come rilevato da S. CIUFFOLETTI, *Carcere e Antidiscriminazione. Prime prove di tutela dei diritti a fronte della (dimidiata) riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *GenUS*, 2/2019, 19 nel concetto stesso di “sezione protetta promiscua” è insita infatti una confusione di piani «che si presenta qui in tutta la sua portata critica: persone condannate per reati violenti o molestie sono collocati insieme a persone [...] da considerarsi, *ex se*, a rischio di violenze e molestie “per motivi oggettivamente esistenti, ancorché talora connessi a caratteristiche

In assenza di determinazioni univoche da parte dell'Amministrazione penitenziaria, le carceri italiane si stanno lentamente orientando verso la predisposizione di interi settori dedicati esclusivamente alle persone transessuali e *transgender*¹¹². Il principio generale cui è ispirata l'assegnazione ai singoli reparti rimane, tuttavia, quello del binarismo normativo maschile/femminile per cui l'allocatione è disposta in base al sesso biologico e non al genere percepito dall'individuo detenuto¹¹³. Per tale ragione le sezioni protette dedicate alle persone transessuali *Male to Female* sono ricavate quasi sempre all'interno del reparto maschile. Un'eccezione a questo paradigma è invece costituita proprio dall'esperienza del carcere di Sollicciano in cui la sezione delle transessuali¹¹⁴ è ospitata all'interno del reparto femminile per favorire l'inclusione e lo svolgimento di attività con le donne detenute.

Il caso di specie ha ad oggetto dunque una situazione doppiamente eccezionale in quanto, da un lato, alla detenuta è stato assegnato anagraficamente il sesso femminile pur in presenza di caratteri sessuali maschili primari e, dall'altro, la stessa è reclusa in una sezione *transgender* ricavata all'interno di un reparto femminile. La donna, vivendo tale allocatione come pregiudizievole dei suoi diritti soggettivi, ha recentemente chiesto al Magistrato di sorveglianza, tramite un reclamo *ex art. 35 bis o.p.*¹¹⁵, di essere collocata nella sezione femminile del medesimo istituto.

È appena il caso di sottolineare come la questione tocchi molteplici aspetti problematici, primo fra tutti il riconoscimento del diritto all'identità di genere ed il suo possibile conflitto con le esigenze di ordine e sicurezza interne al carcere. La soluzione individuata dal Magistrato di sorveglianza è stata quella di negare alla detenuta l'allocatione nel reparto femminile ponendo a fondamento della decisione l'art. 14 o.p. Secondo il giudice infatti, pur avendo ottenuto la

soggettive dei ristretti (ad esempio perché transessuali)». L'inclusione dei detenuti transessuali in tali sezioni «sembra quasi far dipendere le modalità di espiazione della pena da una caratteristica personale, con il rischio di essenzializzare, quasi di "schiacciare" la persona transessuale sulla propria condizione» (A. LORENZETTI, *Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgender*, in *GenIUS*, 1/2017, 58).

¹¹² Ci si riferisce, ad esempio, alla creazione di apposite sezioni *transex* ricavate nei reparti maschili degli istituti di pena di Rimini, Belluno, Roma e Napoli.

¹¹³ L'art. 14, sesto comma, o.p. dispone infatti che «le donne sono ospitate in istituti separati da quelli maschili o in apposite sezioni in numero tale da non compromettere le attività trattamentali». Il sistema penitenziario sembra così replicare ed estremizzare «una concezione del sesso e del genere in cui non solo si ammette il riconoscimento di due soli generi, maschile e femminile, ma in cui questi tendono a coincidere con il sesso attribuito alla nascita: maschio è l'uomo, e femmina è la donna. In tale cornice normativa, il genere risulta determinato dal sesso, e le due categorie, oltre a rimanere immutabili, tendono a confluire l'una con l'altra» (G. ZAGO, *Declinazioni del principio di dignità umana per i detenuti queer: sessualità e identità di genere nel sistema penitenziario italiano*, in *Giurisprudenzapenale.com*, 8).

¹¹⁴ Ci si riferisce anche in questo caso alle transessuali *Male to Female*.

¹¹⁵ La decisione è stata emessa dal Magistrato di sorveglianza in data 11 settembre 2019 tramite un'ordinanza.

rettificazione anagrafica, la stessa continuava ad appartenere, in ragione delle sue condizioni fisiche, alla categoria delle transessuali. L'omogeneità rispetto a tale categoria di riferimento giustificava dunque, a giudizio del Magistrato, la collocazione nel reparto *transex*. Nel percorso argomentativo il Magistrato di sorveglianza avendo evidenziato l'appartenenza della reclamante ad entrambe le categorie – quella femminile e quella transessuale –, concludeva che, a venire in rilievo, potesse essere di volta in volta l'una o l'altra¹¹⁶. Nel caso di specie il giudice assegnava assoluta prevalenza alla circostanza che la reclamante non avesse ancora completato la transizione dal punto di vista biologico, rifiutando sostanzialmente di accogliere i concetti di sesso e genere così come enucleati da tempo dal legislatore e in giurisprudenza. Nell'ordinanza si affermava che i diritti della detenuta non potessero essere compressi in virtù di esigenze gestionali interne all'istituto ma, allo stesso tempo, apoditticamente si negava alla donna il diritto alla collocazione nel reparto femminile sostenendo che l'allocazione in quello *transgender* potesse essere considerata non dignitosa solo da coloro i quali abbiano pregiudizi discriminatori nei confronti di tali categorie di persone.

Tale ragionamento appare *prima facie* incongruente in quanto le due condizioni – della ricorrente e delle altre transessuali – sono difficilmente comparabili in ragione dell'avvenuto completamento del percorso di transizione e dell'intervenuta rettificazione anagrafica della detenuta reclamante. La stessa, contrariamente a quanto dedotto dal Magistrato di sorveglianza, è senza alcun dubbio titolare di un diritto soggettivo all'espressione della propria identità di genere che significa nient'altro che essere riconosciuta come donna anche dall'istituzione carceraria. Si comprende così che la sistemazione in una sezione detentiva dedicata alle persone transessuali non risulta *di per sé* non dignitosa, è chiaro che essa lo è nel caso di specie – prescindendo da qualsiasi intento discriminatorio nei confronti delle altre detenute *transgender* – in quanto non corrispondente alla *personale* idea di dignità umana della ricorrente¹¹⁷. Risulta inoltre contradd-

¹¹⁶ In sintesi, riprendendo un'espressione utilizzata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sopra citata decisione *Christine Goodwin c. Regno Unito*, si può dire che il Magistrato di sorveglianza con tale pronuncia abbia voluto avallare «la situazione insoddisfacente dei transessuali operati, che vivono tra due mondi perché non appartengono effettivamente né all'uno né all'altro».

