

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 18 - dicembre 2018

Le sfide al processo
di integrazione europea e
alla democrazia costituzionale
nel XXI secolo

IANUS

Diritto e Finanza

N. 18 - 2018

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 18 - dicembre 2018

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

LE SFIDE AL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA E ALLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE NEL XXI SECOLO

Presentazione	5
Tendenze e controtendenze in materia di diritti fondamentali, di GIANCARLO ROLLA	9
I doveri costituzionali di solidarietà in campo sociale: profili generali e risvolti applicativi con particolare riferimento alla tutela della salute, di VALENTINA TAMBURRINI.....	25
Il ruolo dei giudici francofoni nella giurisprudenza della Corte suprema del Canada, di ELEONORA CECCHERINI	41
Brevi considerazioni sul rapporto degli esperti del gruppo di alto livello in tema di <i>fake news</i> , di BRANDO MAZZOLAI	71
Sfida o opportunità l'accoglienza dello straniero?, di CRISTINA BERTOLINO	85
Una Unione in crisi di identità tra deficit democratico e piccole patrie: quale futuro per l'integrazione europea?, di CARLA BASSU	105
Il "diritto europeo della crisi" economico-finanziaria e le prospettive future dell'Unione Europea tra teorie economiche e evidenze empiriche, di GIAMPAOLO GERBASI	113

ALTRI SAGGI

Il sistema di tutele negli appalti e sub-appalti privati tra riforme e controriforme, di CLAUDIA FALERI,.....	143
Il regolamento c.d. <i>geoblocking</i> nel quadro della disciplina sul commercio elettronico, di GABRIELLA GIMIGLIANO,.....	169
La ripetizione dell'indebitto di cosa determinata perita o alienata, tra sostanziale disapplicazione dottrinale ed effettiva inapplicazione giurisprudenziale, di FLAVIO ROCCHIO ,.....	199

GIURISPRUDENZA

Il caso <i>Bawag</i> e gli obblighi informativi nel contratto di servizi di pagamento, di GABRIELLA GIMIGLIANO,.....	209
I confini delle contrade di Siena: tra derogabilità pattizia e azioni possessorie, di GIOVANNI LIBERATI BUCCIANTI,.....	221

MATERIALI

[Sentenza Tribunale di Siena 12 gennaio 2019, n. 42](#)

PRESENTAZIONE

Il presente numero di Ianus raccoglie, nella sezione monografica, sette lavori che riproducono, con modifiche ed integrazioni, altrettante relazioni tenute in occasione del Workshop for Young Scholars on the Impact of EU Law on National Constitutions – The Challenges to the European Integration Process and the Constitutional Democracy in the XXI Century. Il workshop, tenutosi a Siena il 15 e 16 giugno 2018 e organizzato dal DIPEC con il contributo del Dipartimento di Studi aziendali e giuridici dell'Università di Siena e dell'Unione europea nel quadro del modulo Jean Monnet EUCOLAW –The Europeanization of Constitutional Law, è stato anche occasione per fare il punto sull'attività ultraventennale del dottorato in diritto pubblico comparato e su come in questo lasso di tempo sia cambiato l'approccio a molte grandi tematiche di rilievo costituzionale.

La sezione dedicata agli altri saggi contiene tre contributi: uno sul regolamento 2018/302/UE sul *geoblocking*, un altro sulle novità normative in materia di tutela dei lavoratori in caso di appalti e sub-appalti e il terzo sulla ripetizione dell'indebitato di cosa determinata perita o alienata. Completano il fascicolo due note a sentenza. La prima è a commento di una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea sui servizi di pagamento (caso Bawag); la seconda riguarda una decisione del Tribunale di Siena in materia di confini tra le contrade.

**LE SFIDE AL PROCESSO
DI INTEGRAZIONE EUROPEA E
ALLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE
NEL XXI SECOLO**

TENDENZE E CONTROTENDENZE IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI[°]

Giancarlo Rolla

*già Professore ordinario di Diritto costituzionale,
Università degli Studi di Genova*

L'articolo intende mettere in luce il mutato approccio, da parte di diversi ordinamenti di democrazia pluralista, al tema del riconoscimento e della garanzia dei diritti fondamentali, in dipendenza di fattori emersi in epoca relativamente recente (flussi migratori, terrorismo, esigenze di sicurezza ecc.), a fronte dell'approccio espansivo registrato invece fino a qualche decennio fa.

The article aims at highlighting the changing approach, on behalf of several democratic pluralistic States, towards the recognition and the guarantee of fundamental rights, in the face of an expansionist approach observable until a few decades ago. This depends on a number of factors emerged in relatively recent times (migratory flows, terrorism, security needs etc.).

Sommario:

1. Alcune considerazioni preliminari
2. L'affermarsi negli ultimi decenni del secolo scorso e agli inizi degli anni duemila di una spinta propulsiva in materia di diritti
3. L'emergere di tendenze contrastanti: dalla democrazia che si esporta alla democrazia che si difende
4. Un'ulteriore controtendenza: il "mosaico etnico" rischia di andare in frantumi

[°] Saggio sottoposto a double-blind peer review.

1. Alcune considerazioni preliminari

Le domande sottese al titolo della prima sessione del Convegno su “Le sfide al processo di integrazione europea e alla democrazia costituzionale nel XXI secolo”, dedicata alle prospettive dei diritti fondamentali, possono essere affrontate secondo prospettive diverse: come ben evidenziano i contributi preparati da numerosi Dottori di ricerca, i quali spaziano sui rapporti tra cittadino e straniero, sulle nuove frontiere connesse alla libertà di manifestazione del pensiero, sulla rivisitazione di alcuni principi propri dello Stato democratico sociale.

Personalmente, tento di offrire un contributo introduttivo al dibattito mettendo diacronicamente a confronto i temi individuati in occasione di questo Convegno con quelli affrontati nelle attività di formazione del Dottorato in diritto pubblico comparato. Alcuni di questi sono stati raccolti in specifici volumi monografici: ad iniziare dai primi volumi riservati alla dottrina e alla giurisprudenza canadese, dal titolo “Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale” del 2000 e “Eguali, ma diversi” del 2006.

L’efficacia di questo confronto può trovare un fondamento nella circostanza che l’esperienza, oramai più che ventennale, del Dottorato dell’Università di Siena fornisce sotto diversi punti di vista un test utile a comprendere la traiettoria degli studi in materia di diritti fondamentali. Dal punto di vista soggettivo, perché attraverso le molteplici attività del dottorato si sono formati numerosi giovani provenienti da vari parti del sistema universitario nazionale i quali – conseguito il titolo di Dottore di ricerca – hanno proseguito con successo gli studi giuridici ovvero hanno portato la loro cultura universitaria nelle professioni e nella pubblica amministrazione, mantenendo comunque un rapporto con la realtà universitaria. Dal punto di vista metodologico, dal momento che la loro formazione si è basata su un approccio comparato aperto allo studio concreto dei vari ordinamenti – conseguito attraverso la conoscenza della dottrina, della giurisprudenza e del contesto storico e politico delle differenti realtà – e arricchito da saldi collegamenti internazionali. Infine, dal punto di vista dei temi oggetti di studio la tematica dei diritti fondamentali è stata affrontata con continuità nel corso delle attività del Dottorato con riferimento a contesti culturali e istituzionali differenti: dal Nord America all’America latina, dall’Europa alla Turchia, dai sistemi dell’Europa orientale alle trasformazioni intervenute negli ordinamenti costituzionali dell’area mediterranea.

Se si raffrontano i temi individuati in occasione di questo incontro con quelli affrontati all’interno del Corso di Dottorato si possono individuare

alcuni importanti mutamenti che sembrano preludere a una nuova “fase”, densa di insidie, che rischia di mettere in discussione alcune acquisizioni del costituzionalismo, che sino a qualche anno fa sembravano consolidate: si pensi ai movimenti migratori, alle tensioni internazionali e al terrorismo interno, all’indebolimento del tessuto unitario degli Stati, all’impatto degli squilibri economici sui diritti sociali, agli effetti perversi della globalizzazione.

Sembra porsi, in altri termini, all’attenzione dei costituzionalisti e dei comparatisti un terreno di investigazione sicuramente originale, che necessita probabilmente di nuove tecniche di analisi e di ponderazione tra i valori in conflitto.

2. L’affermarsi negli ultimi decenni del secolo scorso e agli inizi degli anni duemila di una spinta propulsiva in materia di diritti.

Negli ultimi decenni del secolo scorso chi si accostava al tema dei diritti fondamentali secondo una prospettiva comparata non poteva non concordare sul fatto che tra le tendenze espresse dal costituzionalismo contemporaneo in materia di diritti fondamentali acquisiva una rilevanza particolare l’affermazione di processi di internazionalizzazione e il formarsi di “comuni tradizioni giuridiche”. Si è assistito, infatti, alla diffusione in diverse aree geografiche di documenti costituzionali accomunati dall’intenzione di ampliare i cataloghi dei diritti e di individuare nuovi, più efficaci meccanismi di tutela.

Nell’ultimo decennio del secolo scorso sono state approvate nuove carte costituzionali (nazionali e sovranazionali) le quali – al di là delle specificità storiche, della diversità delle forme di governo e di Stato – sembravano caratterizzarsi per una certa propensione a omologare l’elenco dei diritti della persona riconosciuti come fondamentali. Tale tendenza ha indotto a sostenere che il fenomeno della globalizzazione si stesse estendendo dall’economia alle strutture costituzionali, dai mercati finanziari al settore dei diritti fondamentali della persona, dando vita a una sorta di “moneta” avente valore legale in un numero sempre maggiore di ordinamenti. Per quanto concerne, poi, i meccanismi di tutela, si è rafforzata l’idea che gli istituti di garanzia sono una componente indispensabile per l’esistenza di un diritto, il quale è tale solo se le posizioni soggettive della persona sono protette efficacemente. Di conseguenza, all’idea di garanzia si è associata la considerazione dell’importanza della giurisdizione, dell’attività dei giudici: i diritti dell’individuo sono considerati tali solo se risultano giustiziabili.

Sul piano normativo, si è assistito alla positivizzazione di nuovi e più efficaci istituti processuali (si pensi alla molteplicità di ricorsi di *amparo* ordinari, costituzionali e sovranazionali); mentre, con riferimento al piano all'interpretazione giudiziale, si sono elaborate nuove tecniche in grado di specificare e di implementare l'oggetto delle disposizioni costituzionali. Inoltre, un apporto importante alla diffusione degli strumenti di garanzia è stato fornito dalla progressiva osmosi tra ordinamenti nazionali e sovranazionali: un fenomeno che idealmente ha potenziato la tensione universalistica che anima la protezione della persona umana, certificando in un mondo sempre più integrato la crisi di autosufficienza degli ordinamenti nazionali.

Siffatti fenomeni hanno posto le premesse per la formazione di un diritto "comune" in grado di rappresentare, in un determinato ambito geografico, la base unitaria per la tutela dei diritti fondamentali: una sorta di "diritto vivente" transnazionale cui i giudici nazionali possono attingere per risolvere fattispecie non adeguatamente regolate dal diritto nazionale "vigente". L'utilizzazione di comuni criteri interpretativi ha consentito, inoltre, di superare eventuali lacune dell'ordinamento, di temperare gli effetti distorsivi che possono provenire da una rigida applicazione di norme generali e astratte, di favorire – attraverso l'ammissione di deroghe alla regola generale – soluzioni concrete più eque.

Tra le tecniche più importanti, hanno assunto una rilevanza crescente l'applicazione del criterio di proporzionalità e di accomodamento ragionevole, nonché il ragionamento per *test*. Il primo viene utilizzato nelle fattispecie in cui si deve contemperare l'esercizio di un diritto con altri diritti ovvero con un principio costituzionale al fine di trovare un ragionevole equilibrio tra gli interessi in conflitto. Il criterio dell'accomodamento ragionevole, a sua volta, abilita il giudice a trovare un equilibrio tra una regola generale e l'esigenza di ammettere una deroga alla stessa, con l'obiettivo di correggere una possibile discriminazione indiretta insita nella regola generale, consentendo agli individui appartenenti a determinati gruppi forniti di una spiccata identità culturale di derogare all'applicazione di una norma *erga omnes*. Infine, attraverso i *test* di valutazione, i giudici predeterminano i procedimenti logici che intendono seguire per valutare se, in una determinata fattispecie, si sia prodotta la lesione di un diritto o di un principio costituzionale.

L'utilità di quest'ultima tecnica consiste, per un verso, nell'assicurare una certa uniformità di giudizio, dal momento che questioni simili dovrebbero essere decise utilizzando criteri interpretativi omogenei e, per un altro verso, nel conferire trasparenza al procedimento logico attraverso il quale il giudice

elabora la propria *ratio decidendi*, dal momento che vengono esplicitati i passaggi argomentativi che compongono il ragionamento giuridico.

La spinta innovativa in materia di diritti è stata successivamente incrementata nei primi anni duemila dagli effetti prodotti dalla composizione multiculturale di alcune società sugli studi di diritto costituzionale, i quali hanno iniziato a considerare non solo il profilo individuale dei diritti, ma anche la loro componente collettiva, instaurando cioè un legame biunivoco tra la personalità degli individui e il loro essere parte di una determinata comunità etnica, linguistica, religiosa.

A questo proposito, l'esperienza costituzionale del Canada ha esercitato un'indubbia *vis* attrattiva a causa della capacità dimostrata da quel paese di instaurare un dialogo proficuo con le molte istanze che frastagliavano la sua società, nonché di tentare una convivenza tra l'accettazione di un *corpus* di diritti e doveri valido per tutti i canadesi e il riconoscimento delle specificità del pluralismo dei gruppi identitari. Si è trattato di politiche pubbliche (sintetizzate nella nota espressione "mosaico etnico") orientate alla valorizzazione delle differenze culturali, che si contrapponevano alle tradizionali strategie di *melting pot* o di integrazione attiva presenti negli Stati Uniti d'America e in Europa.

L'interesse per il dibattito costituzionale sviluppatosi in Canada derivava essenzialmente da due ragioni: in primo luogo, dal fatto che quel Paese aveva preso atto con anticipo che il carattere strutturalmente pluralistico delle società impone di cercare nuovi strumenti di regolazione, necessariamente diversi da quelli propri delle società omogenee (o che aspirano all'omogeneità); in secondo luogo, dalla consapevolezza che gli ordinamenti "plurali" non possono essere regolati soltanto dal principio di maggioranza, né interpretare l'eguaglianza in termini di uniformità. In contesti multiculturali, infatti, regole necessariamente generali rischiano di produrre effetti di discriminazione indiretta, imponendo a minoranze (ritenute dall'ordinamento meritevoli di tutela) di allinearsi allo *style of life* della maggioranza.

Proprio per evitare siffatta evenienza l'ordinamento del Canada ha "costituzionalizzato" diverse formule giuridiche e principi di interpretazione finalizzati ad adattare la rigidità di una formula giuridica alla varietà delle situazioni concrete da regolare. È il caso, ad esempio, con riferimento al *Constitution Act* della *notwithstanding clause* (introdotta per mitigare l'impatto di una Carta dei diritti valida per l'intero territorio del Canada sulla specificità storica e linguistica del Québec), della *limitation clause* (utilizzata dal legislatore o dal giudice per trovare un ragionevole equilibrio tra l'interesse della collettività e il diritto individuale); della clausola

multiculturale di cui all'art. 27, la quale, per un verso, impone al legislatore e all'interprete di considerare attentamente l'impatto che ogni normativa produce nei confronti dei gruppi che compongono il mosaico etnico del paese e, per un altro verso, giustifica discipline derogatorie del principio di eguaglianza finalizzate alla tutela dell'identità culturale e religiosa di gruppi minoritari.

La presenza di siffatte clausole ha consentito di risolvere con equilibrio casi complessi, nel presupposto che applicare impersonalmente una regola a situazioni differenti potrebbe determinare una situazione di discriminazione indiretta.

Tuttavia, l'iniziale enfasi nei confronti di una prospettiva multiculturale dei diritti deve essere equilibrata con l'avvertenza che neppure in Canada il *multicultural heritage* è stato promosso in modo indiscriminato: esso, infatti, ha dovuto cedere nelle fattispecie in cui l'affermazione astratta del principio multiculturale rischiava di incrinare le basi portanti della società canadese, il suo carattere democratico e liberale. In più occasioni, infatti, la giurisprudenza ha messo in guardia dagli eccessi di un multiculturalismo senza limiti, ritenendo che l'affermazione di un diritto di natura identitaria debba cedere il passo all'esigenza di tutelare un interesse pubblico più pressante (come la sicurezza, la dignità di tutti gli individui, la natura *free and democratic* della società).

A poco a poco, la clausola di cui all'art. 1 del *Constitution Act* – comprendente in un'interpretazione ampia non solo i principi qualificanti lo Stato democratico di diritto, ma anche il carattere aperto e tollerante della società – ha finito non solo per limitare la clausola multiculturale dell'art. 27, ma anche per costituire un argine a uno sviluppo senza limiti di determinati diritti individuali (come nel caso della giurisprudenza favorevole a sanzionare i “discorsi d'odio”, non riconducendoli all'interno della libertà di manifestazione del pensiero).

3. L'emergere di tendenze contrastanti: dalla democrazia che si esporta alla democrazia che si difende

Il dibattito costituzionale è stato alimentato nei decenni richiamati nel precedente paragrafo da una certa dose di ottimismo; è sembrato che l'espansione geografica dei principi del costituzionalismo e la codificazione di nuove Carte dei diritti (nazionali e internazionali) alimentassero un processo capace di evolversi nel tempo e nello spazio in modo lineare, senza contraccolpi. Tale prospettiva appare oggi eccessivamente ottimistica:

infatti, il processo di universalizzazione dei diritti, pur non essendosi arrestato, appare rallentato da tendenze contrarie, che in alcuni casi sembrano addirittura prevalere.

In primo luogo, l'espansione di una concezione dei diritti ispirata al costituzionalismo occidentale appare contrastata sia dal rafforzarsi di posizioni di natura relativistica, sia dal fallimento dell'idea che la democrazia potesse essere imposta *ratione imperii*. In secondo luogo, l'apertura a un approccio multiculturale nella regolazione delle dinamiche interne alle società plurali sembra frenata dal timore che fenomeni come il terrorismo, la violenza politica, l'estremismo religioso, le migrazioni di massa possano mettere in discussione la natura *free and democratic* dei nostri sistemi sociali. Infine, va considerato il crescente impatto dei processi di internazionalizzazione finanziaria ed economica sulla sovranità nazionale e sui livelli di tutela dei diritti costituzionali (con particolare riferimento ai diritti sociali).

Con riferimento al primo elemento è indubbio che la spinta all'universalizzazione dei diritti e l'apertura verso la tutela di nuove posizioni soggettive – prodotte dalle modificazioni sociali e dallo sviluppo delle acquisizioni scientifiche – hanno rappresentato un esempio di globalizzazione “virtuosa”. Tuttavia, il sentiero tracciato a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso ha subito in questi ultimi anni degli smottamenti e, in alcuni punti, risulta addirittura interrotto.

L'estensione della visione liberale e democratica dei diritti oltre il perimetro proprio del costituzionalismo ha incontrato un forte ostacolo non solo nell'opposizione ideologica di molti regimi politici, ma anche in alcune controtendenze di natura costituzionale come la reazione a politiche “missionarie” che consideravano le esperienze dello Stato democratico di diritto un “modello” da esportare.

Non va trascurato che non ovunque una visione liberale dell'individuo è percepita nella sua dimensione – per noi “naturale” – di fattore di valorizzazione della persona: contesti culturali tutt'altro che circoscritti e marginali appaiono refrattari (o decisamente ostili) all'accettazione – senza mediazioni con le specificità locali – del costituzionalismo liberale, che non è accettato come unico standard per la tutela dei diritti fondamentali.

Indubbiamente, in molti casi, il richiamo alle specificità culturali costituisce uno schermo per conservare tradizioni inconciliabili con i fondamenti stessi della dignità della persona, come la schiavitù, le torture, la discriminazione razziale, la subordinazione per ragioni di sesso. Tuttavia, l'illuministico auspicio secondo il quale le libertà liberali devono prevalere *everywhere in the world*, è stato spesso applicato sotto forma di imposizione

di un modello o come affermazione della supremazia di una tradizione costituzionale nei confronti delle altre.

Piuttosto che fare affidamento sugli effetti di disseminazione prodotti dalla circolazione delle esperienze si è spesso optato per pratiche di colonizzazione culturale (conseguenti a un evento bellico) o per forme di esercizio di un potere costituente interamente affidato all'ordinamento internazionale o eterodiretto (conseguenti a una compressione della sovranità). La volontà di sostituire alla pazienza del dialogo l'apparente efficacia della forza o delle "pressioni" internazionali ha prodotto, nella gran parte dei casi, esiti negativi.

Il valore universale dei diritti e il riconoscimento delle tradizioni locali non necessariamente sono elementi antagonistici. Le esperienze più interessanti e durature, anzi, preferiscono ricercare un "accomodamento ragionevole" tra le diverse "culture", piuttosto che perseguire un'aprioristica prevalenza dell'una sull'altra. La stessa esperienza delle c.d. "primavere arabe" – che pure ha suscitato interesse e valutazioni positive tra gli studiosi – ha evidenziato come le codificazioni dei diritti hanno prodotto esiti apprezzabili in quelle realtà in cui, rifiutando una visione egemonica del costituzionalismo occidentale, si è inteso legare alcune istanze di "modernizzazione" della società alla tradizione islamica: in altri termini, l'introduzione di nuovi diritti e istituti di garanzia si è radicata meglio laddove è stata il frutto di una crescita "interna" (piuttosto che di una imposizione esterna), accompagnata da un consenso sociale.

Un ulteriore motivo di freno all'espansione dei diritti è riconducibile all'impatto provocato sull'opinione pubblica e sul legislatore dall'intensificazione di fenomeni di terrorismo – sia internazionale che geograficamente localizzato – o di forme endemiche di violenza politica interna.

Esigenze di sicurezza – e di difesa del carattere democratico e liberale dell'ordinamento – hanno favorito la codificazione di norme derogatorie o limitative delle garanzie tradizionali. Tali interventi, secondo le scelte compiute dai singoli ordinamenti, hanno configurato nuovi tipi di reati, ridotto alcune importanti garanzie sostanziali e processuali al fine di facilitare le attività di indagine e di prevenzione, sottratto determinati atti dell'esecutivo al controllo giurisdizionale, istituito giudici speciali o introdotto regimi giuridici differenziati tra i cittadini e gli stranieri.

Si tratta, come emerge dalla semplice enunciazione delle deroghe previste, di limitazioni significative dei diritti costituzionali – spesso anche più incisive di quelle previste dalla normativa sugli stati di emergenza o di eccezione – che settori della dottrina (pur ritenendole inevitabili) hanno valutato criticamente sia per la loro pervasività, sia in quanto, non essendo

necessariamente soggette a limiti temporali, hanno finito per perdere il carattere della straordinarietà e temporaneità.

Tali dubbi sono stati confermati anche da una ricca giurisprudenza, che ha sottoposto molte delle deroghe agli ordinari livelli di protezione dei diritti fondamentali a un vaglio attento di legittimità costituzionale. In particolare, i giudici, pur ritenendo le finalità perseguite coerenti con l'obiettivo di salvaguardare valori supremi dell'ordinamento, sono apparsi concordi nel ritenere che l'applicazione di tali disposizioni dovesse avvenire nel rispetto dei criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, salvaguardando – in ogni caso – il controllo giurisdizionale sugli atti del potere esecutivo restrittivi dei diritti individuali.

Un altro ostacolo alla piena fioritura del “giardino dei diritti” (avvenuta in Europa nei decenni precedenti) proviene dal crescente ricorso – motivato dall'acuirsi di forme di violenza politica o d'integralismo religioso – a una normativa penale volta a escludere determinate categorie di individui dall'esercizio di alcuni diritti fondamentali, come la libera manifestazione del pensiero, la libertà religiosa o di associazione.

A tal proposito, diversi ordinamenti hanno attivato alcune specifiche formule di limitazione o di sospensione dei diritti costituzionali, riconducibili alla nozione di “democrazia che si difende”: particolarmente incisive risultano sia le clausole che puniscono l'abuso nell'esercizio dei diritti, sia quelle che prevedono lo scioglimento di associazioni o di partiti considerati “antisistema” (nel senso che la loro azione politica è ritenuta incompatibile con i principi democratici o i valori dell'ordinamento costituzionale). Siffatti limiti – anche se non mancano normative restrittive influenzate da pregiudizi ideologici e religiosi – sono in genere considerate “misure necessarie in una società democratica”, in quanto mirano a escludere dalla vita pubblica chi attacca le basi fondamentali della convivenza democratica, costituite dalla tolleranza, dal pluralismo, dalla libertà di espressione e di discussione politica. Questi istituti di autodifesa dell'ordinamento costituzionale – pur inscrivendosi nel loro complesso all'interno dei confini tracciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, con la sua giurisprudenza, riconosce il diritto di un ordinamento democratico di difendersi, pur senza snaturarsi – vanno utilizzati con cautela ed accortezza: per un verso, essi devono tendere a escludere dal “dibattito pubblico” determinate manifestazioni del pensiero (i c.d. “discorsi d'odio”) per un altro verso, al momento di applicare la normativa penale occorre vigilare che non si superi il delicato confine che separa una manifestazione del pensiero sgradevole – di per sé non idonea a provocare una discriminazione sociale – da espressioni idonee per il loro contenuto

diffamatorio a generare disprezzo, discriminazione, intolleranza, pregiudizio.

Considerazioni simili potrebbero farsi a proposito dei tentativi (sempre più presenti) di penalizzare la propaganda di ideologie politiche non democratiche o di escludere determinate formazioni politiche dalla vita pubblica e dalla rappresentanza politica. Significative limitazioni al diritto costituzionale di organizzare e di iscriversi a partiti politici si rinvencono in disposizioni che prevedono lo scioglimento di organizzazioni considerate “antisistema”, in quanto il loro programma o attività politica sono considerati incompatibili con i principi della convivenza democratica

Al fine di evitare una compressione sostanziale del diritto di associazione, la giurisprudenza – internazionale e costituzionale – si è in genere premurata di individuare alcuni criteri per valutare la conformità alla Costituzione delle misure restrittive dei diritti politici. Innanzitutto, ha precisato che l’oggetto delle limitazioni deve riguardare non le finalità o i programmi politici, ma l’attività concreta posta in essere: in altri termini, la perturbazione del carattere democratico dell’ordinamento non deve essere ricostruita in astratto (alla luce delle intenzioni o dei possibili effetti futuri), ma sulla base di comportamenti concreti, tali da costituire un pericolo grave e imminente. Si deve trattare, in definitiva, di misure repressive e non preventive. Inoltre, i limiti alla libertà di organizzazione politica individuabili dal legislatore debbono risultare *secundum constitutionem*, cioè specificativi delle disposizioni costituzionali. Infine, il procedimento sanzionatorio deve garantire i diritti processuali riconosciuti dalla Costituzione e avvenire innanzi a un organo di natura giurisdizionale, che può essere tanto un giudice costituzionale (Germania, Portogallo, Turchia, Israele), quanto ordinario (Francia, Spagna, Italia).

Un ulteriore fattore che impatta negativamente sullo sviluppo di determinati diritti – in particolare quelli sociali e inerenti allo *status* di lavoratore – è rinvenibile nei vincoli crescenti provocati dalla globalizzazione e dall’istituzionalizzazione di ordinamenti sovranazionali, i quali stanno provocando non solo una significativa accentuazione dei limiti alla sovranità dei singoli ordinamenti, ma anche una compressione delle prestazioni sociali riconosciute in ambito costituzionale. Tali fenomeni risultano particolarmente incisivi in conseguenza di crisi economiche globali, le quali enfatizzano una centralizzazione dei processi decisionali: in siffatte situazioni, gli istituti previsti per affermare la natura unitaria degli ordinamenti decentrati vengono utilizzati al massimo delle loro potenzialità (come nel caso della clausola della “prevalenza del diritto federale” o di altre disposizioni che riservano allo Stato l’esercizio di poteri impliciti finalizzati a salvaguardare l’unità politica ed economica del sistema); mentre le

normative finalizzate a contenere la spesa pubblica incidono in misura significativa sulla qualità delle politiche pubbliche di *welfare*.

Gli effetti delle crisi economiche sul sistema costituzionale dei diritti sono differenti a seconda che le prestazioni sociali riguardino contesti che le qualificano come principi guida delle politiche pubbliche (ad esempio, gli ordinamenti di cultura anglosassone e la Spagna) ovvero siano considerate diritti costituzionali veri e propri. Nel primo caso, il loro contenuto è sostanzialmente configurato dalle scelte del legislatore, sia pure nel rispetto dei caratteri generali dell'ordinamento (democratico e sociale); nel secondo, invece, le scelte di indirizzo economico trovano un limite sostanziale nella disciplina costituzionale dei singoli diritti di natura sociale.

In questi casi, i vincoli "esterni" posti dagli organismi sovranazionali devono essere armonizzati con la disciplina costituzionale dei diritti vigente in ogni ordinamento. Ad esempio, in alcuni ordinamenti come la Repubblica Federale di Germania, la necessità di trovare un ragionevole equilibrio tra le garanzie sociali e gli equilibri della finanza pubblica impone di valutare se le scelte del legislatore configurano un "difetto di protezione": il che, secondo la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, si determina qualora non si superi un *test* articolato essenzialmente su verifiche inerenti al rispetto del principio di effettività (del diritto) e di indispensabilità (accertare l'esistenza di altre misure che possono rendere sufficiente la protezione).

In ogni caso, le soluzioni normative devono rispettare il principio di eguaglianza (ragionevolezza) e di proporzionalità: in altri termini, il peso dei sacrifici deve essere ripartito tra le diverse categorie di cittadini in modo equilibrato e adeguatamente motivato (ad esempio, dimostrando di aver esplorato la fattibilità di misure alternative rispetto a quelle prescelte). Così come va salvaguardato il contenuto essenziale delle prestazioni, pena violare la dignità insita in ogni individuo: è indubbio che il legislatore sia libero di modulare la configurazione legale di un diritto sociale secondo le circostanze economiche e sociali, ciò tuttavia deve avvenire nel rispetto del nucleo indisponibile di ciascun diritto.

4. Un'ulteriore controtendenza: il "mosaico etnico" rischia di andare in frantumi

La strategia istituzionale individuata dall'ordinamento canadese in seguito all'approvazione del *Constitution Act* per affrontare il *government* di una società multiculturale ha avuto una grande eco e suscitato interesse in dottrina: tra l'altro, nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in

Diritto pubblico comparato dell'Università di Siena siffatta esperienza è stata oggetto sia di ricerche confluite in alcuni volumi monografici, sia di appositi approfondimenti nell'ambito dei Congressi annuali dell'Associazione italiana di studi canadesi.

Tale documento costituzionale determinò, in effetti, un salto di qualità nella percezione del problema affermando l'idea che il Canada fosse *a home of diverse communities* e che la società canadese dovesse crescere assorbendo la linfa proveniente dalle molte parti che la compongono: a tal fine si ammetteva la possibilità di introdurre – in nome del carattere multiculturale del paese – deroghe al principio di eguaglianza e al carattere universale di determinati diritti, pur nel rispetto di alcune condizioni (le deroghe devono essere finalizzate all'obiettivo di favorire la specificità di un gruppo riconosciuto dall'ordinamento, inoltre, esse devono rispettare i principi di ragionevolezza e di proporzionalità).

Sotto questo profilo, la prospettiva – o forse la “scommessa” – multiculturale ha voluto rappresentare una strategia istituzionale alternativa a quella (consolidata) che tende a includere le diversità in un'ottica di integrazione. Laddove molte esperienze, partendo dal riconoscimento delle differenze, si pongono l'obiettivo di sfumarle nella prospettiva di realizzare una società *colorblind*, le politiche “multiculturali” mirano, invece, a valorizzare gli elementi distintivi dei gruppi (considerano la presenza di “culture minoritarie” un bene prezioso da tutelare). Siffatta prospettiva, per radicarsi, necessitava della “costruzione” di un contesto sociale aperto a un naturale dovere di reciproco rispetto, retto da comuni regole di convivenza.

In passato il multiculturalismo in tema di diritti fondamentali ha ricevuto molteplici critiche da parte dei teorici dei diritti fondamentali come diritti individuali, i quali negavano (in aderenza alla tradizione liberale) l'idea stessa di diritti di natura collettiva, comunitaria o identitaria. In tempi più recenti, invece, l'attuazione di politiche pubbliche ispirate al multiculturalismo ha trovato un ostacolo nell'affermarsi di esigenze di sicurezza (alimentate dal terrorismo su base identitaria, dall'integralismo religioso) e nell'acuirsi di fenomeni di natura sociale (la difficile integrazione dei movimenti migratori), i quali hanno condizionato gli orientamenti all'interno della società e indotto sia il legislatore che la giurisprudenza ad assumere un atteggiamento di maggior cautela, se non di chiusura vera e propria.

Per rendere evidente il *revirement* appena richiamato possono essere messe a raffronto (sempre con riferimento al Canada) due sentenze della Corte suprema: la sentenza *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* del 2006 e la sentenza *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson*

Colony del 2009.

Nella prima – che ha rappresentato forse il punto di maggior apertura alla prospettiva multiculturale – la Corte si è trovata a risolvere un contrasto che coinvolgeva, da un lato, un Consiglio scolastico il quale contestava la violazione del regolamento che vietava di portare armi negli ambienti scolastici e, dall'altro lato, la famiglia di un ragazzo che – essendo un *Sikh* ortodosso – portava sempre con sé, in base alle sue convinzioni religiose, il *kirpan*, un pugnale rituale. Nel risolvere la questione, il giudice ha messo a confronto il diritto alla sicurezza nella scuola con quello individuale alla salvaguardia della propria identità religiosa e proposto un accomodamento tra le due esigenze, entrambe ritenute meritevoli di attenzione: ha riconosciuto la validità della normativa generale, ma, nel medesimo tempo, ha consentito allo studente di portare a scuola il *kirpan* a certe condizioni, in modo da «dimostrare l'importanza che la società canadese accorda alla protezione della libertà di religione e al rispetto delle minoranze che la compongono».

Tre anni dopo, la Corte suprema, dovendo mettere di nuovo a confronto il valore della sicurezza con la libertà religiosa ha avvertito in modo più pressante l'urgenza di garantire l'interesse generale alla sicurezza. Nel caso di specie, ha dovuto valutare se la decisione delle autorità provinciali di revocare agli *hutteriti* (che ricavano dalla Bibbia il divieto di essere ritratti con foto) la deroga consistente nel rilascio di patenti di guida senza foto per motivi religiosi fosse lesiva della identità religiosa di tali comunità.