¹¹⁷ Nell'ordinanza il Magistrato di sorveglianza sembra così aderire ad un'idea di dignità umana intesa in un'accezione oggettiva ossia come principio che si impone a prescindere dalla volontà e dalle convinzioni del singolo individuo. Come è noto, a tale accezione si contrappone la tesi secondo cui la dignità debba essere invece intesa in senso soggettivo dando risalto alla *personale* concezione che il soggetto, capace di autodeterminarsi, ha di sé. Il tema delle due diverse accezioni della dignità umana divide da anni gli studiosi. Nell'economia del presente lavoro, non potendo necessariamente dare conto della sterminata dottrina in materia, sembra tuttavia opportuno soffermarsi brevemente su due recenti sentenze che sono espressione, rispettivamente, delle due differenti concezioni della dignità. Si fa riferimento alle sentt. della Corte costituzionale nn. 141 e 242 del 2019. Come emerge plasticamente dalla lettura di tali ben note pronunce, la Corte costituzionale sembra oscillare, in ragione del diverso oggetto delle decisioni che è chiamata a rendere, tra le due opposte visioni del concetto di dignità. Nella prima decisione, la Corte, affrontando il delicato fenomeno della prostituzione, fa propria una nozione di dignità intesa in senso oggettivo ossia come un «qualcosa di

dittorio il passaggio in cui il Magistrato, richiamando l'art. 1 o.p. e la necessità

esterno alla volontà del soggetto da proteggere, e derivante da parametri di tipo sociale o morale di riferimento [ricavabili] dalla opinione collettiva, o se vogliamo, dalle norme di cultura di una certa società» (così A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Penalecontemporaneo.it*, 3/2018, 181, a commento dell'ordinanza di rimessione della Corte d'Appello di Bari; nello stesso senso e a commento della medesima sentenza v. anche G. BAFFA, *La condotta di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione nell'ambito del libero esercizio di prestazioni sessuali. A proposito della sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale (caso Tarantini)*, in *Giurisprudenzapenale.com*, 10/2019, 14 s). Secondo la Corte, infatti, le norme censurate sarebbero espressione della precisa volontà del legislatore, quale interprete del concetto di dignità umana oggettiva, di inibire la possibilità di esercizio in forma imprenditoriale della prostituzione, trattandosi di un'attività che, anche se volontaria, degrada e svilisce l'individuo, in quanto «riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente» (*cons. dir.* § 6.1). Valutazioni, queste, che rischiano forse di veicolare impostazioni di natura paternalistica (v. in tal senso la nota a sentenza di A. MASSARO, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione tra libertà di iniziativa economica, dignità in senso oggettivo e offensività in concreto*, in *Giur. cost.*, 3/2019, 1623).

Sulla sent. 141 del 2019 si vedano anche, tra gli altri: M. AZZALINI, *Libertà "versus" dignità? La Consulta e le "escorts" tra ambiguità valoriali, precomprensioni, tensioni di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2020, 116 ss.; R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione*, in *Forumcostituzionale.it*, 10/2019; P.F. BRESCIANI, *La protezione dei deboli e vulnerabili come giustificazione costituzionale del reato*, in *Quad. cost.*, 1/2020, 111 ss.; A. DI MARTINO, *È sfruttamento economico e non autodeterminazione sessuale: la Consulta salva la legge Merlin*, in *Diritticomparati.it*, 2019; B. LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2019, 1670 ss.; A. PACE, *Le "escorts" di S.B., ma Aspasia e Pericle*, in *Giur. cost.*, 3/2019, 1614 ss.; P. SCARLATTI, *La sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020.

Nella seconda delle menzionate pronunce la Corte costituzionale sembra invece accedere ad un'interpretazione della dignità intesa in senso soggettivo. Nella sent. n. 242 del 2019 in materia di suicidio assistito la Corte infatti, pur non richiamando in maniera esplicita, come invece avveniva nella sua precedente ord. n. 207 del 2018, il concetto di «propria visione della dignità nel morire» (Corte cost., ord. n. 207 del 2018, *cons. dir.* § 9), giunge sostanzialmente a motivare l'area di non punibilità del suicidio medicalmente assistito facendo riferimento al diritto del malato di sottrarsi alla vita nel modo più corrispondente alle proprie scelte individuali (cfr. C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Cortisupremeesalute.it*, 7 ss). Nel Caso Cappato la tutela della dignità soggettiva si risolve dunque in «una specifica attenzione e una conseguente valorizzazione della portata dell'autodeterminazione» (G. CAMPANELLI, *La Corte costituzionale riconosce la tutela della dignità nella scelta di morire e sospende la discrezionalità del legislatore*, in *Quad. cost.*, 1/2020, 139)

Sulla sent. n. 242 del 2019 v. anche, *ex multis*: F. BERTOLINI, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *Rivistaaic.it*, 4/2019; S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2019, 2159 ss.; P. CARETTI, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2020; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sistema Penale.it*, 12/2019, 33 ss; E. FRONTONI, *La logica della "doppia pronuncia" nel caso "Cappato"*, in *Giustamm.it*, 1/2020; A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato/Dj Fabo*, in *Fam. e dir.*, 3/2020, 244 ss.

Ritornando ora all'ordinanza dell'11 settembre 2019 si può senz'altro muovere una critica rispetto alla visione oggettiva del concetto di dignità umana fatta propria dal Magistrato di sorveglianza. Se è vero infatti che, come autorevolmente sostenuto da F. RIMOLI, *Diritto di morire o dovere di vivere? La democrazia liberale e i limiti del pensiero giuridico*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 491 ss.,

di individualizzazione del trattamento, conclude che la sistemazione della reclamante debba seguire la sua condizione fisica attuale di donna con organi genitali maschili. In realtà, proprio perché il trattamento rieducativo possa essere veramente calibrato sulla volontà del soggetto e sulle sue caratteristiche personali non si può prescindere dall'ascoltare le inclinazioni dell'individuo detenuto e dal permettergli di esprimere la sua identità. Al contrario, predisponendo un trattamento che disconosce il modo complessivo con cui la persona percepisce il proprio essere al di là della conformazione biologica, ad essere violato sarebbe proprio il comma primo dell'art. 1 o.p., che impone di incentrare il trattamento penitenziario nel rispetto della dignità umana e senza operare discriminazioni fondate sul genere della persona. Se è vero dunque che la dignità «non è suscettibile di riduzioni per effetto di bilanciamento»¹¹⁸ nell'ambito detentivo essa deve costituire il parametro su cui modellare il trattamento rieducativo. Alla luce di tali considerazioni, ai fini del trattamento è insomma inconferente, a parere di chi scrive, l'elemento della presenza dei caratteri sessuali primari maschili, elemento che lo stesso Tribunale civile, in sede di autorizzazione alla rettificazione anagrafica, aveva giudicato irrilevante rispetto all'accertamento dell'identità di genere della detenuta¹¹⁹.