In questo caso il giudice canadese – prendendo in considerazione il particolare contesto sociale e politico che il Canada stava vivendo e le crescenti preoccupazioni per possibili attacchi terroristici – ha ritenuto prevalenti le finalità di pubblica sicurezza che avevano ispirato il legislatore (contrastare il fenomeno crescente dei furti di identità, nonché aumentare la sicurezza nelle procedure per il rilascio dei documenti di identità). La decisione adottata ha sostanzialmente modificato i termini della ponderazione: pur consapevole che l'applicazione della normativa della Provincia dell'Alberta avrebbe comportato disagi e prodotto effetti negativi sulla vita tradizionale del gruppo religioso, la Corte suprema ha ritenuto prevalenti le esigenze di sicurezza, anche con la considerazione che tali misure non incidessero in modo determinante sulla sua libertà religiosa.

Anche in Europa si sono registrati orientamenti restrittivi. Su di un piano diverso e con argomentazioni differenti la Corte europea dei diritti dell'uomo – respingendo il ricorso di tre donne musulmane che contestava la normativa restrittiva del Belgio (*Belcacemi and Oussar v. Belgium* 11 luglio 2017) – ha confermato la legittimità del divieto di velo integrale nei luoghi

pubblici. Secondo il giudice europeo tale divieto troverebbe giustificazione in esigenze non solo di parità di genere, ma anche di sicurezza pubblica e di protezione di una “modalità di interazione tra individui essenziale per il funzionamento una società democratica”. La normativa belga, inoltre, appare coerente con il principio di proporzionalità (la sanzione consiste in una multa e solo in seguito a una ripetuta violazione del divieto è prevista la detenzione in carcere) e trova un fondamento nel “margine di apprezzamento” di cui all’art. 8 della CEDU che consente al Belgio di affrontare il problema nella misura ritenuta più idonea per garantire le relazioni sociali e la sopravvivenza della democrazia.

Un vero e proprio ritorno al passato sotto il profilo dell’argomentazione giuridica rappresenta – a nostro avviso – una recente decisione della Corte di Cassazione italiana la quale, affrontando una questione simile a quella che ha generato la sentenza *Multani*, ha adottato una decisione diametralmente opposta supportata da argomentazioni preoccupanti, come «la valorizzazione del pluralismo sociale trova un limite invalicabile nella civiltà giuridica del paese ospitante», «non si possono tollerare arcipelaghi culturali confliggenti con l’unicità del tessuto culturale e giuridico del paese» (Corte Cass., sez. I pen., sent. n. 24084/2017)..

I tre esempi che abbiamo richiamato, pur riguardando contesti giuridici e giurisprudenziali diversi, testimoniano l’emergere non solo di interpretazioni restrittive del pluralismo identitario, ma anche del condizionamento derivato dalle esigenze di maggior sicurezza che maturano all’interno della società.

Le stesse esigenze esercitano un forte impatto nel dibattito sui rapporti tra movimenti migratori e *status civitatis*, soprattutto con riferimento ai criteri di acquisizione della cittadinanza dopo la nascita: un’immigrazione di massa da paesi differenti per identità culturale produce inevitabili tensioni all’interno del corpo sociale, in quanto immette regole sociali e stili di vita non immediatamente amalgamabili, sottoponendo di conseguenza i meccanismi di riconoscimento dello *status civitatis* a una forte tensione.

In questo contesto il dispiegamento di una strategia multiculturale volta a fare della cittadinanza la base per comporre una convivenza tra diverse culture presenti nella società appare assai problematico e la normativa sulla acquisizione della cittadinanza tende a trasformarsi in un meccanismo selettivo di integrazione: differenziando, ad esempio, tra chi ha titolo a divenire “nuovo” cittadino da chi deve continuare a essere considerato uno “straniero”. Ciò avviene sia limitando l’acquisto della cittadinanza a individui ritenuti affini (culturalmente o etnicamente), sia introducendo criteri volti a escludere dallo *status* di “cittadino” individui che sembrano difficilmente integrabili dal punto di vista sociale, economico, politico e culturale.

Si rinviene, a questo proposito, una propensione a condizionare l'acquisizione dello *status civitatis* al superamento di *test* sia culturali (che possono riguardare la conoscenza della storia, della geografia, dei principi costituzionali, dei diritti e doveri dei cittadini), sia volti a verificare l'intenzione effettiva dell'individuo di integrarsi nella società di accoglienza (come il riconoscimento del principio di laicità o di pluralismo religioso, la rinuncia a frequentare attivamente gruppi fondamentalisti o la volontà di adattarsi allo stile di vita del paese ospitante).

I DOVERI COSTITUZIONALI DI SOLIDARIETÀ IN CAMPO SOCIALE: PROFILI GENERALI E RISVOLTI APPLICATIVI CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA TUTELA DELLA SALUTE[°]

Valentina Tamburrini

*Ricercatrice di Diritto costituzionale,
Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”*

Lo studio indaga la natura del principio di solidarietà nella Costituzione italiana e alcuni risvolti applicativi nell’ambito del settore sanitario. In particolare, è considerato il legame tra principio solidaristico e modello di finanziamento dei servizi sanitari, nonché il tema delle vaccinazioni obbligatorie e raccomandate.

The essay investigates the nature of the principle of solidarity into the Italian Constitution and some concrete aspects in the healthcare field. In particular, it is considered the link between the solidarity principle and the financing model of the healthcare services, as well as the topic of mandatory and recommended vaccinations.

Sommario:

1. Il fondamento costituzionale della solidarietà
2. La solidarietà: valore e principio costituzionale
3. Principio solidaristico e tutela della salute: l’opzione legislativa del modello di finanziamento dei servizi sanitari
4. Una forma di solidarietà orizzontale o fraterna: la previsione dei trattamenti sanitari obbligatori
5. La solidarietà verticale o paterna nella giurisprudenza costituzionale in materia di vaccini obbligatori e raccomandati

[°] Saggio sottoposto a double-blind peer review.

1. Il fondamento costituzionale della solidarietà

La solidarietà non solo costituisce un elemento essenziale per l'esistenza stessa del gruppo sociale, come può predicarsi per ogni ordinamento giuridico¹, ma, nell'ordinamento italiano, si configura, altresì, come principio di natura costituzionale.

Il suo fondamento si rintraccia, anzitutto, nell'art. 2, comma secondo, della Costituzione, che prevede, oltre al riconoscimento e alla garanzia dei diritti inviolabili, anche l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

La solidarietà risulta, inoltre, implicitamente richiamata anche in altre disposizioni costituzionali che enunciano i singoli doveri costituzionali. Le clausole sul dovere di voto (art. 48), quello di concorrere alle spese pubbliche (art. 53), quello dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, solo per fare alcuni esempi, sottendono infatti, più in generale, il dovere di solidarietà nella sua declinazione rispettivamente politica, economica e sociale.

In alcuni casi, la solidarietà emerge come fondamento giustificatore di eventuali limiti imposti dalla stessa Costituzione al godimento di diritti di libertà. È il caso, ad esempio, come si vedrà, del diritto alla salute che, nella sua accezione negativa, vale a dire come diritto di non curarsi, incontra il limite dei trattamenti sanitari obbligatori, giustificabile, nel rispetto delle altre garanzie costituzionalmente previste, se sussiste un interesse generale della collettività.

Esiste dunque ed è di immediata evidenza una stretta corrispondenza, profilata dalla Carta costituzionale, tra diritti inviolabili e doveri di solidarietà².

¹ Scriveva in proposito Giorgio Lombardi che il principio solidaristico «rappresenta il criterio fondamentale destinato a mediare, attraverso i doveri secondo i quali si estrinseca sul piano costituzionale, quel minimo di omogeneità senza il quale la vita politica si ridurrebbe al "bellum omnium contra omnes" di hobbesiana memoria»; LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 48.

² ... con la precisazione che talvolta, come si vedrà, si prospetta la possibilità di configurare la stessa solidarietà in termini di diritto soggettivo e non di dovere; cfr. RIGANO, *La solidarietà orizzontale e il ruolo dell'associazionismo*, in PEZZINI-SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Atti del Convegno - Giornate europee di diritto costituzionale tributario, V edizione, Bergamo 14-15 novembre 2003, Milano, 2005, 78. Una corrispondenza di massima può predicarsi anche tra diritti e doveri in generale, posto che nel nostro ordinamento esistono doveri non necessariamente fondati sulla solidarietà; cfr. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990, 15.

Come evidenziato da Serio Galeotti in un celebre scritto sul tema, dal disposto dell'art. 2 Cost. emerge la stretta congiunzione tra il principio personalista e quello solidarista, trovandosi l'uomo ad essere insieme titolare di diritti inviolabili e soggetto a doveri inderogabili che derivano dalla sua appartenenza alla società³.

Ma, a ben vedere, un fondamento solidaristico è rintracciabile anche in altre disposizioni costituzionali le quali, piuttosto che prevedere diritti, sanciscono obblighi di prestazione a carico dello Stato, con la finalità di promuovere una eguaglianza sostanziale e rendere effettiva la dignità individuale, a sostegno di quanti versino in condizioni di debolezza sul piano economico o sociale.

Viene in considerazione, in particolare, l'art. 3, comma secondo, della Costituzione che impone alla Repubblica di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Sulla scia della citata disposizione, possono quindi richiamarsi, ad esempio, l'art. 30, comma secondo, Cost., che prevede, nell'ipotesi di incapacità dei genitori, che la legge provveda all'assolvimento dei loro compiti; l'art. 31 Cost. che richiede alla Repubblica di agevolare la formazione della famiglia e di proteggere «la maternità, l'infanzia e la gioventù»; l'art. 32, secondo il quale «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti»; gli artt. 33 e 34 Cost., che prevedono interventi della Repubblica a favore dell'istruzione, delle Università, delle scuole; gli artt. art. 35, 37, 38, che prevedono forme di tutela del lavoratore e della lavoratrice da parte della Repubblica.

Dalla diversità di tipologia delle previsioni costituzionali che ne costituiscono il fondamento è ricavabile una duplice accezione della solidarietà. Come è stato evidenziato da autorevole dottrina, infatti, nella nostra Costituzione è rintracciabile tanto una solidarietà doverosa o fraterna, quanto una solidarietà pubblica o paterna⁴.

³ GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 4 ss. Può osservarsi, nello stesso ordine di idee, che doveri ulteriori rispetto a quelli previsti in Costituzione possono essere introdotti dal legislatore ordinario, nel rispetto tuttavia dei limiti rappresentati dalle garanzie costituzionali per la tutela dei diritti; cfr., in proposito, GUZZETTA-MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2017, 693 ss.

⁴ Su tale distinzione si veda, già, LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 50; il tema è stato poi sviluppato da GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 10 ss.; sulla distinzione tra solidarietà doverosa o fraterna e solidarietà pubblica o paterna,

La prima tipologia di solidarietà opera su un piano orizzontale ed esprime un moto ascendente, dal basso verso l'alto, che parte dai singoli e si proietta verso lo Stato o, meglio, verso la Repubblica, comprensiva di tutti gli enti e le amministrazioni pubbliche, e si ricava dall'art. 2 Cost.

La solidarietà pubblica o paterna agisce invece su un piano verticale, esprimendo un moto discendente, dall'alto verso il basso, e trova fondamento nell'art. 3, comma secondo, Cost.

Una manifestazione tipica della solidarietà orizzontale è stata ravvisata, nel recente periodo, nella solidarietà generazionale, che implica forme di responsabilità nell'impiego delle risorse disponibili di carattere economico, ambientale e sociale (con riguardo, in particolare, ai settori storico-culturale, previdenziale, sanitario) nei confronti delle generazioni future⁵. A prescindere dall'accoglimento di una (problematica) categoria dei "diritti delle generazioni future", potrebbe infatti predicarsi l'esistenza di un dovere di solidarietà tra le generazioni attuali nella gestione dei beni pubblici o privati che abbia riflessi sulla collettività⁶.

Per altro verso, sembra costituire una espressione della solidarietà paterna l'intervento statale volto a garantire livelli di eguaglianza nelle prestazioni civili e sociali a prescindere dai confini territoriali, mediante strumenti di varia natura contemplati o desumibili dalle disposizioni del nuovo Titolo V della Costituzione⁷. Il riferimento è, in primo luogo, alla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», rimessa alla legge statale, come previsto dalla lettera m) dell'art. 117, secondo comma, della

cfr., altresì, RIGANO, *La solidarietà orizzontale e il ruolo dell'associazionismo*, cit., 63; ROSSI, *Art. 2*, in BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 57 s.

⁵ Si veda ROSSI, *Art. 2*, cit., 57.

⁶ Sul "dovere di solidarietà generazionale", v., in particolare, BUFFONI, *La "dottrina" dello sviluppo sostenibile e della solidarietà generazionale. Il giusto procedimento di normazione ambientale*, in *www.federalismi.it*, 8/2007; in argomento, più di recente, v. MABELLINI, *La sostenibilità in campo ambientale e i "diritti" delle generazioni future: un'ulteriore prova delle capacità palinogenetiche dell'art. 9, comma 2, Cost.*, in *Diritto e Società* n. 2/2018, 151 ss. Sul tema, si vedano, inoltre, BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017.

⁷ Sulla solidarietà nello stato regionale, può vedersi, in particolare, PRISCO, *La solidarietà verticale: autonomie territoriali e coesione sociale*, in PEZZINI-SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, cit., 15 ss.; MORRONE, *Solidarietà e autonomie territoriali nello Stato regionale*, *ibidem*, 27 ss.; cfr., altresì, ROSSI, *Art. 2*, cit., 58.

Costituzione; alla quale si affiancano, tanto le misure previste per favorire la perequazione tra i territori (art. 119, comma 3, Cost.), quanto quelle volte a sostenere con misure economiche gli enti territoriali «per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l’effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni» (art. 119, comma 5, Cost.); ulteriore strumento volto a superare le differenze di tipo economico e sociale tra i territori è inoltre ravvisabile nel potere sostitutivo governativo, in particolare per «la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali» (art. 120, comma secondo, Cost.)⁸.

2. La solidarietà: valore e principio costituzionale

Dall’insieme delle disposizioni costituzionali sopra considerate è dunque consentito configurare la solidarietà nel nostro ordinamento come vero e proprio “principio”.

La solidarietà non rileva unicamente come sentimento umano, come moto d’animo interiore capace insieme di giustificare e sorreggere la vita del gruppo sociale; né si configura come mero valore costituzionale, privo in quanto tale di forza prescrittiva. Essa è, senz’altro, un sentimento umano e un valore di rilievo costituzionale e può qualificarsi in questi termini. Così intesa, la solidarietà può ricondursi al concetto di fratellanza, proprio della religione cattolica, e a quello di *fraternité*, innalzato a vessillo dai rivoluzionari francesi⁹, esprimendo un’esigenza di sostegno reciproco tra i

⁸ Sui citati istituti, si rinvia, per approfondimenti, a D’ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2017; in particolare, si veda inoltre, D’ATENA, *Il principio unitario nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni*, in ID., *Le Regioni dopo il Big Bang. Il viaggio continua*, Milano, 2005, 67 ss.

⁹ Per un’indagine sul concetto di fraternità e sui suoi risvolti giuridici, si veda PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012, 27 ss., 110 ss. Sulla connessione tra fraternità e solidarietà, cfr., inoltre, MATTIONI, *Solidarietà giuridicizzazione della fraternità*, in MARZANATI-MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007, 7 ss.; GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in BALDUZZI-CAVINO-GROSSO-LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del convegno di Aqvi Terme - Alessandria*, svoltosi il 9-10 giugno 2006, Torino, 2007, 5 ss.; GIUBBONI, *Solidarietà, in Politica del diritto*, 2012, 527 ss.; APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, in *costituzionalismo.it*, 1/2016, 1 ss.; CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, *ibidem*, 47 ss.

consociati per il bene comune, quale espressione della naturale socialità dell'essere umano. Rappresenta in tal modo un valore sentito e condiviso nella società, capace di animarla, di plasmarla, di preordinarla.

È sulla base della solidarietà intesa come valore che possono sorgere e operare forme di volontariato, di servizio sociale gratuito, di associazionismo volto al sostegno di condizioni di disagio e difficoltà sociali. E, da questo punto di vista, se ne è profilata una definizione in termini di diritto¹⁰.

Ma le citate disposizioni costituzionali, dalle quali si ricava la solidarietà, consentono di configurare la stessa in termini di doverosità e pertanto di apprezzarla come autentico principio giuridico.

Il principio solidaristico ha infatti portata prescrittiva¹¹. Esso è in grado di imporsi al legislatore, il quale è tenuto alla sua attuazione, seppure entro i margini di discrezionalità che gli sono riservati¹².

Si tratta, peraltro, di un principio non formulato espressamente, bensì ricavabile, come si è visto, da più disposizioni. In tal modo, esso viene a configurarsi come principio c.d. di prima generazione, caratterizzato, in quanto tale, da una capacità di applicazione espansiva - o, altrimenti detto, da una eccedenza di contenuto deontologico - e dall'attitudine a colmare le lacune dell'ordinamento¹³.

Sulla base del principio di solidarietà possono pertanto trovare fondamento anche altri doveri, ulteriori rispetto a quelli previsti in costituzione, che il legislatore può individuare, nel rispetto delle disposizioni costituzionali. Non sembra invece consentito ravvisare un generale fondamento solidaristico per qualsivoglia dovere, che possa legittimare limiti al godimento di diritti; né, tantomeno, invocare il principio solidaristico per giustificare tutte le situazioni passive ed inattive che possa pretendere il titolare di un diritto assoluto. Infatti, per un verso, i limiti all'esercizio dei diritti devono trovare puntuale riscontro nelle disposizioni costituzionali¹⁴; per altro verso, possono individuarsi doveri privi di fondamento nel (solo) principio di solidarietà¹⁵.