Non può che condividersi il percorso argomentativo seguito, invece, dal Tribunale di sorveglianza che, nell'accogliere integralmente il reclamo proposto, ha

«il concetto di dignità è in sé, per definizione, non oggettivo, ma soggettivo: può essere come detto influenzato [...] da consuetudini culturali [...] radicate nel corpo sociale, ma in ciò trova null'altro che un rafforzamento, che per sé non costituisce affatto una reale oggettivazione», nel caso di specie sarebbe stato più opportuno, a parere di chi scrive, interpretare la nozione di dignità umana in senso soggettivo così garantendo alla detenuta il diritto di scegliere di essere collocata in una sezione considerata dignitosa perché corrispondente alla propria idea di dignità umana.

¹¹⁸ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Diritto Pubblico*, 1/2014, 3 s. il quale nega con decisione «che il valore della persona, nel suo complesso, possa essere sminuito per effetto della restrizione in carcere» ed afferma con chiarezza «un principio, che potremmo definire intrinseco allo stesso concetto di dignità umana: essa non si acquista per meriti e non si perde per demeriti. Dignità e persona coincidono: eliminare o comprimere la dignità di un soggetto significa togliere o attenuare la sua qualità di persona umana. Ciò non è consentito a nessuno e per nessun motivo». Ogni individuo in quanto tale ha dunque diritto al rispetto della propria dignità *innata* che, come autorevolmente sostenuto da M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli 2014, 9 spetta all'uomo «indipendentemente dal valore o dal disvalore dei suoi atti». Quest'ultimo Autore, rifacendosi ad una lunga tradizione che va da M. T. CICERONE, *De inventione*, tr. it. a cura di M. GRECO, 1998, fino a E. RIPEPE, *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli 2008, contrappone il concetto di dignità *innata*, intesa come dote che tutti gli esseri umani possiedono, a quello di dignità *acquisita*, che può essere invece non conquistata o perduta in conseguenza delle azioni della persona. Per una ricostruzione completa della tematica e anche per ulteriori riferimenti bibliografici v., per tutti, M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli 2012, 129 ss.

¹¹⁹ Del resto, anche la Corte costituzionale ha accolto, in accordo con il legislatore, una «concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti» (Corte cost., sent. n. 161 del 1985, *cons. dir.* § 4). Al contrario, nell'ordinanza del Magistrato di sorveglianza il sesso biologico sembra essere inteso come unico fattore dominante e degno di tutela.

impostato la motivazione sul rapporto tra il diritto all'espressione dell'identità di genere e le esigenze di protezione di determinate categorie di soggetti, censurando la mancata rettificazione, da parte dell'Amministrazione penitenziaria, delle generalità della detenuta negli atti ufficiali oltre alla collocazione della detenuta nel reparto *transex*¹²⁰.

Nell'affrontare la prima delle due questioni il Tribunale di sorveglianza definisce, innanzitutto, «ostinato» il comportamento dell'Amministrazione penitenziaria che ha continuato ad attribuire alla detenuta, anche in seguito alla rettificazione di sesso giudizialmente accertata, le generalità maschili¹²¹, così ponendosi in netto contrasto con l'imperativo del rispetto della dignità umana dei reclusi ai sensi dell'art. 1, primo comma dell'Ordinamento penitenziario¹²². Tale comportamento costituisce infatti una grave violazione del diritto all'identità di genere¹²³ il cui fondamento deve essere senz'altro individuato nel principio del rispetto della dignità della persona.

Il secondo quesito, connesso al primo, riguarda l'allocazione della detenuta e coinvolge direttamente non solo l'art. 1 ma anche l'art. 14 o.p. La donna è stata infatti collocata in una camera singola nel reparto "transito" all'interno della sezione dedicata alle transessuali *Male to Female*, proprio in forza dell'art. 14 dell'Ordinamento penitenziario, al fine di garantirle adeguata protezione da possibili aggressioni e sopraffazioni in suo danno da parte della restante popolazione detenuta. Tale collocazione per categorie omogenee deve essere però disposta solo con il consenso dell'interessato¹²⁴. La *ratio* della norma, che peral-

¹²⁰ Il Tribunale di sorveglianza di Firenze con tale decisione ha ordinato all'Amministrazione penitenziaria «1) di rettificare tutti gli atti e provvedimenti di competenza del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria le generalità della detenuta in piena conformità con la statuizione del giudice civile di cui alla sentenza del Tribunale ordinario di Firenze in data 27 settembre 2017, assegnandole la rettificazione di sesso e le nuove generalità; 2) di impartire a tutto il personale l'ordine di rivolgersi alla detenuta [...] al femminile e con le modalità dovute ad una donna [...]; 3) di assegnare [...] al reparto detentivo femminile, corrispondente alla sua identità di genere, vietandole la permanenza, senza il suo consenso nella sezione 'transessuali' del carcere di Firenze-Sollicciano o di qualunque altro istituto dotato di apposita sezione avente le stesse caratteristiche; 4) di adottare ogni e più idoneo provvedimento ad assicurare un trattamento confacente all'evoluzione della sua personalità, nel pieno rispetto della sua dignità e senza discriminazioni in ragione della identità di genere od orientamento sessuale; 5) di adottare ogni e più opportuna cautela per la tutela della sua incolumità psicofisica nel pieno rispetto delle disposizioni di cui agli artt. 14 o.p. e 32 Reg. [...]» (cfr. l'ord. n. 632 del 2020, 8 s.).

¹²¹ Come evidenzia giustamente il Tribunale di sorveglianza la detenuta è a tutti gli effetti, ordinalmente e giuridici in senso lato, di sesso femminile, a nulla rilevando, in ogni caso, la circostanza che la stessa non si sia sottoposta all'intervento di modificazione chirurgica del sesso (cfr. l'ord. n. 632 del 2020, 7).

¹²² Il Tribunale di sorveglianza ribadisce infatti con fermezza come l'intervento costituisca uno strumento meramente eventuale di ausilio al conseguimento di un pieno benessere psico-fisico.

¹²³ Diritto, peraltro, espressamente definito fondamentale dalla Corte costituzionale fin dalla sent. n. 221 del 2015.

¹²⁴ Come sottolineato dal Tribunale di sorveglianza la disposizione è «volta esclusivamente alla protezione del soggetto che si senta in pericolo se posto insieme a compagni di detenzione che non

tro riprende e amplia quanto già previsto nel 2000 dall'art. 32 del Regolamento di esecuzione, è dunque proprio quella di evitare che il detenuto percepisca la sistemazione nel reparto protetto come discriminatoria nei suoi confronti. In altre parole, dalla lettura congiunta degli artt. 1 e 14 o.p. si deduce il divieto di assegnazioni detentive che possano ingenerare una disparità di trattamento fondata sull'identità di genere¹²⁵.