¹⁰ Cfr., in particolare, RIGANO, *La solidarietà orizzontale e il ruolo dell'associazionismo*, cit., 77 s.; conformemente a tale lettura si vedano anche le sentenze della Corte costituzionale nn. 75/1992 e 309/2013.

¹¹ Cfr. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 4 ss.; CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, cit., 45 ss.

¹² In tal senso, si veda anche la sent. n. 47 del 2008 della Corte costituzionale.

¹³ D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2018, 20 ss.

¹⁴ Cfr., per tutti, ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 17 ss.

¹⁵ Cfr. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, 15.

Data la stretta connessione con i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., il principio solidaristico gode inoltre di una speciale garanzia costituzionale, dovendosi ritenere sottratto alla revisione costituzionale¹⁶.

Può osservarsi, infine, che il principio di solidarietà, tanto nell'accezione orizzontale, quanto in quella verticale, va tenuto distinto da quello di sussidiarietà. Quest'ultimo, che pure presenta tratti comuni con il principio solidaristico, si pensi in particolare alla comune radice rappresentata dal primato della persona umana¹⁷, rileva infatti come criterio di allocazione e di distribuzione delle competenze, in grado di orientare le scelte pubbliche, esprimendo una decisione di preferenza per l'ambito più vicino agli interessati¹⁸. Diversamente, il principio di solidarietà si indirizza tanto alle istituzioni, quanto agli individui, esprimendo una necessità di mutuo soccorso, in vista di un bene comune. I due principi, pure così simili, possono peraltro in alcuni casi confliggere. Si pensi in particolare all'ipotesi nella quale la scelta per l'ambito più vicino agli interessati, effettuata in termini assoluti, scivola da valutazioni sull'adeguatezza dello stesso ambito, finisca per tradursi in maggiori oneri (non solo economici) per il soggetto che versi in condizioni di disagio¹⁹.

3. Principio solidaristico e tutela della salute: l'opzione legislativa del modello di finanziamento dei servizi sanitari

Alcuni risvolti applicativi della presenza nell'ordinamento di siffatto principio costituzionale sembrano riguardare in modo particolare la tutela della salute. Anzitutto, la presenza del principio solidaristico sembra avere ricadute sulla tipologia del sistema sanitario esistente.

In proposito, il modello sanitario prescelto dal legislatore italiano si caratterizza rispetto ad altri modelli proprio per la sua maggiore rispondenza al principio di solidarietà. I caratteri distintivi del sistema sanitario nazionale italiano possono essere individuati, infatti, nella universalità della copertura sanitaria, nell'eguaglianza di trattamento e nel finanziamento pubblico dei

¹⁶ GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 9; GUZZETTA-MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., 694.

¹⁷ In argomento, si veda PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, cit., 50 ss.

¹⁸ Si veda, in particolare, D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 99 ss.

¹⁹ Sul tema, può vedersi MABELLINI, *La "declinazione sussidiaria" del principio di solidarietà...ovvero un passe-partout per il principio dell'equilibrio di bilancio*, in *Giur. cost.*, 1/2016, 32 ss.

servizi sanitari, realizzato mediante l'imposizione fiscale diretta, sulla base della progressività delle aliquote. Il modello sanitario di tipo universalistico rappresenta, del resto, ad oggi, il momento più recente di un percorso evolutivo che ha interessato diversi ordinamenti, i quali tutti, una volta optato per tale modello, non hanno più operato scelte di ritorno, quasi che l'approdo a tale sistema di finanziamento rappresenti un traguardo sociale²⁰.

Diverse sono state invece le scelte operate in altri ordinamenti, dove il principio o non è contemplato in Costituzione oppure è richiamato dalle disposizioni costituzionali in funzione di scopi determinati e con riferimento ad ambiti circoscritti.

Un esempio di ordinamento la cui Costituzione non contempla riferimenti alla solidarietà è rappresentato dagli Stati Uniti d'America²¹, ove la previsione di tutele costituzionali di carattere sociale si riscontra, seppure in misura parziale, solo all'interno delle costituzioni statali²². Si spiega così la presenza negli Stati Uniti di un sistema sanitario essenzialmente basato sulla sottoscrizione volontaria di polizze assicurative private e sulla residuale previsione di programmi assistenziali finanziati con fondi pubblici destinati a categorie marginali della popolazione (programmi *Medicare* e *Medicaid*)²³. Il settore, in verità, è stato oggetto di importanti modifiche nel corso della presidenza Obama²⁴. Si segnalano, in particolare, la previsione, fortemente contrastata dai Repubblicani, di un obbligo generale di assicurazione per le spese sanitarie e il divieto per le compagnie assicuratrici di far valere titoli di esclusione dalla copertura assicurativa basati sullo stato di salute²⁵. Va osservato, tuttavia, che nella nota pronuncia *National Federation of*

²⁰ Cfr. TOTH, *Le politiche sanitarie. Modelli a confronto*, Roma-Bari, 2009, 11.

²¹ Si tratta dell'opinione prevalente, supportata anche dalle pronunce della Corte Suprema. Non mancano tuttavia autori che ravvisano un fondamento dei diritti sociali nella Costituzione federale. Su tali aspetti, si veda ZACKIN, *Positive Rights*, in TUSHNET, GRABER, LEVINSON (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York, 2015, 717.

²² All'interno delle costituzioni statali si rinviene talvolta la presenza di clausole a tutela dell'istruzione, del lavoro minorile, dell'ambiente, della salute. Su tali ambiti, si veda TARR, *Understanding State Constitutions*, Princeton, 1998, 20 ss.; MARKS-COOPER, *State Constitutional Law in a Nutshell*, St. Paul, Minn., 1988, 252 s.; DINAN, *State Constitutionalism*, in TUSHNET-GRABER-LEVINSON (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, cit., 867 ss.

²³ Cfr., sul tema, TOTH, *Le politiche sanitarie. Modelli a confronto*, cit., 44 s.; CUOCOLO-CANDIDO, *L'incerta evoluzione del regionalismo sanitario in Italia*, in *forumcostituzionale*, Rassegna n. 9/2013, 13 s.

²⁴ ... in virtù dell'approvazione del *Patient Protection and Affordable Care Act* del 2010 e del successivo *Health Care and Education Reconciliation Act* dello stesso anno.

²⁵ Cfr., *amplius*, CASONATO, *I sistemi sanitari: note di comparazione*, in CARBONI (a cura di), *La salute negli Stati composti: tutela del diritto e livelli di governo*, Torino, 2012, 26.

Independent Business v. Sebelius [567 U.S. 519 (2012)] con la quale la Corte Suprema degli Stati Uniti si è pronunciata sulla citata riforma, la legittimità delle disposizioni federali è stata giustificata alla luce del *taxing power* di spettanza federale, non invece sulla base di una competenza federale nel settore sanitario, che il Congresso intendeva evocare sulla base di una interpretazione estensiva della clausola sul commercio interstatale²⁶.

In Francia, il termine *solidarietà*, già impiegato nel Preambolo della Costituzione del 1946²⁷, compare nella Costituzione del 1958 con riferimento agli Stati e ai popoli di lingua francese²⁸. Nello stesso documento, si richiama altresì la *fraternité*, nell'art. 2, come parte del motto della Repubblica francese²⁹, nonché, con specifico riferimento ai territori d'oltremare, tanto nel preambolo³⁰, quanto nell'art. 72.3³¹. Tanto l'impiego del termine *solidarité*, quanto quello del termine *fraternité* sembrano riferirsi prevalentemente alle relazioni tra i popoli che compongono la Comunità e dunque rilevare essenzialmente in una dimensione collettiva. Non sembra pertanto un caso che il modello sanitario adottato non sia quello universalistico, ma quello basato sull'assicurazione sanitaria obbligatoria, integrata dalla eventuale sottoscrizione di polizza assicurative private facoltative³².

È tuttavia di qualche mese fa una rilevante pronuncia del *Conseil Constitutionnell* in tema di immigrazione irregolare, nella quale i giudici, per la prima volta, hanno individuato nel concetto di *fraternité*, presente all'interno del documento costituzionale francese, il fondamento di un autentico principio

²⁶ Sul tema, si veda BOLOGNA, *Dall'approvazione della riforma sanitaria alla decisione della Corte suprema: la parabola (inconclusa) dell'Obamacare*, in www.forumcostituzionale.it, Rassegna n. 11/2012.

²⁷ Preambolo della Costituzione del 1946 - «La Nazione proclama la solidarietà e l'eguaglianza di tutti i francesi di fronte agli oneri derivanti da calamità nazionali».

²⁸ Art. 87 - «La Repubblica partecipa allo sviluppo della solidarietà e della cooperazione tra gli Stati e i popoli che condividono l'uso della lingua francese».

²⁹ Art. 2, co. 2 - «Il motto della Repubblica è “Libertà, Eguaglianza, Fraternità”».

³⁰ Preambolo della Costituzione del 1958 - «Il Popolo francese proclama solennemente la sua fedeltà ai diritti dell'uomo e ai principi della sovranità nazionale definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata ed integrata dal preambolo della Costituzione del 1946, e ai diritti e doveri definiti nella Carta dell'ambiente del 2004.

Sulla base di questi principi e di quello della libera determinazione dei popoli, la Repubblica offre ai territori d'oltremare che manifestano la volontà di aderirvi nuove istituzioni fondate sull'ideale comune di libertà, di eguaglianza e di fraternità e concepite ai fini della loro evoluzione democratica».

³¹ «La repubblica riconosce, in seno al popolo francese, le popolazioni d'oltremare, in un ideale comune di libertà, uguaglianza e fraternità».

³² Cfr. TOTH, *Le politiche sanitarie. Modelli a confronto*, cit., 37 s.

costituzionale, destinato ad imporsi anche nella dimensione interpersonale e non solo collettiva, e delineabile in termini di diritto individuale³³.

Nella Costituzione spagnola la solidarietà è riconosciuta e garantita tra le regioni che compongono lo Stato³⁴; è strumento per favorire l'attività dei pubblici poteri nel controllo delle risorse naturali, per la tutela della qualità della vita e dell'ambiente³⁵; è principio la cui effettiva realizzazione è oggetto di tutela da parte dello Stato, che verifica lo «stabilimento di un adeguato e giusto equilibrio economico fra le diverse parti del territorio spagnolo, tenendo conto in particolare delle circostanze connesse alle situazioni delle isole»³⁶; è principio che orienta le Comunità autonome nell'esercizio della loro autonomia finanziaria³⁷, e che giustifica l'adozione di un «Fondo di Compensazione destinato a spese di investimento le cui risorse verranno distribuite dalle Cortes Generali fra le Comunità Autonome e, se del caso, le province»³⁸.

³³ Si tratta della decisione n. 2018-717/718 QPC del 6 luglio 2018. Tra i primi commenti alla pronuncia, può vedersi CAVINO, *La fraternité non apre le frontiere francesi*, in *Iacostituzione.info*, 8/7/2018; LECIS, *Principio di fraternità e aiuto umanitario ai migranti irregolari: dal Conseil constitutionnel un'importante pronuncia sul "reato di solidarietà"*, in *www.diritticomparati.it*, 30/7/2018; DAICAMPLI, *Emerione di un principio costituzionale: il Conseil Constitutionnel su fraternité e azioni umanitarie a favore dei migranti*, in *DPCE on line* 3/2018.

³⁴ Art. 2 – «La Costituzione si fonda sull'unità indissolubile della Nazione spagnola, patria comune e indivisibile di tutti gli spagnoli, riconosce e garantisce il diritto all'autonomia delle nazionalità e delle regioni che la compongono, nonché la solidarietà fra tutte queste».

³⁵ Art. 45 – «1. Tutti hanno il diritto di utilizzare un ambiente idoneo allo sviluppo della persona, così come il dovere di conservarlo. 2. I poteri pubblici veglieranno sulla utilizzazione razionale di tutte le risorse naturali al fine di proteggere e migliorare la qualità di vita, difendere e ripristinare l'ambiente, appoggiandosi all'indispensabile solidarietà collettiva».

³⁶ Articolo 138 - «1. Lo Stato garantisce la effettiva realizzazione del principio di solidarietà consacrato nell'articolo 2 della Costituzione, vegliando allo stabilimento di un adeguato e giusto equilibrio economico fra le diverse parti del territorio spagnolo, tenendo conto in particolare delle circostanze connesse alle situazioni delle isole. 2. Le diversità fra gli Statuti delle distinte Comunità Autonome in nessun caso potranno comportare privilegi economici o sociali».

³⁷ Articolo 156 - «1. Le Comunità Autonome godranno di autonomia finanziaria per lo sviluppo e l'esecuzione delle loro competenze con riguardo ai principi di coordinamento con la finanza statale e di solidarietà fra tutti gli spagnoli».

³⁸ Articolo 158 - «1. Nel Bilancio Generale di previsione statale potrà stabilirsi un'assegnazione a favore delle Comunità Autonome in funzione dei servizi e attività statali che abbiano assunto e della garanzia di un livello minimo nella prestazione dei servizi pubblici essenziali in tutto il territorio spagnolo. 2. Al fine di correggere gli squilibri economici interterritoriali e rendere effettivo il principio di solidarietà, sarà istituito un Fondo di Compensazione destinato a spese di investimento le cui risorse verranno distribuite dalle Cortes Generali fra le Comunità Autonome e, se del caso, le province».

Analogamente all'esperienza francese, anche in Spagna la solidarietà sembra assumere pertanto un'accezione collettiva, quale strumento di tutela dell'ordinamento e di rafforzamento dell'insieme delle sue componenti interne³⁹. Non stupisce, pertanto, che il sistema sanitario spagnolo, pure se di tipo universalistico, presenti uno spiccato carattere decentrato, essendo rigidamente organizzato su base regionale e locale, con un'offerta diversificata di prestazioni sanitarie da regione a regione e con una limitata previsione di condizioni favorevoli alla mobilità sanitaria degli spagnoli⁴⁰.

L'assenza del principio in Costituzione ovvero la sua previsione limitatamente ad aspetti concernenti il legame tra le sue componenti interne non sembra dunque privo di riflessi nella vita dell'ordinamento. Dal corretto assunto secondo il quale un gruppo sociale non può esistere senza solidarietà tra i suoi membri, non sembra infatti necessariamente deducibile l'esistenza e l'operatività del principio di solidarietà in ogni ordinamento giuridico⁴¹.

4. Una forma di solidarietà orizzontale o fraterna: la previsione dei trattamenti sanitari obbligatori

Il principio solidaristico affiora inoltre nella previsione costituzionale di limiti alle libertà individuali. È il caso, in particolare, del limite dell'interesse della collettività⁴², previsto dall'art. 32 Cost., il quale circoscrive l'ambito di tutela del diritto alla salute. In particolare, l'accertamento di un interesse della collettività, unitamente agli altri presupposti sanciti dalla stessa disposizione costituzionale⁴³, consente di legittimare l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori.

³⁹ In tal senso, FERNÁNDEZ SEGADO, *El principio de solidaridad en la Constitución española de 1978*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, tomo II, Milano, 2015, 1036 ss..

⁴⁰ Sul tema, sia consentito il rinvio a MABELLINI-TAMBURRINI, *La migrazione sanitaria nell'esperienza degli Stati composti*, in MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018, 118 ss.

⁴¹ ... come invece sostenuto da MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale. Parte II. La Costituzione italiana. Precedenti storici. Principi fondamentali e rapporti civili*, Milano, 1993, 60 ss. Criticamente rispetto alla posizione del Mazziotti di Celso, cfr., in particolare, GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 6.

⁴² Sull'interesse della collettività, quale limite alla libertà di salute, si veda MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 162 ss.

⁴³ Su tali presupposti, cfr., in particolare, MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, cit., 172 ss.

Questi ultimi costituiscono un limite alla libertà di cura intesa nella sua forma negativa, vale a dire quale libertà di non curarsi. Tali trattamenti individuano infatti una deroga al principio del consenso, il quale è da ritenersi «immanente»⁴⁴ alla stessa libertà di curarsi, e che normalmente rileva ai fini del godimento in forma positiva o negativa del diritto, tanto che, in sua assenza, il medico non può procedere al trattamento sanitario. Nei casi di trattamento sanitario obbligatorio il consenso del paziente, appunto, non rileverà e legittimerà l'imposizione dello stesso trattamento, esponendo il paziente che vi si rifiuti a sanzioni dirette o, più spesso, indirette⁴⁵. È il caso delle vaccinazioni obbligatorie in età pediatrica e di quelle richieste per svolgere determinate attività lavorative, che trovano una generale previsione nell'art. 33 della legge n. 833/1978 - recante «norme per gli accertamenti ed i trattamenti sanitari volontari e obbligatori» - oltre che specifico fondamento in singole disposizioni di legge.

In tale prospettiva, la solidarietà viene dunque a rilevare nella sua accezione orizzontale, consentendo di giustificare l'imposizione di limiti al godimento dei diritti. Si tratta di una osservazione espressa in vario modo in diverse pronunce giurisprudenziali⁴⁶. Per accertare la legittimità dell'imposizione, si tratterà ad ogni modo di verificare il rispetto di tutti i requisiti previsti dall'art. 32 della Costituzione. Tra questi rientra, in particolare, la riserva di legge, da intendersi, secondo l'opinione preferibile, in termini assoluti⁴⁷.