Il Tribunale di sorveglianza, ponendosi lungo il labile confine tra le esigenze di protezione di detenuti vulnerabili e le possibili discriminazioni in ordine all'identità di genere, afferma con decisione che tali esigenze non autorizzano in questo caso la collocazione della detenuta nella sezione *transgender* in assenza del suo consenso¹²⁶. La reclamante infatti, «non solo non richiede protezione dalle proprie compagne del sesso di riferimento, non solo non presta il consenso alla permanenza nel reparto ma in più non vi rientra nemmeno per omogeneità avendo avuto il definitivo riconoscimento giudiziale della propria identità femminile»¹²⁷. Il Tribunale di sorveglianza sembra in questo modo opporsi fermamente alla tesi, esposta invece dal Magistrato di sorveglianza, secondo cui vi sarebbe un'omogeneità tra la categoria delle transessuali e la reclamante, in forza della circostanza che la stessa non ha ancora completato la transizione dal punto di vista biologico. Circostanza, quest'ultima, che il Tribunale in modo assoluta-

condividono la sua condizione in relazione alla propria identità di genere, perciò invisibile a causa di una deprecabile subcultura carceraria» (ord. n. 632 del 2020, 7).

¹²⁵ Come si è detto sono altresì vietate le discriminazioni fondate sul sesso e sull'orientamento sessuale del ristretto. Centrale in tal senso è il richiamo operato dal Tribunale di sorveglianza al caso *X c. Turchia* in cui Corte EDU aveva condannato lo Stato per aver collocato in isolamento un detenuto omosessuale privandolo, senza il suo consenso, di ogni contatto con l'esterno e della possibilità di accesso all'aria aperta. La condizione di isolamento del reclamante era stata tale, secondo la Corte, da causare sofferenze fisiche e mentali oltre «ad un sentimento di profondo pregiudizio alla sua dignità umana» (C. eur. dir. uomo, 9 ottobre 2012, n. 24626/09, *X c. Turchia*, § 51). Nel caso di specie la necessità di utilizzare delle misure di sicurezza per proteggere l'integrità fisica del ricorrente non costituiva la ragione preponderante dell'esclusione totale dello stesso dalla vita carceraria. La principale ragione per cui l'Amministrazione penitenziaria turca ha adottato tale misura risiedeva invece nell'orientamento sessuale del detenuto che è stato dunque vittima di una discriminazione fondata sul suo orientamento sessuale. La Corte EDU ha ritenuto dunque integrata nella fattispecie in esame una violazione dell'art. 14 della Convenzione in combinato disposto con l'art. 3.

¹²⁶ La soluzione fatta propria dal Tribunale di sorveglianza in merito ad un caso che può sembrare isolato nel contesto detentivo italiano trova riscontro in realtà nel panorama penitenziario internazionale. In Inghilterra, ad esempio l'Alta Corte di Giustizia è stata chiamata a dirimere un caso molto simile rispetto a quello dell'ordinanza in commento. La Corte inglese ha nella specie ritenuto contraria all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo la decisione di negare il trasferimento in un carcere femminile ad una detenuta transessuale che aveva ottenuto la rettificazione anagrafica attestante il suo essere donna "a tutti gli effetti" nonostante la presenza dei caratteri sessuali maschili primari. Riaffermando che la protezione che la Convenzione conferisce all'autonomia personale e alla dignità umana dei transessuali è ormai inattuabile, la Corte ha osservato come nel caso di specie l'interferenza con l'autonomia della reclamante fosse significativa in quanto attinente al cuore della sua identità (cfr. *AB, R (on the application of) v Secretary of State for Justice & Anor* [2009] EWHC 2220 (*Admin*), 4 September 2009).

¹²⁷ Ord. n. 632 del 2020, 7.

mente condivisibile definisce «del tutto inconferente»¹²⁸. Per le stesse ragioni nell'ordinanza, contrariamente a quanto sostenuto dal Magistrato di sorveglianza, si nega «che esista un diritto soggettivo in capo alle donne detenute del carcere di Sollicciano di non essere costrette a convivere con persone che non hanno ancora operato la riassegnazione di sesso biologico, trattandosi in ogni caso di persona avente la loro stessa identità di genere, giudizialmente riconosciuta»¹²⁹.

Risulta dunque implicito nell'ordinanza il rilievo per cui l'allocazione nel reparto *transgender*, impedendo alla detenuta di esprimere la propria identità di genere, sia riconducibile ad un paradigma discriminatorio perpetrato dall'Amministrazione penitenziaria in antitesi rispetto alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza convenzionale e costituzionale. In un contesto in cui si impone ad ogni Stato «di assicurarsi che i detenuti scontino la pena in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana e che le modalità di esecuzione di essa non li sottopongano ad una prova di intensità superiore rispetto al livello inevitabile di sofferenza connesso alla detenzione»¹³⁰ il secco divieto di sistemazione della reclamante nella sezione femminile appare totalmente ingiustificato. In questo modo, infatti, l'Amministrazione sembra aderire all'idea, censurata dalla Corte costituzionale, che «la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria»¹³¹. Concezione, questa, del tutto «estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti»¹³². Si può quindi affermare che la dignità della reclamante sia protetta non solo dalla normativa penitenziaria ma anche e prima di tutto dalla Costituzione, attraverso il riconoscimento del diritto alla libera espressione dell'identità di genere il quale rientra a pieno titolo nel «bagaglio di diritti inviolabili che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale»¹³³. Per questo motivo si «impone la fuoriuscita da una categoria (di pura creazione amministrativa e nata solo per esigenze gestionali tutte interne all'amministrazione) e da una sezione, quella *transsex*, in cui non si riconosce e l'assegnazione alla quale respinge con dignitosa fermezza»¹³⁴.

Non si può a questo punto prescindere dall'aggiungere che la mancata col-

¹²⁸ Ord. n. 632 del 2020, 8.

¹²⁹ Ord. n. 632 del 2020, 8.

¹³⁰ C. eur. dir. uomo [GC], n. 30210/96, *Kudła c. Polonia*, § 92-94.

¹³¹ Corte cost., sent. n. 26 del 1999.

¹³² Corte cost., sent. n. 26 del 1999.

¹³³ Cfr. Corte cost. sent. n. 26 del 1999, *cons. dir.* § 3.1. Su tale decisione si vedano: S. ANASTASIA, *Un'età dei diritti? La nuova giurisprudenza sui limiti al potere punitivo e le sue possibili declinazioni*, in *Archivio penale*, 2/2014, 487 ss.; C. F. GROSSO, *Le pene pecuniarie di fronte all'articolo 27, comma 3 della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 999 ss.; S. RANIERI, *Pene pecuniarie e rieducazione del condannato*, in *La Scuola positiva*, 1966, 265 ss.; A. SIGISMONDI, *Pene pecuniarie e funzione rieducativa*, in *Giur. cost.*, 1966, 146 ss.

¹³⁴ Cfr. l'ord. n. 632 del 2020, 7.

locazione della detenuta nel reparto femminile si pone inevitabilmente in contrasto, ad avviso di chi scrive, con l'art. 27 della Costituzione e, in particolare, con le affermazioni della finalità rieducativa e del principio di umanizzazione delle pene che si innestano nel contesto di una trama costituzionale incentrata sul primato della persona e dei suoi diritti¹³⁵. La disciplina dell'esecuzione penale costituisce infatti «un impianto che si fonda testualmente sui valori della umanità e della dignità della persona, sui principi di assoluta imparzialità e di pari condizioni di vita, in linea non solo con le prescrizioni dell'art. 27 Cost., ma anche – e ancor prima – con i principi-valori del riconoscimento-garanzia dei diritti inviolabili (art. 2 Cost.), della pari dignità sociale e dell'eguaglianza formale e sostanziale (art. 3 Cost.)»¹³⁶. L'insufficiente garanzia «di quella parte di personalità umana che la pena non intacca»¹³⁷ confligge dunque, innanzitutto, con il principio di umanizzazione della pena¹³⁸. D'altra parte, se è vero che il mancato riconoscimento del diritto all'identità di genere della reclusa si traduce in concreto in una violazione della sua dignità umana allora la pena detentiva difficilmente riuscirà nell'obiettivo di rieducare¹³⁹ e reinserire la persona nella società¹⁴⁰. La rieducazione come fine ultimo della sanzione penale implica infatti l'effettiva garanzia di tutti quei diritti del detenuto che condizionano il suo essere e svolgersi come persona¹⁴¹.

¹³⁵ Così M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica. Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivistaic.it*, 3/2016, 5.

¹³⁶ *Ivi*, 7.

¹³⁷ Corte cost., sent. n. 114 del 1979, *cons. dir.* § 4.

¹³⁸ I cui presupposti costituzionali sono individuati da S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli 2018, 181 nell'intangibilità dei diritti, nell'uguaglianza e nell'invulnerabilità della libertà personale.

¹³⁹ Come precisato infatti dalla Corte costituzionale nella sent. n. 26 del 1999 «l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità – nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina – non possono mai consistere in “trattamenti penitenziari” che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà» (*cons. dir.* § 3.1). Il riconoscimento dell'identità di genere della persona transessuale/*transgender* detenuta «diventa pertanto il presupposto che permette l'instaurarsi di una possibile relazione con il contesto carcerario finalizzata al recupero e alla riabilitazione» (L. CHIANURA, D. MASSARA, D. A. NADALIN, *Diritto al riconoscimento del sé*, in P. VALERIO, C. BERTOLAZZI, P. MARCASCIANO (a cura di), *Trasformare l'organizzazione dei luoghi di detenzione*, cit., 39 s).

¹⁴⁰ Quanto sostenuto non pone comunque in discussione il principio per cui, pur essendo innegabile la sussistenza di una correlazione tra il trattamento rieducativo e la libera espressione del fondamentale diritto all'identità di genere, non si possa tuttavia considerare quest'ultimo diritto meramente strumentale alla realizzazione dell'obiettivo della rieducazione e del reinserimento sociale. Al contrario, si aderirebbe alla pericolosa concezione secondo cui, «ciò che è diritto – se posto a contatto con l'attività trattamentale e con la discrezionalità dell'amministrazione – si tramuta in strumento, anche se magari utile per migliorare il benessere dei reclusi [...]» (A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTI, A. PRESOTTO, M. SERRAINO (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino 2013, 31 s).

¹⁴¹ Si veda in tal senso anche G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe (1950)*, in *Id.*, *Opere*, Vol. V, Milano 1959, 190 s. secondo cui l'essere umano è riconosciuto come tale «solo se e in quanto è messo in condizioni e in grado di poter essere uomo, se è garantito dai bisogni [...] che gli impediscono di essere e di svolgersi come uomo». In questo contributo l'Autore, tentando di ricostruire

6. *Una duplice vulnerabilità: brevi considerazioni conclusive.* – Nell’analisi della pronuncia n. 632 del 2020 si è tentato di porre in evidenza come il Tribunale di sorveglianza si sia mosso nell’ottica di una valorizzazione della garanzia di quel nucleo intangibile di posizioni giuridiche soggettive¹⁴² ormai emerse nella società civile ma parzialmente sommerse sul piano dell’efficacia applicativa¹⁴³. Nella sua chiarezza logico-giuridica l’ordinanza sembra cioè iscriversi nell’ambito di quel processo di inevitabile osmosi tra carcere e realtà esterna¹⁴⁴ che assegna un ruolo di fondamentale importanza alla magistratura di sorveglianza nell’attuazione, in particolare, di tutti quei diritti, come quello all’identità di genere, che non sono sommersi in senso stretto, ossia normativamente non previsti, ma che risultano in concreto negati nel contesto detentivo a causa di un’illegittima compressione della loro estensione applicativa, spesso ad opera delle autorità amministrative¹⁴⁵. È proprio nello spirito di un ampliamento della garanzia di un diritto ormai considerato fondamentale che deve apprezzarsi l’apporto del Tribunale di sorveglianza nel senso di una lettura della normativa in tema di esecuzione della pena alla luce della Costituzione¹⁴⁶. Tramite l’ordinanza in commento la magistratura è stata chiamata a dirimere un caso che, come si è avuto modo di vedere, sembra essere unico nel panorama nazionale degli istituti di pena. I principi ribaditi dal Tribunale di sorveglianza di Firenze possono tuttavia varcare le mura del carcere di Sollicciano per estendersi, ad esempio, alle più comuni situazioni di detenute transessuali che non hanno ottenuto la rettificazione anagrafica del sesso o che vivono in sezioni precauzionali – insieme ad altri detenuti a loro volta separati dal resto della comunità reclusa

le intuizioni di giuristi e filosofi del secondo dopoguerra, definì l’uomo come «valore originario e finale con i suoi diritti fondamentali» e sottolineò che l’umanità, in seguito alla spietata negazione dell’uomo avvenuta durante la Seconda guerra mondiale, «ha intuito l’uomo ed i suoi diritti con assoluta concretezza».

¹⁴² In tema di diritto all’identità di genere non ci si può più riferire a quello che la Corte costituzionale, nella sent. n. 349 del 1993 chiamava il «residuo» di libertà che il detenuto «conserva», che è «tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale» (cfr. anche, più di recente, Corte cost., sentt. nn. 20 e 122 del 2017 e n. 186 del 2018). Si tratta piuttosto dell’effettiva garanzia, anche in ambito penitenziario, di un diritto direttamente discendente dai principi costituzionali di dignità e libero sviluppo della personalità umana. Perplesità in merito all’utilizzo da parte della Corte costituzionale del termine “residuo” sono autorevolmente espresse in dottrina da G. ZAGREBELSKY, *Il tempo e lo spazio del “capro espiatorio”. Del paradosso della dignità in carcere*, in *Dir. e Soc.*, 2015, 7 e da S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, Introduzione, cit., 2 ss.

¹⁴³ Così riprendendo la categorizzazione tra diritti “emersi”, “a effettività emersa” e “sommersi” proposta da S. Talini nel suo recente lavoro (cfr. S. TALINI, *op. cit.*).

¹⁴⁴ Ivi, 186 ss.

¹⁴⁵ All’interno di tale categoria, come sostenuto in S. TALINI, *op. cit.*, 213 ss. rientrerebbe anche il diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per i detenuti in regime detentivo speciale.