⁴⁴ MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2018, 132.

⁴⁵ PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 885 ss.

⁴⁶ Si vedano in particolare le pronunce nn. 307/1990, 258/1994, 118/1996 della Corte costituzionale. Di recente un forte richiamo alla manifestazione del principio solidaristico in relazione alle vaccinazioni obbligatorie è stato espresso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nel parere n. 2065/2017, del 26 settembre 2017, parere richiesto dalla Regione Veneto, circa l'applicabilità delle disposizioni della legge n. 119/2017 di conversione del d.l. n. 73/2017.

⁴⁷ MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, cit., 47 s. Al riguardo, ha suscitato qualche perplessità in dottrina la recente previsione dell'obbligatorietà di dieci vaccinazioni per i minori di età compresa tra zero e sedici anni introdotta dal decreto-legge n. 73/2017, in seguito convertito dalla legge n. 119/2017. In particolare, è stata messa in dubbio la legittimità della fonte, con particolare riferimento alla sussistenza dei presupposti della necessità e dell'urgenza. Sul punto ha avuto modo di pronunciarsi la Corte costituzionale, la quale, nella sentenza n. 5/2018, ha affermato che nel caso al suo esame, né il Governo, né il Parlamento «abbiano ecceduto i limiti dell'ampio margine di discrezionalità che spetta loro, ai sensi dell'art. 77, secondo comma, Cost, nel valutare i presupposti della necessità e urgenza che giustificano l'adozione di un decreto-legge in materia». In commento alla pronuncia, si vedano, ex plurimis, MORANA, *Diritto alla salute e vaccinazioni obbligatorie*, in www.dirittoesalute.org, n. 3/2018; IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio*

Appare invece più problematico giustificare, richiamando l'esigenza di tutelare la salute collettiva, l'imposizione di trattamenti sanitari coattivi. Questi ultimi, come è noto, consistono in trattamenti sanitari eseguiti mediante costrizione fisica del paziente, anche ricorrendo alle forze di pubblica sicurezza⁴⁸. I profili generali della categoria sono regolati dagli artt. 33, 34 e 35 della legge n. 833/1978 che, sebbene definiscano tali trattamenti sanitari "obbligatori", in realtà si riferiscono anche a quelli coattivi, disciplinando i modi e le condizioni di limitazione della libertà personale al fine di tutelare il diritto alla salute. Per l'esecuzione di tali trattamenti, secondo la tesi che appare preferibile, dovrebbero rispettarsi tanto le garanzie previste dall'art. 32 Cost., quanto quelle stabilite dall'art. 13 della Costituzione⁴⁹. Il campo di applicazione di tali tipologie di trattamenti è in particolare rappresentato dalle malattie mentali⁵⁰. Ebbene, in tale settore, sembra arduo richiamare la necessità di tutelare la salute collettiva a giustificazione della limitazione imposta al paziente, dal momento che l'esigenza prioritaria sembra essere piuttosto quella della tutela dell'incolumità pubblica.

Al riguardo, come già prospettato in altra sede⁵¹, potrebbe tuttavia attribuirsi rilevanza alla distinzione tra incolumità pubblica in senso stretto e ordine pubblico⁵². Mentre quest'ultimo richiama essenzialmente attività di prevenzione e repressione dei reati, l'incolumità pubblica sembra da

della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche, in www.giurcost.org, n.1/2018; PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in www.forumcostituzionale.it, Rassegna n. 9/2018.

⁴⁸ PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. e soc.*, 4/1979, 888 s.

⁴⁹ PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 298; MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, cit., 54 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, si vedano le sentenze nn. 74/68, 29/73, 23/75, 223/76.

⁵⁰ Gli artt. 34 e 35 della legge n. 833/1978 disciplinano gli accertamenti (ASO) e i trattamenti sanitari obbligatori (TSO) - in realtà coattivi - per malattia mentale, prevedendosi la possibilità di imporre accertamenti sanitari obbligatori, trattamenti sanitari obbligatori senza degenza ospedaliera e trattamenti sanitari obbligatori in regime di degenza ospedaliera. L'art. 33 della stessa legge prevede inoltre la possibilità che trattamenti sanitari in senso lato obbligatori, inclusivi dunque anche di quelli coattivi, vengano disposti, oltre che nei casi regolati dalla stessa legge, anche «in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato», così che non è da escludersi la previsione di trattamenti sanitari coattivi anche in ipotesi diverse da quelle per malattie mentali.

⁵¹ TAMBURRINI, *Sulla riserva di legge in tema di trattamenti sanitari coattivi*, in CECCHERINI (a cura di), *I diritti al tempo delle crisi. Nuove esigenze di ponderazione*, Napoli, 2018, 27 ss.

⁵² Su tale distinzione, cfr. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in NANIA-RIDOLA, *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2001, 389.

intendersi come integrità psico-fisica della persona, la cui garanzia potrebbe in effetti giustificare un trattamento sanitario obbligatorio (*rectius* coattivo) nei confronti di soggetti affetti da una malattia mentale. Alla tutela dell'incolumità pubblica risulta del resto sottesa una più generale esigenza solidaristica, che invece non sembra configurarsi come una costante sempre presente nella tutela dell'ordine pubblico materiale.

5. La solidarietà verticale o paterna nella giurisprudenza costituzionale in materia di vaccini obbligatori e raccomandati

Proprio in materia sanitaria, la Corte costituzionale ha d'altro canto, per la prima volta, evocato il principio di solidarietà nella sua diversa accezione verticale, con riferimento al compito della collettività di riparare il danno eventualmente sofferto dall'individuo che si sia sottoposto ad un trattamento sanitario obbligatorio⁵³.

In particolare, per l'ipotesi di lesione del diritto alla salute in conseguenza di vaccinazione obbligatoria, nella sentenza n. 307 del 1990, il Collegio, oltre che evidenziare la sussistenza del diritto al risarcimento del danno derivante da comportamento colpevole, ex art. 2043 c.c., secondo le comuni regole civilistiche, ha configurato un diritto ad un equo indennizzo per le ipotesi di danno da vaccinazione obbligatoria derivante da adempimento di un obbligo legale, discendente direttamente dalla Costituzione, ex artt. 32 e 2 Cost. Nella pronuncia, la Corte sottolinea il carattere di reciprocità che contraddistingue lo spirito di solidarietà: il quale si manifesta tanto nel comportamento del singolo che si sottopone al trattamento sanitario, nell'interesse della salute collettiva, quanto in quello della collettività, che si fa carico delle conseguenze negative per la salute dell'individuo derivanti dallo stesso trattamento sanitario obbligatorio.

In successive pronunce, la Corte ha quindi ulteriormente individuato, quale misura soddisfattoria nelle ipotesi di danno alla salute provocato da vaccinazione obbligatoria, il diritto a misure assistenziali, discendente dagli artt. 38 e 2 Cost. e da prevedersi discrezionalmente da parte del legislatore⁵⁴.

⁵³ Sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di riparazione del danno alla salute, si veda in particolare CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2/2012, 459 ss.; nonché, più di recente, MORANA, *Diritto alla salute e vaccinazioni obbligatorie*, in *Diritto e salute*, 3/2018, 48 ss.

⁵⁴ Si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 118/96, 226/2000, 342/2006, 293/2011.

Da ultimo, la Corte ha riconosciuto la spettanza di un diritto ad un equo indennizzo anche per l'ipotesi di danno alla salute derivante da vaccinazione meramente raccomandata⁵⁵. La Corte ha infatti ritenuto che in presenza di un danno alla salute derivante da una vaccinazione, non vi sia differenza, in via di principio, tra la sottoposizione ad una vaccinazione obbligatoria per legge e la sottoposizione ad una vaccinazione dalla legge solo promossa e incentivata, non rilevando che il soggetto abbia deciso di vaccinarsi sotto la minaccia di una sanzione ovvero facendo «appello alla collaborazione dei singoli a un programma di politica sanitaria». In entrambi i casi, infatti, l'indennizzo si giustifica in ragione di «esigenze di solidarietà sociale»⁵⁶, che richiedono alla collettività di farsi carico delle eventuali conseguenze negative per l'individuo del trattamento sanitario obbligatorio, completando così un «patto di solidarietà» tra individuo e collettività in tema di salute⁵⁷, che rappresenta una tipica manifestazione del concreto operare del principio di solidarietà nel nostro ordinamento.

In conclusione, le considerazioni svolte in tema di tutela della salute sembrano confermare quanto osservato circa i profili generali della solidarietà nel nostro ordinamento. La sua più marcata peculiarità sembra consistere nel rappresentare non solo un sentimento nobile ed espressivo di ricchezza umana, per sua natura altruistico e disinteressato; ma, contemporaneamente, essa esige di essere rispettata e praticata, anche se non condivisa, imponendosi come doverosa al legislatore e ai consociati, orientando i giudici nelle decisioni, assolvendo così ad una essenziale funzione costitutiva e formativa del gruppo sociale.

⁵⁵ Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte costituzionale n. 27/1998 - relativa alla vaccinazione contro la poliomelite; n. 423/2000 - relativa alla vaccinazione contro l'epatite B; n. 342/2006 - in tema di epatiti post-trasfusionali; n. 107/2012 - relativa alla vaccinazione contro il morbillo, parotite e rosolia; n. 268/2017 - in tema di vaccinazione anti-influenzale; n. 5/2018 - sul citato decreto-legge n. 73/2017 introduttivo di vaccinazioni obbligatorie (si veda *supra*, nota 47).

⁵⁶ L'espressione è presente nella pronuncia n. 27/1998 della Corte costituzionale.

⁵⁷ Così si esprime la Corte nella sentenza n. 268/2017.

IL RUOLO DEI GIUDICI FRANCOFONI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA DEL CANADA^{°*}

Eleonora Ceccherini

*Professoressa associata di Diritto costituzionale,
Università degli Studi di Genova*

Il saggio investiga sul ruolo dei tre giudici francofoni che siedono nella Corte suprema. A tal fine, è stata esaminata la giurisprudenza del collegio, in particolare, valutando le pronunce in cui i giudici suddetti siano stati congiuntamente latori di opinioni dissenzienti rispetto alla maggioranza, al fine di verificare se la loro provenienza influenzasse la loro posizione. Alla luce dell'analisi, sembra di poter affermare che i giudici del Quebec non svolgono il ruolo di "rappresentanti" della Provincia, quanto piuttosto assicurano la competenza in materia di diritto civile e conferiscono legittimazione all'organo a cui appartengono.

The paper focuses on the role of three francophone justices of the Supreme Court. At this aim, the essay examines the cases law, especially evaluating the judgments in which the three justices delivered dissenting opinions in order to verify if the JusticEs origins influence their position. The study shows that francophone justices do not "represent" Quebec but they guarantee specific skill in civil law and legitimize the judicial body.

Sommario:

1. Introduzione.
2. L'influenza del federalismo sul sistema della nomina dei giudici della Corte suprema
3. La composizione della Corte suprema come garanzia dell'historic bargain
4. La francofonia dei giudici come limite alla revisione costituzionale
5. I giudici francofoni come garanti della "specialità" del Quebec?
6. Brevi conclusioni

[°] Saggio sottoposto a double-blind peer review.

* Il presente saggio riprende con alcune modifiche e aggiornamenti un contributo apparso in Delledonne – Martinico – Pierdominici (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017, 147 ss.

1. Introduzione

L'ottica che qui si intende privilegiare riguarda il tema del cosiddetto “*reflective judiciary*”, il quale assume la prospettiva in base alla quale nel sistema di selezione dell'accesso alla magistratura sia necessario tenere in debito conto il pluralismo sociale e/o territoriale esistente in un dato ordinamento. Non si tratta – come è evidente – di rendere la magistratura rappresentativa di una porzione del popolo in antagonismo o contrapposizione con un'altra (che sarebbe nella logica delle assemblee rappresentative) ma piuttosto si ritiene che sia necessario incorporare nel sistema le diversità presenti nella società al fine di conferire maggiore legittimazione all'apparato. Il *reflective judiciary* non impone una rappresentanza proporzionale delle componenti socio-territoriali nel potere giudiziario ma auspica una partecipazione delle stesse all'esercizio dell'attività giudicante¹.

Tale esigenza trova una sua consacrazione a livello internazionale e a questo proposito alcuni documenti hanno ripreso questo elemento. Ad esempio, nella Dichiarazione universale sull'indipendenza della giustizia di Montréal del 1983 all'art. 2.13 si legge infatti, che: «*the process and standards of judicial selection shall give due consideration to ensuring a fair reflection of the judiciary of the society in all its aspects*»². Sempre sullo stesso piano, l'*International Bar Association Code on Minimum Standards of Judicial Independence* dispone che: «*The process and standards of judicial selection must insure fair representation of all social classes, ethnic and religious groups, ideological inclinations and where appropriate, geographical regions. The representation should be fit and not numerically or accurately proportional*».

A livello Ocse sia la Dichiarazione di Copenaghen del 1990 che quella di Lund del 1992 sottopongono all'attenzione il tema della partecipazione dei gruppi minoritari all'amministrazione della giustizia. La prima, alla sec. 30, indica che: «*The participating States recognize that the questions relating to*

¹ Sul tema in generale, cfr. CAIELLI, MASTROMARINO (eds.), *Jurisdiction and Pluralisms: The Temptations of a Reflective Judiciary*, in *federalismi.it*, 5, 2018.

² SHETREET, *The Doctrinal Reasoning for More Women Judges: The Principle of Reflective Judiciary*, in SHETREET (ed.), *Women in Law*, London, 1998, 190; SHETREET, *The Emerging Transnational Jurisprudence on Judicial Independence: The IBA Standards and Montreal Declaration*, in SHETREET - DESCHÊNES (eds.), *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, 1985, 393 ss. Si tratta di una disposizione fortemente voluta dai rappresentanti africani dove il tema dell'appartenenza etnica e tribale è particolarmente percepita.

national minorities can only be satisfactorily resolved in a democratic political framework based on the rule of law, with a functioning independent judiciary»; mentre nella seconda, si legge nella parte relativa alla *Participation in decision-making*, al punto 6 che: «*States should ensure that opportunities exist for minorities to have an effective voice at the level of the central government, including through special arrangements as necessary. These may include, depending upon the circumstances: special representation of national minorities, for example, (...) formal or informal understandings for allocating to members of national minorities (...) seats on the supreme or constitutional court or lower courts*»³.

In questo senso, il Canada costituisce un ordinamento precursore in quanto, come è noto, la composizione della Corte suprema deve incorporare una componente francofona, nella misura di tre giudici, oltre che garantire la presenza di giudici provenienti dalle altre Province (v. *infra*, par. 3). Questa scelta costituzionale è intellegibile solo alla luce delle vicende storiche che aiutano a comprendere le specificità e le peculiarità del paese. Attraverso questa lettura, è possibile avere contezza delle ragioni di alcune scelte costituzionali che caratterizzano l'organizzazione e il funzionamento del potere giudiziario in Canada. A questo affresco, vanno aggiunte alcune riflessioni circa la forma di stato federale canadese che costituisce il naturale esito del percorso storico evocato in precedenza, finalizzato a ricomporre una dicotomia sociale e politica fra anglofoni e francofoni, che ancora oggi costituisce un elemento determinante delle dinamiche politiche.

Il contributo, in primo luogo, ripercorrerà le vicende storiche che hanno condotto alla nascita del Canada e che aiutano a delineare un quadro generale in grado di far comprendere le peculiarità dell'ordinamento d'oltreatlantico. In secondo luogo, sarà analizzata la giurisprudenza della Corte suprema al fine di comprendere se la sua composizione plurale abbia svolto una qualche influenza sui suoi orientamenti.

2. L'influenza del federalismo sul sistema della nomina dei giudici della Corte suprema

Lo studio dell'ordinamento canadese ha sempre sollecitato gli interessi del giurista, sia di matrice pubblicista che privatistica per le sue significative peculiarità che si presentano a livello istituzionale, politico, sociale ed

³ NOBBS, *International Benchmarks: A Review of Minority Participation Judiciary*, in WELLER – NOBBS (eds.), *Political Participation of Minorities*, Oxford, 2010, 589.

economico. Si tratta, infatti, di un sistema in cui convivono due ordinamenti giuridici: quello di *civil law* e quello di *common law*; due lingue diverse e parimenti ufficiali: il francese e l'inglese; pur essendo uno stato indipendente con una propria bandiera e un proprio sistema costituzionale, il monarca britannico continua a essere il capo dello Stato e compare sul dollaro canadese; sussiste anche una contrapposizione economica fra le Province dell'Ovest, la cui ricchezza si deve soprattutto allo sfruttamento delle risorse naturali e quelle dell'Est – segnatamente Ontario e Quebec – a vocazione industriale⁴. A queste duplicità, ci sono da aggiungere alcune specificità: la prima riguarda la presenza di comunità aborigene⁵, che occupavano il territorio prima dell'arrivo dei colonizzatori europei, a cui è stato riconosciuto lo *status* di popoli fondatori; la seconda concerne l'attuale composizione della popolazione, la quale è cospicuamente composta da persone di più o meno recente immigrazione⁶.