¹⁴⁶ L’esigenza di una lettura costituzionalmente orientata dell’Ordinamento penitenziario è stata messa in luce da M. RUOTOLO, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 3/2013, 2091.

– ovvero in reparti protetti specificamente dedicati alla popolazione *transgender* ma collocati all'interno di sezioni maschili¹⁴⁷.

In un luogo «il cui il dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile»¹⁴⁸ l'esperienza detentiva delle persone che sperimentano una disomogeneità tra l'anatomia esteriore e il convincimento interiore è ancor più difficile e talvolta molto dolorosa. Se è vero che alla base del vissuto di tali soggetti è presente una condizione identitaria che permea ad ogni livello la collocazione e la percezione di sé nel mondo¹⁴⁹, inclusa quindi la condizione carceraria, allora si impone l'esigenza di favorire l'inclusione sociale per attenuare la discrepanza tra ciò che la persona sente di essere e ciò che il mondo esterno richiede che sia¹⁵⁰. A tal fine è necessario, innanzitutto, utilizzare una corretta terminologia: tutte le declinazioni devono dirigersi verso il genere sentito come proprio¹⁵¹. Occorre inoltre riflettere sugli *spazi* dedicati alle persone *transgender*. Per assicurare il rispetto della dignità umana dei ristretti l'Amministrazione penitenziaria, nel decidere la sistemazione delle transessuali nelle diverse sezioni, dovrebbe tentare di assegnare maggior importanza al genere sentito come proprio rispetto al dato meramente biologico¹⁵², aderendo al dettato legislativo italiano e rispondendo altresì alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza nazionale e convenzionale.

Si ha la convinzione che la finalità di evitare l'emarginazione della minoranza *transgender* sia raggiungibile solo qualora si inizi a ragionare anche sul *tempo* della pena prevedendo la condivisione di attività con persone aventi la medesima identità di genere e predisponendo un trattamento individualizzato volto anche ad un graduale reinserimento nella realtà lavorativa¹⁵³. In altre parole, perché

¹⁴⁷ Come rilevato da L. CHIANURA, D. MASSARA, D. A. NADALIN, *op. cit.*, 39 «la condizione di detenzione all'interno di una sezione maschile potrebbe costituire [...] un rischio di ulteriore malessere psico-fisico, andando ad amplificare la percezione di isolamento e la problematicità sia del vissuto di identità sia della condizione di persona detenuta».

¹⁴⁸ Corte cost., sent. n. 26 del 1999.

¹⁴⁹ L. CHIANURA, D. MASSARA, D. A. NADALIN, *op. cit.*, 40.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² È quanto auspicato anche dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale che, nella Relazione al Parlamento 2017, si è espresso raccomandando che venga prevista *normativamente* «l'allocazione delle persone detenute transessuali in Istituti o sezioni femminili, opportunamente selezionate e territorialmente diffuse, dando preminenza alla considerazione del genere piuttosto che alla situazione anatomica di persone non operate». Si tratta, peraltro, di raccomandazioni ribadite dal Garante anche nella successiva Relazione al Parlamento 2018.

¹⁵³ Troppo spesso ad una situazione di sostanziale isolamento si accompagna la mancata predisposizione di attività formative e sportive come succedeva, ad esempio, nella sezione della Casa circondariale di Gorizia dedicata alle persone omosessuali. In tale istituto di pena, infatti, i detenuti omosessuali non prendevano parte ad alcuna attività quotidiana in comune con gli altri detenuti e l'unica forma di possibile attività riservata loro era il gioco del «calcio balilla», peraltro impossibile in caso di (frequente) presenza nella sezione di un solo detenuto. Secondo il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale la soluzione adottata nel carcere di Go-

la sanzione penale degli individui transessuali e *transgender* non si trasformi in una stigmatizzazione sociale della diversità è necessario riempire di significato il tempo trascorso in carcere¹⁵⁴. Si tratta di un obiettivo complesso la cui realizzazione si gioca sul sottile crinale che intercorre tra protezione e isolamento. Non dovendosi prescindere dalla garanzia di un'adeguata protezione dell'incolumità personale, la reclusione, come ribadito anche dalla Corte EDU nel caso *X c. Turcbia*¹⁵⁵, non si può infatti tradurre in isolamento ed in ghettizzazioni ulteriori¹⁵⁶.

Per la verità, non può negarsi che in una realtà detentiva già provata dall'endemico fenomeno del sovraffollamento le difficoltà nel "trattare" tutti coloro che non rientrano nella separazione binaria dei generi si acuiscono sensibilmente¹⁵⁷. Di conseguenza, gli effetti dell'inadeguatezza strutturale degli istituti di pena vengono irragionevolmente a ricadere sulle persone *transgender* con conseguenze esiziali sul loro benessere psico-fisico¹⁵⁸. Perché ciò non avvenga è necessario che l'Amministrazione penitenziaria e la magistratura di sorveglianza adottino provvedimenti e decisioni che coniughino, come – a nostro avviso – ha ben fatto il Tribunale di sorveglianza di Firenze, la normativa penitenziaria ai principi enucleati nella giurisprudenza costituzionale e convenzionale. In questo nuovo orizzonte, ancora in parte da immaginare, il tema dell'identità di genere e della garanzia della dignità umana delle persone transessuali detenute inizia ad imporsi con maggiore incisività, grazie anche all'apporto dato dalla riforma penitenziaria nell'indicazione della strada da seguire in materia di detenzione e

ria risultava in netto contrasto con «un'idea di esecuzione penale che offra anche *chances* differenti a individui differenti, ma che non contraddica il principio di uguaglianza che connota il concetto stesso di pena privativa della libertà» (Casa circondariale di Gorizia, Rapporto sulla visita del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale in Triveneto del 28 giugno – 5 luglio 2016). Il D.A.P., ascoltando le raccomandazioni del Garante, ha dunque deciso di porre fine all'esperienza della sezione per protetti omosessuali, trasformandone la destinazione e ricollocando altrove le persone che vi erano ristrette.

¹⁵⁴ Il Garante nazionale ha ribadito questo principio anche nella Relazione al Parlamento del 2018 in cui ha ricordato che «la protezione, quando richiesta, va assicurata senza che quest'ultima porti alla diminuzione della possibilità di partecipare alla vita comune e ai percorsi trattamentali».

¹⁵⁵ Su cui v. *supra* § 5, nota 125.

¹⁵⁶ La prospettiva deve essere dunque quella del rispetto di un «diritto alla diversità che non si risolva in discriminazione» (G.M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità*, cit., 51). Come si legge anche nel Documento finale del 18 aprile 2016 redatto dal Comitato di esperti costituito ex D.M. 8 maggio 2015 ss. mm. ii. per lo svolgimento della consultazione pubblica sulla esecuzione della pena denominata "Stati Generali sulla esecuzione penale" (disponibile sul Sito *internet* istituzionale del Ministero della Giustizia) – in particolare nel paragrafo dedicato alle vulnerabilità inerenti all'orientamento sessuale e all'identità di genere – occorre promuovere «una maggiore integrazione tra detenuti trans e detenuti comuni, al fine di tutelare i primi senza creare loro una condizione di separazione e segregazione, con la conseguente compressione di alcuni loro diritti».

¹⁵⁷ In questo senso anche A. LORENZETTI, *Carcere e transessualità*, cit., 54.

¹⁵⁸ Come evidenziato infatti da C. BERTOLAZZI, A. HOCHDORN, P. MARCASCANO, *Detenzione per persone LGBT*, cit., 35 «tutte le modalità di detenzione oggi applicate risultano inevitabilmente discriminatorie se si considerano gli spazi di movimento, le ore d'aria concesse, l'accesso alla scolarizzazione, alla formazione, alle attività lavorative, alle attività sportive».

transessualità. Una volta fissate le coordinate verso cui indirizzare l'esecuzione della pena per le persone portatrici di in una condizione di duplice vulnerabilità, in quanto *transgender* private della libertà personale¹⁵⁹, si delinea chiaramente l'esigenza di una tutela *sostanziale e casistica* del diritto all'identità personale nel suo fondamentale approdo espressivo costituito dal diritto all'identità di genere.

In conclusione, non si può fare a meno di notare come, al netto delle riflessioni esposte, emerga la necessità di combattere, a monte, la marginalizzazione cui le persone transessuali sono soggette nel contesto sociale. Marginalizzazione, esclusione e clandestinità che troppo spesso costituiscono, drammaticamente, la causa della devianza criminale di molteplici categorie di individui "deboli"¹⁶⁰ o "vulnerabili".

¹⁵⁹ I reclusi sono infatti, secondo la Corte EDU, in una posizione vulnerabile che comporta un preciso obbligo di protezione da parte delle autorità (v., ad esempio, C. eur. dir. uomo [GC], 27 giugno 2000, n. 21986/93, *Salman c. Turchia*; C. eur. dir. uomo, 1° aprile 2014, n. 10662/06, *Enache c. Romania*, § 49; C. eur. dir. uomo, 3 marzo 2015, n. 23692/09, *M.C. c. Polonia*, § 88; C. eur. dir. uomo, 13 settembre 2016, n. 58271/10, *A.S. c. Turchia*, § 66). In questo senso si esprime anche GIU. SERGES, *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in M. RUOTOLO, S. TALINI, (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli 2017, 371 secondo cui in cui quando lo Stato assume un individuo sotto la sua custodia, come avviene nel caso della detenzione, deve farsi carico anche della protezione dei suoi diritti. Le persone detenute «non sono vulnerabili *ex se*, ma soltanto in quanto [...] sottoposte a un controllo costante e la loro quotidianità, nei bisogni e nell'esercizio delle attività, così come nel perseguimento delle aspirazioni, è rimessa all'azione dell'autorità pubblica» (S. CIUFFOLETTI, *Carcere e Antidiscriminazione*, cit., 17). Nel caso degli individui transessuali e *transgender* alla vulnerabilità connessa allo stato di soggezione rispetto all'istituzione carceraria si aggiungono vulnerabilità e fragilità legate a circostanze di natura culturale, politica e sociale.

¹⁶⁰ Per un'analisi del concetto di "debolezza" e del legame intercorrente tra l'identificazione dei soggetti deboli ed il tema dei diritti e dell'eguaglianza v., tra gli altri, L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti «deboli»*. *Spunti per una teoria della «debolezza»*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario di Perugia del 18 maggio 2005, Torino 2006, 36 ss.; P. CENDON, *Quali sono i soggetti deboli? Appunti per un incontro di studi*, in *Pol. del dir.*, 1996, 485 ss.; M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. del dir.*, 1999, 25 ss.



ABSTRACT

Maria Alessandra Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*

Il contributo analizza l'evoluzione dell'istruttoria nel procedimento e nel processo amministrativo e il ruolo centrale che essa assume per una più giusta e ponderata adozione della decisione finale. L'istruttoria è infatti la fase che meglio testimonia l'evoluzione del rapporto tra cittadino e amministrazione e tra parti e giudice.

Particolare attenzione viene riposta sul rapporto tra la sfera procedimentale e processuale e, conseguentemente, sul sindacato che il giudice amministrativo esercita sulla discrezionalità e, con le dovute differenze, sulla discrezionalità tecnica. Vengono infine svolte brevi riflessioni sul *remand* e sul soccorso istruttorio, procedimentale e processuale, in cui l'incessante interrelazione tra procedimento e processo e gli effetti della suddetta tendenza evolutiva sono particolarmente evidenti e densi di criticità.

Reflections about the Investigation Phase between Administrative Procedure and Administrative Trial

The essay analyses the evolution of the investigation phase in the administrative procedure and in the administrative trial and the central role it assumes for a more just and well-considered adoption of the final decision. The investigation procedures are in fact the phase that best shows the evolution of the relationship between citizen and administration and between parties and judge.

Particular attention is paid to the constant and continuous connection that is established between the two areas mentioned above and to the judicial control on the exercise of administrative discretion and, with some differences, on technical discretion. Finally, some reflections are dedicated to the institute of "*remand*" and to the special procedure for remedying deficiencies used both in the administrative procedure and in process where their strict relationship and the effects of the aforementioned evolutionary trend are particularly evident and full of critical issues.

Antonio Cantaro, *Pandemia e scienza giuridica. In divergente accordo*

La società neoliberale vive sotto l'egida della legge della competitività, rappresentata e vissuta come uno "stato di normalità". Una legge che "stigmatizza" come uomini senza qualità – esseri "irrazionali" – tutti coloro che si sottraggono all'imperativo di far agire il mondo nella, con e per la concorrenza. Cosa accade di questo stato di eccezione "fittizio" (e, tuttavia, reale) nel tempo del confinamento e del dopo confinamento? Quale è il compito della scienza giuridica in ordine alla regolazione e risoluzione dei conflitti che concernono la "situazione normale"? Urge un bilanciamento più esigente. Non sarà più sufficiente l'appello alle plurali etiche della normalità costituzionale. I conflitti diventeranno più laceranti di quelli del passato, difficilmente contenibili tramite quel bilanciamento dilatorio che lascia sistemicamente aperte le porte a decisioni plurime, differenziate, flessibili, modellate sul caso concreto.

Pandemic and Legal Science. In Divergent Agreement

The neoliberal society lives under the guidance of the law of competitiveness, represented and experienced as a "state of normality". A law that "stigmatizes" as men without qualities – as "irrational" beings – all those who escape the competitiveness imperative to make the world acting within and for competition. What happens to this "artificial" state of exception (yet real) in the time of the confinement and after confinement? What is the task of legal science on the regulation and resolution of conflicts regarding the "normal situation"? We need a more comprehensive balancing. The appeal to the pluralistic ethics of the constitutional normality will be no longer satisfactory. Conflicts will become more lacerating than the previous ones, more difficult to contain through that dilatory balancing that leaves the doors systemically open to multiple, differentiated, flexible decisions, modeled on the specific case.