Dal punto di vista della forma di stato, il Canada è una Federazione, che si articola in dieci Province e tre Territori. Storicamente nasce nel 1867, anno in cui si costituisce in *Dominion*, unendo alcuni territori coloniali: Ontario, Quebec, Nova Scotia e New Brunswick, ai quali si sono aggiunte le altre Province nel tempo⁷. La forma di Stato viene determinata con l'approvazione da parte del Parlamento di Westminster del *British North America Act* (ora *Constitution Act*, 1867), il quale definisce sia la forma di stato che di governo del paese ma non ricomprende un catalogo dei diritti, la cui protezione, in un primo momento, è affidata alla *common law* di derivazione britannica. Da un punto di vista della ripartizione di competenze fra centro e periferia, il *British North America Act* indica una doppia lista di materie da ricondurre a ciascun livello istituzionale: nella *sec.* 91 sono

⁴ MARTINICO, *La genesi "mista" dell'asimmetria canadese*, in DELLEDONNE – MARTINICO - PIERDOMINICI (eds.), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017, 15 ss.

⁵ Nel 2016, gli indigeni erano 1.673.785, pari al 4.9% dell'intera popolazione., cfr. <https://www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/171025/dq171025a-eng.htm>

⁶ Secondo i dati del censimento del 2016, gli immigrati nel paese sono 7,540,830 su un totale della popolazione di 34,460,060 milioni; mentre invece, 1,673,785 di individui appartengono alle comunità autoctone, cfr. <https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/>.

⁷ Nel 1869, la Compagnia della Baia di Hudson cede al *Dominion* i territori da lei amministrati, (che formeranno successivamente le Province di Manitoba, annessa nel 1870, e Alberta e Saskatchewan che aderiscono nel 1905); nel 1871 entra a far parte del Canada, la British Columbia e nel 1873, l'Isola del Principe Edoardo; nel 1949 si incorporano nella Federazione la Provincia di Newfoundland e Labrador; nel 1975 sono creati i due Territori dello Yukon e del Nord Ovest, mentre nel 1999 viene istituito il Territorio del Nunavut.

ricompresi gli ambiti competenziali la cui potestà legislativa spetta in via esclusiva alla Federazione, mentre nella *sec.* 92 sono indicati quelli riservati alle Province. I Territori non godono di un'autonomia costituzionalmente protetta, sono istituiti con legge federale e dispongono delle competenze che l'atto legale costitutivo prevede e che, comunque, non possono essere più estese di quelle riservate alle Province.

Le ragioni della scelta dell'assetto federale sono da ricondurre al tentativo di mantenere sfere di autonomia alle Province, al fine di contenere le spinte centrifughe sorte sulla base della coesistenza fra *ex* colonie francesi e il resto del *Dominion* anglofono. Le prime si caratterizzano per l'adozione di un ordinamento di *civil law*, l'uso della lingua francese e della religione cattolica, brandita, *in primis*, per rivendicazioni nazionalistiche⁸, mentre il secondo si caratterizza per un ordinamento giuridico di *common law*, per la lingua inglese e radici protestanti. Le cause di questa convivenza si devono a ragioni storiche: una parte del territorio canadese colonizzato dai francesi è ceduto con il Trattato di Parigi alla Corona britannica nel 1763. La politica di anglicizzazione di quei territori (attualmente coincidenti con le Province del Quebec e del New Brunswick) mostra immediatamente i suoi limiti di fattibilità, pertanto, la Corona britannica decide di riconoscere giuridicamente l'alterità ordinamentale con il *Quebec Act*, 1774, stabilendo una ripartizione di giurisdizione negli *ex* territori francesi, che lascia al diritto di ascendenza francofona la competenza in materia di diritti reali e diritti civili, riconfermando l'affidamento al *common law* della materia penale e di ogni altra materia⁹. La conservazione della vecchia legge civile reca come conseguenza il mantenimento dell'uso della lingua ad essa

⁸ BRUTI LIBERATI - CODIGNOLA, *Storia del Canada. Dal primo contatto fra Europei e indiani alle nuove influenze nel pensiero politico mondiale*, Milano-Firenze, 2018, *passim*; TORIELLO, *La circolazione del modello inglese in Canada e il rapporto con la tradizione di civil law. Un contributo alla ricostruzione*, in ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, 81 ss.; sull'importanza della diversità linguistica in Canada: BEHIELS, *Contested Ground: The State and Language Rights in Canada*, in MAGNET (ed.), *Official Languages of Canada, New Essays*, Toronto, 2008, 23 ss.; HARRINGTON, *The Post-Confederation Era*, in MENDES (ed.), *Canada's Constitutional Democracy*, Toronto, 2017, 51 ss.; PIERGIGLI, *Lingue minoritarie e identità culturali*, Milano, 2001; PETRILLO, *Multiculturalismo e diritti linguistici*, in CECCHERINI (a cura di), *I diritti al tempo delle crisi. Nuove esigenze di ponderazione*, Napoli, 2018, 181 ss.

⁹ Nella stessa ordinanza viene consentito l'uso della lingua francese, il diritto a praticare la religione cattolica e la parità di accesso alle cariche pubbliche fra francofoni e anglofoni. TREMBLAY, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, 1967, 27 ss.

connessa. Con l'approvazione della legge del 1774, si dà avvio a un processo di biculturalismo e bigiuralismo che influenzerà significativamente l'assetto ordinamentale del Canada. Proprio l'accettazione dell'esistenza di due popoli fondatori e la consapevolezza dell'impossibilità di ridurre a un *unicum* la dicotomia ordinamentale del paese spingono la classe politica canadese a sancire nel *British North America Act* (BNA) del 1867, che darà vita al *Dominion*, la decisione di lasciare alle Province la competenza a disciplinare i rapporti fra privati e, quindi, al Quebec la possibilità di utilizzare il diritto di tradizione romanista.

Tuttavia, le vischiosità fra il Quebec e il *rest of Canada* non si risolvono, acute come sono da una parte dalla volontà delle Province anglofone di instaurare un federalismo basato sulla parità fra le Province e dall'altra, dall'anelito della comunità di origine francese di vedersi riconosciuto lo *status* di *distinct society*. Questa duplicità anima la storia del Canada, in quanto da una parte, l'organizzazione dei poteri si giustifica con un *foedus* che unisce i vari territori per ragioni di efficienza del sistema, d'altra parte, lo stesso patto è finalizzato a mantenere e garantire il riconoscimento delle identità nazionali¹⁰. Il nazionalismo francofono, quindi, costituisce un elemento ricorrente nel dibattito politico e riemerge come un fiume carsico a più riprese nella storia canadese, alimentando una divisione etnico-linguistica (anche se non più religiosa)¹¹.

Di questa faglia politico-istituzionale se ne ha traccia ad esempio nei lavori della Commissione reale di studio sul bilinguismo e il biculturalismo istituita nel 1963, con il compito di «proporre le misure da prendere per sviluppare la Confederazione canadese sulla base di un'eguale *partnership* tra le due razze fondatrici»¹². Le raccomandazioni espresse nel rapporto - presentato nel 1969 - invocano un riconoscimento formale dell'eguale *partnership* dei due popoli fondatori che si estrinseca *in primis* nella facoltà di vedere somministrati i servizi dell'amministrazione federale sia in inglese

¹⁰ RESNICK, *Towards a Multinational Federalism: Asymmetrical and Confederal Alternatives*, in LESLIE SEIDLE (ed.), *Seeking a New Canadian Partnership: Asymmetrical and Confederal Options*, Montréal, 1994, 71. Su questo tema a livello comparato: FOSSAS, *National Plurality and Equality*, in REQUEJO (ed.), *Democracy and National Pluralism*, London - New York, 2001, 63.

¹¹ RUBBOLI, *Un federalismo imperfetto*, Firenze, 1992, 103 ss.; WOEHLING, *La constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais de 1867 à nos jours*, in *Rev. franc. dr. const.*, 1992, 195 ss.; ROCHER, *The Quebec-Canada Dynamic or the Negation of the Ideal of Federalism*, in GAGNON (ed.), *Contemporary Canadian Federalism. Foundations, Traditions, Institutions*, Toronto, 2006, 81 s.

¹² *Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism 1967--1970*, xxi.

che in francese, inoltre, viene invocato il rispetto dell'identità culturale francofona, che si accompagna alla richiesta di un sempre maggior numero di competenze all'istituzione provinciale. Tuttavia, queste istanze vengono registrate con disagio dal *rest of Canada*, che percepisce le continue rivendicazioni di riconoscimento della diversità come un *vulnus* ai vincoli unitari federativi. In questo quadro, emerge nell'orizzonte politico la figura di Pierre Elliot Trudeau, il quale coltiva il progetto politico di integrare tutte le componenti identitarie del paese, ormai non più riconducibili alle tradizionali componenti francofone e anglofone.

Trudeau ambisce a recidere in maniera consistente i legami del Canada con la Madrepatria e a introdurre una Costituzione rigida corredata di un catalogo dei diritti federale ma, proprio a causa di quest'ultimo profilo, si pone in contrasto con la conservazione del duopolio esclusivo francofono e anglofono. L'obiettivo politico è quello di favorire l'unità del Canada e di costruire un'identità nazionale, attraverso il catalogo dei diritti. Il pluralismo culturale della società canadese induce a codificare i diritti in un testo costituzionale scritto, in quanto molti cittadini, che non condividono le stesse radici culturali dei due popoli fondatori, non possano sentirsi sufficientemente tutelati dal un impianto legale di matrice europea¹³. Nell'ottica del *Premier*, la pari tutela dei diritti di ciascuno avrebbe dovuto costituire il legame fondamentale di cittadinanza dello Stato canadese. La visione di Trudeau oppone il suo nazionalismo "federale" *pan-Canadian* a quello francofono, che si era andato inasprendo dopo la *Quiet Revolution*¹⁴. E infatti, la politica del governo federale canadese non ottiene il consenso del Quebec, il quale manifesta la sua lontananza dal progetto politico ricorrendo in chiave oppositiva a un referendum. Il 20 maggio 1980, nel pieno del dibattito sull'approvazione del processo di *Patriation*, viene indetta una consultazione popolare al fine di legittimare il governo della Provincia francofona a negoziare la sua piena sovranità con la possibilità di

¹³ A seguito della riforma della politica migratoria nel 1962, il Canada aveva mutato radicalmente i requisiti per l'ammissione dei migranti sul proprio territorio, abrogando la normativa che individuava dei canali preferenziali per i cittadini dei paesi europei, sostituendola con una che prevedeva un sistema di selezione a punti basato sul livello di istruzione ma soprattutto sulle competenze professionali dei richiedenti. La modifica normativa di fatto provoca un'inversione dei flussi che dall'Europa si spostano ad altre aree: nel 1981, il 68,5% degli immigrati proveniva da paesi extra-europei e fra il 2001 e il 2006 la percentuale è salita all'83,9% mentre solo il 16% proveniva dall'Europa. Dati reperibili in <http://www.stacan.gc.ca>.

¹⁴ BEHIELS, *Prelude to Quebec's Quiet Revolution*, Kingston - Montréal, 1985; ROUILLARD, *La Révolution tranquille: rupture ou torment*, in *J. Can. St.*, 32, 4, 1998, 23 ss.

mantenere un legame economico-commerciale con la Federazione. Gli elettori del Quebec con il 59,6% dei suffragi respingono questa ipotesi ma l'opposizione al progetto del Primo Ministro non si arresta, soprattutto, poiché quest'ultimo intende procedere unilateralmente all'approvazione del *Constitution Act*, senza il consenso delle Province. Tre di queste (Quebec, Manitoba e New Foundland), chiedono pareri prima alle propri Corti di appello e poi alla Corte suprema, la quale si esprime per l'esistenza di una norma convenzionale (e non di tenore costituzionale) che rende necessario negoziare e ottenere un apprezzabile consenso provinciale alla *Patriation* ma non di un obbligo di conseguire l'unanimità. A seguito di questo *reference*, il *Premier* Trudeau ricomincia le fasi negoziali che coagulano un consenso di tutte le Province, con l'eccezione del Quebec, il quale ripropone ancora una volta il quesito alla Corte circa la necessità dell'unanimità per qualsiasi modifica incida sulle competenze delle Province e il diritto di veto da parte della componente francofona. Il parere giunge dopo la definitiva approvazione del *Constitution Act* del 1982 e sancisce l'inesistenza - dal punto di vista convenzionale - della facoltà del Quebec di impedire il processo di riforma del *British North America*¹⁵.

La *Patriation* del 1982 si dimostra un significativo successo politico per il *Premier* Trudeau e rappresenta uno degli elementi di maggior rilievo per il diritto costituzionale canadese. Purtroppo, però, il processo costituente non è riuscito a incorporare la componente francofona, la quale ha visto frustrati i suoi tentativi di farsi riconoscere come una società distinta¹⁶. Questi ulteriori insuccessi finiscono per radicalizzare ulteriormente le velleità nazionalistiche del Quebec e nel 1995 ancora una volta il governo provinciale indice un referendum per la secessione della Provincia. I risultati sono di stretta misura in favore della permanenza all'interno della Federazione (49,42% per il sì e 50,58% per il no) e spingono la compagine governativa centrale a inoltrare una richiesta di parere alla Corte suprema in relazione alla legittimità di un'eventuale secessione unilaterale da parte del Quebec.

Il collegio risponde, in primo luogo che la separazione territoriale e politica sarebbe legittima solo mediante un accordo fra la Federazione e la

¹⁵ *Renvoi: opposition à une résolution pour modifier la Constitution* (1982) 2 RCS, 793.

¹⁶ Al fine di introdurre delle clausole di riconoscimento della specialità *québécoise*, si devono i due tentativi di riforma costituzionale successivi: gli accordi di Meech Lake nel 1987 e di Charlottetown nel 1992, che, però, non riescono a perfezionare il loro iter: McROBERTS - MONAHAN (eds.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, 1993; BEHIELS (ed.), *The Meech Lake Prime: Conflicting Views of the Constitutional Accord*, Ottawa, 1989.

Provincia e non unilateralmente, e, in secondo luogo, permane un obbligo a rispettare i principi supremi dell'ordinamento canadese, identificati in *rule of law*, federalismo, democrazia, costituzionalismo e protezione delle minoranze¹⁷.

Tuttavia, la specificità francofona non ha mai ricevuto un formale riconoscimento, se non per una timida eccezione costituita da una risoluzione del 22 novembre 2006 su proposta del Governo Harper, in cui si afferma che: «*Que cette Chambre reconnaisse que les québécoise e les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni*»¹⁸.

Le rapide indicazioni mostrano come il Canada sia un ordinamento in bilico fra due culture, in cui quella ritenuta minoritaria ambisce a un riconoscimento identitario specifico di tenore costituzionale all'interno della Federazione, che può spingersi fino alla rescissione dei vincoli unitari.

3. La composizione della Corte suprema come garanzia dell'*historic bargain*

La Corte suprema è l'organo giudicante che più di tutti ha mostrato una trasformazione del suo ruolo e delle sue funzioni dal momento della sua introduzione.

Ripercorrendo le fasi della sua genesi, vediamo come in sede di discussione del contenuto del *BNA*, inizia a emergere la necessità che i contrasti fra Federazione e Province in merito alle attribuzioni delle materie dovessero essere risolti da un organo giudiziario. Da una parte, è forte l'ascendente statunitense, che aveva affidato alla Corte suprema la competenza relativa ai conflitti di competenza, dall'altra, soprattutto da parte del Quebec, è espresso un forte scetticismo derivante dal pericolo che un organo giudiziario prevaricasse le attribuzioni delle assemblee elettive¹⁹. Nelle fasi di approvazione del *BNA*, questo elemento rimane impregiudicato, prevedendo che gli eventuali conflitti fossero risolti attraverso il potere di *disallowing* del Governo centrale. Tuttavia, questo esito conduce

¹⁷ *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 S.C.R. 217.

¹⁸ Risoluzione del 27 novembre 2006 par 265 *Debats de la Chambre des communes*, 39° parl, 1 re sess, vol. 141, n° 84 22 novembre 2006 5197. MARTINICO, *I Québécois come Nazione. Una mozione della House of Commons canadese riconosce i Québécois come Nazione all'interno del Canada unito*, in <http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/quebecois/index.htm>

¹⁹ SMITH, *The Origins of Judicial Review in Canada*, in MORTON (ed.), *Law, Politics, and the Judicial Process in Canada*, Calgary, 1987, 433 ss.; PASSAGLIA, *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, in CECCHERINI (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese*, Genova, 2013, 48 ss.

inevitabilmente a uno spostamento del baricentro del sistema in senso centripeto e induce la classe politica canadese ad attivare la *sec. 101* del *BNA*, che autorizza l'istituzione di una corte di appello per il Canada²⁰. Tale scelta è motivata anche dalla necessità di evitare che fossero poi le sole corti provinciali a interpretare il *BNA* in fatto di ripartizione di competenze, pertanto, l'introduzione di questo livello giudiziario obbedisce anche a finalità filofederali. Pertanto, nel 1875, con l'approvazione del *Supreme and Exchequer Court Act*, 1875 viene introdotta un'ultima giurisdizione di appello in terra canadese²¹. L'atto istitutivo denuncia ancora una volta lo sforzo compromissorio teso a mantenere l'unità del paese e contestualmente a riconoscere la differenza delle due culture prevalenti. L'organo era composto da sei giudici, che dovevano procedere dalle magistrature inferiori o dalla avvocatura; due membri dovevano provenire dal Quebec, mentre gli altri dovevano essere ripartiti paritariamente fra l'Ontario e le Province Marittime. Nel 1949, la Corte diventa l'ultimo grado di giudizio, sostituendosi al *Privy Council* britannico e acquisisce la definitiva conformazione: nove giudici, di cui tre debbono provenire dalla Provincia francofona, mentre, permane una fonte convenzionale che attribuisce tre magistrati all'Ontario, due alle Province occidentali e uno alle Province atlantiche.

I requisiti previsti per l'accesso al giudice sono indicati nelle *sec. 5 e 6* del *Supreme Court Act*, 1875 e si differenziano a seconda che i giudici siedano in rappresentanza del Quebec o meno. Per i giudici anglofoni, è necessario che siano stati membri dell'avvocatura per almeno dieci o abbiano svolto funzioni giudicanti nelle Corti superiori Provinciali; parzialmente diversi sono i requisiti per i giudici francofoni, per cui per quanto concerne l'attività di avvocato, oltre che decennale, deve essere in costanza al momento della nomina (v. *infra*).

Le fonti normative e convenzionali, a cui sono affidate le procedure di selezione per l'organo di vertice del potere giudiziario, hanno promosso una Corte rappresentante delle istanze territoriali in forte aderenza con un modello di stato federale²². Tuttavia, proprio le comunità subfederali non sembrano estremamente soddisfatte della procedura, manifestando l'esigenza

²⁰ *Sec. 101 BNA*: «*The Parliament of Canada may, notwithstanding in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada (...)*».

²¹ BUSHNELL, *Captive Court*, Montréal, 1992, 4 ss. Fino al 1949, resterà il *Privy Council* il giudice di ultima istanza per il *Dominion* canadese.

²² CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011.

di partecipare alle nomine, anche per caratterizzare in senso maggiormente federale la Corte suprema²³.

In ossequio alla *sec.* 101 del *BNA* le nomine sono realizzate dal Governatore Generale su indicazione del *Premier*, al quale è affidata anche l'individuazione del Presidente del collegio, che, per convenzione deve essere alternativamente francofono e anglofono²⁴.

A differenza degli altri livelli giudiziari, il sistema di nomine non si è consolidato univocamente in modo tale da vertebrare una procedura che coadiuvi la compagine governativa nella scelta delle personalità più idonee a svolgere questo delicato incarico e, infatti, proprio su questo profilo non sono mancate espressioni critiche sia da parte della dottrina che dall'ambiente politico che rivendicano un allargamento ad altri organi dello Stato la competenza nella scelta dei giudici supremi²⁵. La prassi evidenziata fino a questo momento non consente di far emergere una convenzione in alcun senso e infatti, si registrano nomine unilaterali, provvedimenti che hanno coinvolto il Parlamento attraverso l'istituzione di comitati *ad hoc* costituiti in modo da ricomprendere anche i partiti di opposizione che alternativamente hanno sentito il candidato individuato dall'esecutivo o hanno redatto una lista di nomi da presentare al Governo previa consultazione con esponenti della magistratura e dell'avvocatura della Provincia interessata alla nomina²⁶. Nell'ultima legislatura il capo del Governo, Justin Trudeau, dovendo indicare due nuovi giudici, ha inaugurato

²³ In dottrina su questo punto in particolare: WHEARE, *Federal Government*, 3rd ed., London, 1947, 55; MORIN - WHOERLING, *Les constitutions du Canada et du Quebec*, Montréal, 1996, 546; BROUILLET - TANGUAY, *The Legitimacy of the Constitutional Arbitration Process in a Multinational Federative Regime: The Case of the Supreme Court of Canada*, in *Un. British Columbia L. Rev.*, 45, 2012, 47 ss. Più in generale, VIZIOLI, *Brevi considerazioni sull'elezione dei giudici costituzionali negli Stati decentrati*, in GROPPi (a cura di), *Principio di autonomia e forma di Stato*, Torino, 1998, 301 ss.

²⁴ Su questo tema, KAPOOR, *Selecting the New Chief Justice*, in *www.thecourt.ca*, 2 novembre 2017.

²⁵ DODECK, *Reforming the Supreme Court Appointment Process, 2004-2014: A Ten Year Democratic Audit*, in *Supreme Court L. Rev.*, 2014, 112 ss.

²⁶ VIZIOLI, *Le nomine dei giudici della Corte suprema del Canada*, in CALAMO SPECCHIA (ed.), *Le corti costituzionali*, cit., 155; SIMONELLI, *Does judicial appointment process matter? Il caso della Corte suprema canadese*, in *federalismi.it*, 5, 2016; MORTON, *Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System in Transition*, in MALLESON - RUSSELL (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power*, Toronto - Buffalo - London, 2006, 56 ss.; WHYTE, *Political Accountability in Appointments to the Supreme court of Canada*, in *Const. Forum*, 25, 3, 2016, 109 ss.; DELLEDONNE, *La designazione dei giudici della Corte suprema*, in DELLEDONNE - MARTINICO - PIERDOMINICI (a cura di), *Il costituzionalismo canadese*, cit., 125.

un'altra formula che prevede la costituzione di *non-partisan Advisory Board*, con il compito di selezionare una rosa di minimo tre e massimo cinque nomi fra coloro che hanno presentato la candidatura al comitato²⁷.

A prescindere dalle modalità con le quali concretamente sono avvenute le nomine, l'obiettivo di fondo delle proposte di revisione delle procedure è quello di sottrarle all'esclusiva *voluntas* del Primo Ministro, in quanto si teme che le scelte si giustifichino più per affinità politiche con l'esecutivo in carica che per un'effettiva selezione professionale, a scapito, quindi dell'autonomia e dell'indipendenza del corpo giudicante²⁸. Tuttavia, è d'uopo precisare che proprio in relazione all'incarico di Presidente della Corte, la scelta dell'attuale Primo Ministro smentisce questa prospettiva. Trudeau, infatti, ha fatto cadere la sua scelta su Richard Wagner, rispettando in questo modo la consuetudine che vede l'alternanza di un giudice francofono e anglofono al vertice dell'organo collegiale ma elidendo l'ipotesi di una nomina affine politicamente, poiché il Primo Ministro ha nominato un giudice che era stato individuato dal suo predecessore conservatore, Harper.

La recente procedura di nomina stempera l'unilateralismo governativo nelle nomine anche se non va nella direzione auspicata nel passato, che

²⁷ In primo luogo, si è reso necessario sostituire il giudice Thomas Cromwell, il quale ha lasciato il suo incarico anticipatamente il 1° settembre 2016. Il suo sostituto, in base a una convenzione costituzionale, doveva essere scelto fra giudici o avvocati che provenissero dalle Province atlantiche, tuttavia, il *Premier*, in un primo momento, si è dichiarato non vincolato a questa convenzione e ha aperto la procedura selettiva ai candidati di tutto il paese. Il *Commissioner for Federal Judicial Affairs* ha invitato gli aspiranti a manifestare il loro interesse, inviando un formulario per la candidatura corredato da un *curriculum*; questo è stato esaminato e la procedura selettiva è stata realizzata anche con l'ausilio di colloqui con gli interessati. Il *Board* ha inoltre audito la Presidente della Corte suprema e anche un insieme di associazioni rappresentative della società civile. Alla fine del percorso, nonostante la selezione avesse carattere nazionale, l'indicazione è caduta su Malcom Rowe, che è espressione delle Province atlantiche come indicava la convenzione ma che proviene per la prima volta dal Labrador e New FoundLand. Sulla stesa falsariga si è snodata la selezione per la giudice Sheilah Martin, che ha occupato il posto lasciato vacante dalla Presidente Beverly McLachlin, a seguito di un procedimento di nomina del tutto analogo a quello inaugurato con il *Justice Rowe* con una sola differenza: mentre per il primo la selezione era stata formalmente aperta a tutto il territorio federale, in questa occasione, ufficialmente il *Premier* ha voluto ottemperare alla convenzione che indicava il nuovo candidato come proveniente dalle Province dell'Ovest, restringendo a questa area la cernita. Per un esame più preciso delle varie fasi, cfr. <http://www.fja.gc.ca/scc-csc/smartin-report-rapport-eng.html> dove è allegato un rapporto dettagliato sull'intera procedura.

²⁸ Tale pregiudizio sembra alimentato anche dal dato che indica come prima del 1949, oltre il 50% dei giudici della Corte aveva ricoperto cariche elettive e quindi avevano una militanza politica dichiarata.

privilegiava un maggior coinvolgimento dell'organo rappresentativo; al contrario, nella recente disciplina, si è realizzato solo un passaggio del Presidente del *Board* davanti allo *Standing Committee on Justice and Human Rights* della Camera dei Comuni. Le precedenti proposte di riforme, orientate a indebolire il legame fra maggioranza governativa e corpo giudiziario, inserivano nel circuito decisionale l'assemblea elettiva. È evidente, però, che il ruolo contromaggioritario che così si va ricercando, potrebbe essere assicurato solo se le votazioni sulle singole nomine sia in fase *ex ante* che *ex post* dovessero realizzarsi con maggioranze qualificate, in modo da poter assicurare il coinvolgimento anche delle opposizioni, altrimenti, una maggioranza assoluta o relativa non farebbe altro che riproporre gli orientamenti politici della maggioranza politica e non accrescerebbe la legittimazione dell'organo supremo.

Inoltre, un'attrazione delle procedure di nomina nell'alveo parlamentare darebbe risposta alle critiche di *deficit* di legittimazione che talvolta sono mosse alla Corte suprema e che forse andrebbe a salvaguardare in maniera più consistente il principio di sovranità parlamentare che costituisce un elemento qualificante l'ordinamento. Questo tema è stato fortemente messo in rilievo all'indomani dell'approvazione della *sec. 52 del Constitution Act, 1982*, che stabilisce che il *Constitution Act* è al vertice del sistema delle fonti e che la Corte suprema è competente a verificare la compatibilità della normativa di rango primario con la fonte costituzionale.

Come è noto, molti hanno temuto che un organo, privo di una legittimazione democratica, non potesse censurare le volizioni delle assemblee democraticamente elette e, soprattutto, potesse dare avvio a una stagione di *judicial activism* estraneo alla tradizione parlamentare canadese²⁹. Si tratta di un tema dalle radici antiche, che da sempre caratterizza il dibattito nella dottrina canadese, la quale ritiene che la funzione del giudice possa limitare l'autonomia delle istituzioni rappresentative. Le Province, soprattutto, ritenevano, all'epoca dell'approvazione della Carta, che la codificazione dei diritti in un documento con valore costituzionale e la sua conseguente configurazione come parametro di legittimità delle leggi fossero incompatibili in un sistema

²⁹ MORTON - KNOPFF, *Charter Politics*, Scarborough, 1992; MORTON, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, 1992; MANFREDI, *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, 2d edition, Toronto, 2001; OLIVETTI RASON, *La giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in *Giur. cost.*, 2003, 3238 ss.; KELLY, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent*, Vancouver, 2005.

retto dal principio della *sovereignty of Parliament*, temendo un depauperamento della competenza degli organi legislativi rispetto a quella delle autorità giurisdizionali³⁰. Nei lavori del Comitato parlamentare congiunto, che hanno preceduto l'approvazione della *Charter of Rights and Freedoms*, (ma anche in molte dichiarazioni di esponenti politici) emerge il timore che il ruolo del Parlamento - e quindi della *supremacy law* - possa essere eroso dai giudici, i quali non potrebbero vantare una legittimazione popolare. Particolarmente illuminanti in questo senso rimangono le parole di Sterling Lyon, Primo Ministro del Manitoba negli anni ottanta, che riteneva che il rispetto dei diritti fondamentali sarebbe stato più adeguatamente tutelato dalle assemblee legislative elette democraticamente, piuttosto che da «*men, albeit learned in the law, who are not necessary aware of everyday concerns of Canadians*»³¹.

I timori, però, sembrano essersi attenuati (anche se non scomparsi) per molteplici ragioni. In primo luogo, ad opera di una rilevante dottrina si è affermata l'idea che possa scaturire un dialogo fra corte e legislatori³², ricostruendo, quindi, un rapporto collaborativo piuttosto che conflittuale fra i due organi appartenenti a poteri dello Stato diversi; in secondo luogo, la Corte non ha mancato di esprimere deferenza nei confronti del legislatore, agendo quindi con *self-restraint* e facendo uso nelle pronunce più delicate della sua facoltà di modulare nel tempo gli effetti delle proprie sentenze caducatorie. Infine, l'organo giurisdizionale ha progressivamente acquisito

³⁰ STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, Toronto, 1983, 35 ss.; COTLER, *Can the Center Hold? Federalism and Rights in Canada*, in KATZ - TARR (eds.), *Federalism and Rights*, Lanham, 1996, 174; MORTON - KNOPFF, *The Charter Revolution*, cit., 149.

³¹ Molti *Premiers* hanno palesato la loro ostilità alla trasformazione della Corte suprema in un organo di giustizia costituzionale: Blakeney, Capo del Governo in Saskatchewan ed esponente del *New Democratic Party* era particolarmente allarmato dalla possibilità di pronunce di incostituzionalità su leggi di riforma sociale, così come era avvenuto con le sentenze della Corte suprema degli Stati Uniti nei confronti delle leggi del primo mandato di Roosevelt, MCWHINNEY, *Dilemmas of Judicial Law-Making*, in THIBAUT - PELLETIER - PERRET (eds.), *Essays in Honour of Gérald A. Beaudoin*, Cowansville, 2002, 326, nt. 47; MORTON - KNOPFF *The Charter Revolution*, cit., 150. Per una panoramica su questo punto: SMILEY, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, 1981; SHARPE, *Judicial Activism: The Debate in Canada*, in CASONATO (ed.), *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, 2004, 11 ss.; HOGG, *The Charter Revolution: Is It Undemocratic?*, in *Const. Forum*, 12, 2001-2002, 2.

³² Il riferimento è chiaramente a HOGG - BUSHELL, *The Charter Dialogue between Court and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)*, in *Osgoode Hall L. J.*, 35, 1997, 75 ss.

nei confronti dell'opinione pubblica una sua propria legittimazione³³. Particolarmente efficaci sono le parole di uno studioso il quale afferma: «*all of these victories for underprivileged individuals and groups enhance, rather than undermine, the democratic character of our society. The fact that they were won in the courts rather than in the legislative arena does not make them less democratic*»³⁴.

4. La francofonia dei giudici come limite alla revisione costituzionale

È innegabile che l'ordinamento canadese si qualifichi attraverso una diarchia storica costituita dalla comunità anglofona e francofona. Sono già stati riproposte le ragioni di questo connubio che vede da sempre il tentativo da una parte dei francofoni di vedersi riconosciuto lo *status* di *distinct society* e dall'altra lo sforzo per gli anglofoni di attrarre nella struttura istituzionale i co-fondatori della Federazione. È evidente, quindi, che non è possibile classificare la posizione del Quebec con un'etichetta di semplice minoranza linguistica. Osterebbe a questa ricostruzione proprio la storia e il diritto del Canada che attribuisce a quella Provincia, la posizione di popolo costituente, alla stessa stregua delle Province anglofone, pertanto siamo di fronte a un'irriducibilità dei *Québécois* a entità minoritaria.

La Provincia francofona costituisce il nerbo della Federazione canadese e questo è un elemento consolidato fin dalla sua fondazione. A questa conclusione, siamo spinti in primo luogo dai dibattiti che hanno preceduto in terra canadese l'approvazione del *British North America Act*. A titolo esemplificativo, possiamo citare le parole di Hector Langevin del 21 febbraio 1865 che in Parlamento proclama che i *French Canadians* sono «*a separate people*» palesa i suoi timori in merito allo smantellamento di costumi, usi e leggi francofone³⁵.

³³ Testimoniata dai dati resi noti dalla società di sondaggi Angus Reid Institute che segnala che il 74% dei canadesi si dichiara soddisfatto delle decisioni della Corte suprema, mentre il 61% dei canadesi ostenta fiducia nel detto organo rispetto al 28% che esprime un *favor* verso il Parlamento I dati sono reperibili in www.angusreid.org e sono stati resi disponibili il 15 agosto 2015

³⁴ SIGURDSON, *Left- and Right-Wing Charterphobia in Canada: A Critique of the Critics*, in LEUPRECHT - RUSSELL (eds.), *Essential Readings in Canadian Constitutional Politics*, Toronto, 2011, 402.

³⁵ Non è l'unico, che pur apprezzando il progetto federativo, esprime il timore di un'assimilazione alla forte componente anglofona e il suo appoggio, come quello di altri illustri uomini politici come Cartier, era necessario per il progetto fondativo e poteva essere

Il forte patto consociativo che spiega le ragioni della fusione in un'unica Federazione e che caratterizza l'architettura istituzionale del Canada è ribadita nel tempo proprio dalla Corte suprema che molto spesso si fa garante del mantenimento dell'anima francofona nell'Unione sia in Quebec che fuori dai suoi confini.

In un importante *leading case* degli anni '30, la Corte individua come: «*Inasmuch as the Act embodies a compromise under which the original Provinces agreed to federate, it is important to keep in mind that the preservation of the rights of minorities was a condition on which such minorities entered into the federation, and the foundation upon which the whole structure was subsequently erected. The process of interpretation as the years go on ought not to be allowed to dim or to whittle down the provisions of the original contract upon which the federation was founded, nor is it legitimate that any judicial construction of the provisions of ss. 91 and 92 should impose a new and different contract upon the federating bodies*»³⁶.