Stefano Giubboni, *Considerazioni sul diritto del lavoro oltre lo Stato (con una postilla su pandemia e de-globalizzazione)*

L'autore riflette sulla possibilità di un diritto del lavoro oltre lo Stato, mettendo criticamente in evidenza lo spiazzamento normativo e funzionale dei sistemi nazionali di protezione sociale prodotto dalla globalizzazione economico-finanziaria nella insostenibile forma corrente.

Considerations on Labour Law beyond the State (with a Note on the Pandemic Crisis and De-Globalization)

The author reflects on the possibilities of a labour law beyond the nation-State by critically analyzing the normative and functional displacement of the welfare state as consequence of the economic and financial globalization as it stands in its unsustainable configuration.

Sabrina Tranquilli, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa "robotica"*

Lo scritto esamina alcune questioni affrontate dall'Amministrazione qualora decida di svolgere il procedimento amministrativo tramite l'utilizzo di algoritmi. Dopo aver analizzato alcune questioni generali che si pongono rispetto al procedimento amministrativo italiano, privo ancora di una disciplina sull'utilizzo degli algoritmi da parte dell'Amministrazione, l'analisi si concentra sulla problematica della conoscibilità dell'azione amministrativa svolta tramite algoritmi. La questione, per nulla nuova, riveste grande importanza nell'analisi dell'esercizio del pubblico potere se, come assumiamo, anche "*la comunicazione può essere intesa come una forma di potere*". Il tema ormai entrato nel dibattito scientifico italiano è da tempo affrontato dall'opinione pubblica e dalla dottrina giuridica francese. Un recente contenzioso che ha provocato una serie di decisioni del *Conseil d'État* e, su rinvio di quest'ultimo, una pronuncia del *Conseil constitutionnel* in materia di decisioni amministrative assunte tramite l'utilizzo di algoritmi nell'ambito dell'accesso agli istituti di istruzione superiore consente un confronto sul tema con l'ordinamento francese dove da tempo si sta adattando la regolazione e l'organizzazione amministrativa all'utilizzo degli algoritmi.

Public and Private In the Control and Adoption of an Administrative Decision Via Algorithms

The article examines some of the issues that arise when the Public Administration decides to carry out the administrative procedure using algorithms. After having analysed some general questions that arise with respect to the Italian administrative procedure, which still lacks a discipline on the subject, the analysis focuses on the problem of the "knowability" of the administrative action carried out through algorithms. This question, absolutely not new, is still very topical in the analysis of the exercise of public power if, as we assume, also "*communication can be understood as a form of power*". The issue of the "knowability" of algorithms is currently at the core of a lively debate both in public opinion and in the French and Italian legal doctrine. A recent dispute that has provoked some decisions by the *Conseil d'État* and a ruling by the *Conseil constitutionnel* allows a comparison with the French legal system, where the regulation and administrative organization has been adapted to the use of algorithms.

Marta Cerioni, *L'aniclosi dei Governi "Conte I" e "Conte II"*

Il saggio tratteggia i punti salienti della crisi del Governo "Conte I" ripercorrendone i fatti maggiormente significativi. Dall'esame della sua formazione ai punti di frizione nei rapporti tra Presidente del Consiglio dei Ministri e *vice-Premier*, il lavoro esamina le condizioni di una crisi già sostanzialmente annunciata ma non formalizzata, specialmente quelle collegate al perseguimento dell'unità dell'indi-

rizzo politico. Lo scritto espone in rassegna le possibilità di soluzione dell'*empasse* alla luce dei poteri e delle competenze del Presidente della Repubblica sino a giungere alla formazione del Governo "Conte II" e alle sue peculiarità. L'elaborato si conclude con una disamina delle questioni non ancora risolte tra cui spicca la dinamica dell'anaclosi della forma di governo prodotta anche dall'olocrazia.

The Anacyclosis of "Conte I" and "Conte II" Governments

The essay outlines the salient points of the "Conte I" Government crisis retracing the most significant facts. From the examination of his training to the points of friction in the relations between the President of the Council of Ministers and the vice-Premier, the work examines the conditions of a crisis already substantially announced but not formalized, especially those connected to the pursuit of the unity of the political direction. The paper exposes the possibility of resolving the impasse in the light of the powers and competences of the President of the Republic up to the formation of the "Conte II" Government and its peculiarities. The paper ends with an examination of the issues not yet resolved, among which the dynamics of the anacyclosis of the form of government produced also by holocracy stands out.

Camilla Storace, *Identità di genere e tutela della dignità umana dentro le mura del carcere. Riflessioni intorno ad una recente ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Firenze*

Il contributo esamina e commenta l'ordinanza n. 632 del 2020 con cui il Tribunale di sorveglianza di Firenze ha riconosciuto il diritto all'assegnazione ad un reparto femminile in capo ad una detenuta che aveva ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso in assenza della modificazione dei caratteri sessuali maschili primari. Nell'affrontare il tema della tutela dell'identità di genere nel contesto penitenziario l'Autrice si sofferma, tramite la lettura di alcune pronunce della Corte EDU, della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale, sulla complessa tematica del mutamento di sesso e dell'(ir)rilevanza dell'intervenuta modificazione chirurgica dei caratteri sessuali ai fini della rettificazione anagrafica.

Gender Identity and Protection of Human Dignity behind Prison Walls. Reflections on a Recent Ruling of the Supervisory Court of Florence, Italy

The paper examines and reviews ruling n. 632 of year 2020 by which the Supervisory Court of Florence granted an inmate, who had previously obtained the rectification of sex attribution, the right to be assigned to the female ward of her prison, despite the fact that she retained her male primary sexual characteristics. Addressing the subject of gender identity in correctional environments, the Author focuses on the complex topic of sex change and the (ir)relevance of sex reassignment surgery in order to obtain sex rectification, reviewing various rulings of the European Court of Human Rights, of the Court of Cassation and of the Constitutional Court.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo,
Università degli Studi Roma Tre

ANTONIO CANTARO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università
degli Studi di Urbino “Carlo Bo”

STEFANO GIUBBONI, Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli
Studi di Perugia

SABRINA TRANQUILLI, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università
degli Studi di Salerno

MARTA CERIONI, Ricercatrice a tempo determinato di Istituzioni di diritto
pubblico, Università Politecnica delle Marche

CAMILLA STORACE, Dottoranda di ricerca in Governo e Istituzioni, Università
degli Studi Roma Tre

La Rivista «Diritto e Società» – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Editoriale Scientifica all'indirizzo:

<http://www.editorialescientifica.com/diritto-e-societa.html>.

Estratto dal Regolamento della Rivista

ARTICOLO 2

(Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a pie' di pagina.

ARTICOLO 3

(Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: dirittoesocieta@gmail.com
e-mail del Comitato di Redazione: dirittoesocieta.red@gmail.com

Amministrazione
Editoriale Scientifica srl
80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459
www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile
Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti
All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.
email: editoriale.abbonamenti@gmail.com
Abbonamento 2020: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione
Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di luglio 2020
da *La Buona Stampa* – Napoli