La garanzia della francofonia in Canada è stata ribadita nel *Reference*³⁷ per il Senato, in cui a proposito del quesito relativo alla soppressione dei requisiti patrimoniali di tipo immobiliare per la nomina a senatore, si evidenzia come si deroghi alla normativa che prevede che le proprietà immobiliari siano ubicate nella *division* elettorale in cui il candidato è residente, in favore di una previsione più elastica per i senatori del Quebec per i quali è possibile che dispongano di proprietà nella Provincia anche se non vi risiedono. Questa speciale disposizione consente ai francofoni residenti fuori del Quebec di poter avanzare la loro candidatura al Senato in rappresentanza di quella Provincia, pur abitando in un'altra. Su questo punto, la Corte, sottolineando l'ispirazione garantista della disposizione, ha ritenuto che la norma in questione per la sua modifica avrebbe dovuto essere sottoposta a una procedura di revisione costituzionale che prevedesse il consenso obbligatorio del Quebec, in quanto una sua soppressione depaupererebbe la Provincia di questa condizione di favore insita nel patto

acquisito solo grazie ad alcune concessioni ai Quebécois. Su questi temi, MOORE, *1867. How the Fathers Made a Deal*, Toronto, 1997, 133 ss.; FRANCIS – JONES - SMITH, *Destinies: Canadian History since Confederation*, 2nd ed., Toronto, 1992, 78.

³⁶ *re The Regulation and control of Aeronautics* (1932) A. C. 54 at 70. Sul punto, cfr. BEHIELS, *Canada's Francophone Minority Communities. Constitutional Renewal and the Winning of School Governance*, Montréal, 2004, X.

³⁷ *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704.

costituente del 1867³⁸, attribuendo in questo modo un potere di veto alla Provincia *de qua*.

La centralità della posizione del Quebec nel compromesso costituzionale che ha fondato l'unione canadese ritorna in maniera preponderante nel secondo *Reference* del 2014 relativo ai requisiti per la nomina a giudice della Corte suprema³⁹.

Il parere della Corte è strutturato attorno ai due quesiti: il primo riguarda l'eventualità che i requisiti generali per la nomina a giudice della *sec. 5* del *Supreme Court Act, 1875*, che includono i giudici ed *ex* giudici delle corti superiori e di appello come gli avvocati ed *ex* avvocati iscritti per almeno dieci anni agli ordini professionali delle Province, potessero essere estesi alla *sec. 6* relativamente alle nomine dei giudici della Provincia francofona che, invece, statuisce che questi debbano essere scelti fra i giudici della corte superiore e di appello del Quebec ovvero fra gli avvocati iscritti almeno da dieci anni all'ordine della Provincia (cioè le professioni devono essere svolte in costanza al momento della nomina); il secondo rilievo, invece, investe la questione se una legge ordinaria possa intervenire per operare l'estensione *de quo*.

Nell'escludere in maniera netta che i requisiti generali *ex sec. 5* del *Supreme Court Act* possano estendersi anche per le tre nomine della Provincia del Quebec, il collegio supremo puntualizza come il fine del legislatore sia in primo luogo, assicurare la conoscenza del diritto di tradizione romanista nella Corte e in secondo luogo, promuovere la confidenza del Quebec nella Corte⁴⁰. Pertanto, le disposizioni legislative indicate per la nomina dei giudici francofoni devono essere considerate tassative perché rispondono all'*historic bargain* che ha dato vita all'atto legislativo istitutivo della Corte suprema nel 1875. Il patto «*reflects the historical compromise that led to the creation of the Supreme Court*»⁴¹, il

³⁸ AJZENSTRAT, *Bicameralism and Canada's Founders: The Origin of the Canadian Senate*, in LOYAL (ed.), *Protecting Canadian Democracy: The Senate You Never Knew*, Montréal, 2003.

³⁹ *Reference re Supreme Court Act*, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433. L'elemento che spinge il Governo a richiedere un *Reference* alla Corte sorge dall'avvenuta nomina di Nadon, come rappresentante del Quebec alla massima istanza giurisdizionale, ritenuta illegittima perché manchevole dei requisiti previsti dalla legge in quanto il giudice non era al momento né avvocato, né giudice della corte superiore o della corte di appello della Provincia francofona ma giudice soprannumerario alla corte federale di appello.

⁴⁰ RUSSELL, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, Ottawa, 1969.

⁴¹ Si legge nella sentenza al par. 48 e nel par. 59 si parla di *historical compromise*.

quale era orientato a mantenere una competenza di *civil law* nella Corte, che rappresentava il precipitato di una cultura che si palesava distinta rispetto a quella di maggioranza e, quindi, assumeva una valenza simbolica rilevante e non solo di tipo tecnico⁴².

Nel *Reference*, ripercorrendo i lavori preparatori, viene sottolineato come la decisione di istituire una corte con una rappresentanza obbligata di giudici francofoni fosse strategica per implementare la fiducia nel neonato organo giudicante. La disamina dell'atto legislativo induce a ritenere che la rappresentanza *québécoise* non assolvesse soltanto a questioni di ordine tecnico e cioè assicuri la competenza nelle cause in materia di *civil law* ma sia anche un elemento indefettibile del patto costituente che conduce all'adozione del *British North America Act* e che struttura il *Dominion* canadese in un assetto di ordine federale. Tale affermazione non è solo il frutto di una ricostruzione storica ma è ampiamente giustificata dall'opinione consultiva che è intervenuta in merito alle nomine dei giudici da parte del Governo per la Corte suprema. Infatti, la maggioranza dei giudici si esprime per un'interpretazione delle disposizioni della legge che è letterale e al contempo teleologica: letterale, perché analizzando il dato lessicale si evincerebbe che i rappresentanti del Quebec debbono essere scelti fra (*among*) i membri dell'ordine forense, sottintendendo, quindi, che devono svolgere quella professione nel momento in cui vengono selezionati ovvero essere giudici dei due ordini di giudizio espressamente indicati nella legge, in modo che venga assicurata una costante formazione professionale sul territorio provinciale e venga mantenuto un legame con la comunità che si rappresenta; teleologica, in quanto la disciplina legislativa sulla composizione della massima istanza giurisdizionale viene qualificata come un «*historic bargain*» ed espressione del patto costituente che ha condotto alla nascita della Federazione canadese.

La legge ha imposto una quota di giudici francofoni, affinché il collegio supremo fosse dotato di competenze di *civil law* e godesse di maggior fiducia da parte della Provincia francofona non estremamente sensibile alle sirene di una Federazione che non riconoscesse la sua specialità. Proprio grazie alla norma che riservava una quota di giudici provenienti dal corpo giudiziario o forense del Quebec, sono state superate le ostilità al disegno di legge istitutivo della Corte suprema nel 1875 da parte dei parlamentari *québécois*. E questo costituisce un elemento assolutamente di rilievo in quanto indica come l'organo giurisdizionale debba accreditarsi come

⁴² Par. 49.

un'istituzione biculturale (*bijural*) e in questa ottica il parere della Corte sottolinea come la *sec. 6* del *Supreme Court Act* - che restringe ai soli avvocati esercenti funzioni la candidabilità alla nomina a giudice - sia giustificabile al fine di rendere palese alla comunità francofona la loro qualificazione a rappresentare il Quebec.

Precisamente si sottolinea che non è solo la valutazione della competenza tecnica che si auspica, introducendo criteri più restrittivi per le nomine francofone, quanto la necessità di implementare il senso di appartenenza e di riconoscibilità dei francofoni nella suprema corte⁴³.

Il *Reference*, inoltre, si segnala anche per un'ulteriore precisazione: l'attrazione del *Supreme Court Act*, nel blocco di costituzionalità, almeno dopo l'approvazione del *Constitution Act* del 1982, che incorpora la Corte suprema fra le materie garantite dalla Parte V del *Constitution Act, 1982*; viene, infatti, sancito che la disciplina sul supremo organo giudicante sarebbe riservata a una legge costituzionale. Non rivestirebbe alcuna importanza il fatto che formalmente l'atto che disciplina la composizione e il funzionamento dell'organo giurisdizionale di massima istanza sia una legge ordinaria, d'altra parte, non potrebbe essere altrimenti visto che al momento della sua approvazione non esisteva una Costituzione rigida. Anche in questo caso, l'analisi degli atti preparatori dell'atto costituisce l'*humus* da cui scaturisce il ragionamento del collegio, che illustra come la *ratio legis* rispondesse a un disegno compromissorio, riconducibile all'esigenza di mantenere il bigiuralismo nel paese, elemento ineludibile dell'ordinamento costituzionale del Canada. Peraltro, questo profilo è emerso espressamente negli accordi che hanno preceduto l'approvazione del *Constitution Act, 1982 (April Accord, 1981)*, in cui si legge che la procedura di revisione costituzionale - che impone il consenso unanime delle Province - si giustifica proprio con la necessità di rendere più ardua la modifica della composizione della Corte, in modo tale da assicurare alla rappresentanza della componente francofona una speciale protezione costituzionale, che impedisce l'approvazione di emendamenti costituzionali sgraditi al Quebec⁴⁴.

⁴³ SCHERTZER, *Quebec Justices as Quebec Representatives: National Minority Representation and the Supreme Court of Canada's Federalism Jurisprudence*, in *Publius*, 4, 1, 2016, 539.

⁴⁴ In base a questa ricostruzione, le modifiche del *Supreme Court Act, 1875* relative alle *sec. 5* e *6* sono affidate alla procedura di revisione costituzionale che comprenda l'assenso degli organi federali e di tutte le Province, ritenendo quindi che i criteri per la composizione costituiscono un tassello indefettibile dell'architettura costituzionale (*sec. 41 (d)* del *Constitution Act, 1982*); MENDES, *Canada, its Constitution and its Peoples Enter the 21st*

Pertanto, le eventuali modifiche delle disposizioni sulla composizione della Corte devono essere approvate con la procedura di revisione costituzionale. Non solo, l'opinione di maggioranza sottolinea come le modifiche alla struttura della Corte possono essere apportate solo con l'*iter* che prevede il consenso, oltre che del Parlamento federale, di tutte le Province; in questo modo, il Quebec non potrebbe essere mai depauperato della sua componente rappresentativa nella Corte⁴⁵.

I rilievi inducono ad alcune riflessioni. In primo luogo, sanciscono la sostanziale inalterabilità del patto costituente che vede una diarchia fra comunità anglofona e francofona che si declina – per quanto concerne la Corte suprema – nella necessità di riservare al Quebec delle nomine, che possano irrobustire il legame fra la *societas* della Provincia e l'istituzione federale. Infatti, ciò che emerge dalla *ratio* esplicativa della disposizione in oggetto, non è tanto la necessità che gli interessi del Quebec siano tutelati attraverso la presenza di giudici francofoni, quanto in realtà che le decisioni della Corte siano condivise dalla comunità francofona. In altre parole, gli esiti delle pronunce meno filo-provinciali (*rectius* filo-Quebec) sarebbero legittimate in quanto l'organo che le pronuncia incorpora giudici francofoni e pertanto le rende maggiormente condivise⁴⁶.

In secondo luogo, il riferimento alla costanza dell'esercizio della professione forense, come requisito essenziale per la nomina alla Corte, è teso a garantire la piena competenza dei futuri giudici nell'ambito della *civil law*, che costituisce un elemento indefettibile dell'identità francofona. Ne sono una testimonianza le parole del giudice della Corte suprema, Piere-Basile Mignault: «for the people of Quebec, our civil law is our most precious asset after our religion and language. It is a legacy we have received from our fathers, to be maintained and passed on to future generations. It is our duty and responsibility to honour and preserve our civil law, to ensure the purity of its doctrine and keep it safe from any influence that would prevent it from being what it should be»⁴⁷.

Century: A Peaceful Global Template, but with Challenges Still to Overcome, in MENDES (ed.), *Canada's Constitutional Democracy*, cit., 126 ss.

⁴⁵ ROLLA, *Il referendum sulla sovranità del Quebec ed il futuro del Canada. Alcuni paradossi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1996, 3280; MATHIEU - TAILLON, *Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle*, in *McGill L. J.*, 60, 4, 2015, 763 s.

⁴⁶ BZDERA, *Comparative Analysis of the Federal High Courts*, in *Can. J. Pol. Sc.*, 26, 1993, 3.

⁴⁷ MIGNAULT, *L'avenir de notre droit civil*, in *Rev. droit*, 56, 1922, 116 la citazione è tratta da MORIN, *Quebec: First Impressions Can be Misleading*, in FARRANM – ÖRÜCÜ -

5. I giudici francofoni come garanti della “specialità” del Quebec?

È il momento di verificare se la provenienza provinciale dei giudici influenza la loro attività di *adjudication*. Più specificamente, il rilievo riguarda la posizione dei giudici del Quebec: alcuni studi hanno tentato di mettere in luce la ponderazione del ruolo dei giudici francofoni soprattutto nelle cause riguardanti i conflitti di competenza fra Stato e Province. Volendo anticipare alcune conclusioni, non pare di rinvenire all'interno della Corte una sorta di “partito” per la difesa della francofonia ed è ragionevole giungere a questa affermazione dal momento che sono rari i casi in cui i giudici francofoni hanno sottoscritto “in solitario” un’opinione contraria alla maggioranza del collegio⁴⁸.

A questa asserzione, possiamo trovare solo sporadiche eccezioni: *Public Service Board v. Dionne*⁴⁹ e *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio Television Commission*⁵⁰ emanate prima del *Constitution Act* del 1982 e il più recente caso: *Quebec (A.G.) v. Canada*⁵¹, che rappresentano delle pronunce emanate a seguito di un ricorso per conflitto di attribuzione.

Le prime due sentenze riguardano un ambito estremamente sensibile per l'identità francofona come quello della cultura e comunicazione. Si tratta di due casi decisi nel 1978 e che riguardano la disciplina in materia di frequenze televisive, che hanno in comune la caratteristica di aver ribadito la piena competenza federale nella regolazione delle trasmissioni televisive sia cavo che via etere, escludendo, quindi, l'intervento normativo da parte delle Province. I giudici francofoni coagulano la loro posizione in netto dissenso rispetto al collegio, ritenendo che residuasse alle Province la competenza in materia di comunicazioni via cavo. Viene contestata, infatti, la *ratio decidendi* del collegio di maggioranza in base alla quale, poiché le trasmissioni via etere sono regolate dalla normativa federale, per una *vis*

DONLAN (eds.), *A Study of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched or Blended*, Dorchester, 2014, 169 ma sul tema cfr. anche NORMAN, *Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: la sauvegarde de l'intégrité du droit civil*, in *McGill L. J.*, 32, 1987, 559 ss.

⁴⁸ SONGER, *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, Toronto, 2008; MACFARLANE, *Governing from the Bench? The Supreme Court of Canada and the Judicial Role*, Vancouver, 2013.

⁴⁹ *Public Service Board et al. v. Dionne et al.*, [1978] 2 S.C.R. 191.

⁵⁰ *Capital cities Communications Inc. v. Canadian Radio Television Commission*, [1978] 2 S.C. R. 141.

⁵¹ *Quebec A.G. v. Canada*, [2015] 1 S.C.R. 693.

attraente anche quelle via cavo dovrebbero ricadere nello stesso ambito. Tale ricostruzione è osteggiata dai giudici francofoni che, invece, si richiamano alla *sec. 92(10)* del *BNA*⁵², che ricomprenderebbe anche questo tipo di comunicazioni, analogamente alle linee telefoniche. L'accesso della Provincia a questa competenza, oltre che di rilevante interesse economico, sarebbe stato strategico per la costruzione e il mantenimento di valori distintivi l'identità francofona nell'ottica di una sorta di protezionismo culturale⁵³.

A sostegno della delicatezza e rilevanza della questione, si registrano aspri commenti nei confronti dell'operato della Corte, la quale viene tacciata di agire ignorando le istanze delle Province. Proprio questa vicenda, spinge il *Justice Bora Laskin* ad affermare che: «*Judges are completely independent of any influences in their decisions (...) the source of our appointment in no way qualifies our independence. We have no duty to governments, no duty to litigants, except to apply the law according to our ability. I do not represent the federal government nor do I represent Ontario which is my home province I represent no one but myself. (...) I know of no better way to subvert our judicial system, no better way to destroy it than to give currency to the view that the Judiciary must be a representative agency*»⁵⁴.

Alcune riflessioni più meditate merita il più recente caso *Quebec A.G. v. Canada* in cui i tre giudici francofoni si sono espressi congiuntamente in un'opinione dissenziente in una questione riguardante la loro Provincia di provenienza.

Il ricorso nasce dall'approvazione di un atto legislativo federale (*Ending Long Gun Registry*), la cui *sec. 29* impone la distruzione di una banca dati, che custodiva i nominativi dei proprietari di armi da fuoco a canne lunghe, che era stata realizzata grazie alla collaborazione delle autorità provinciali. Il collegio di maggioranza ha ritenuto che la Federazione disponesse della

⁵² *Sec. 92 (10) BNA*: «*Local works and undertakings other than such as are of the following classes: (a) Lines of steam or other ships, railways, roads, telegraphs, and other works and undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the limits of the Province; (b) Lines of steam ships between the Province and any British or foreign country; (c) Such works as, although wholly situate within the Province, are before or after their execution declared by the parliament of Canada to be for the general advantage of Canada or for the advantage of three or more of the Provinces.*».

⁵³ Sul tema della costruzione dell'identità nazionale attraverso i media, KRESL, *Come formare una cultura nazionale in un mondo senza confini*, in ROLLA (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, 2000, 277 ss.; ROSS - PLAYDON (eds.), *Black Marks: Ethnic Minority and Media*, London, 2001.

⁵⁴ The Ottawa journal 23 1978 in https://www.newspapers.com/title_1188/the_ottawa_journal/

piena competenza a gestire il *database*, in quanto titolare esclusiva della potestà legislativa in materia penale. A questa conclusione, si sono opposti i tre giudici di nomina francofona, a cui si è associata la *Justice Abella*, che, invece, hanno ricostruito la questione in maniera più articolata. In primo luogo, hanno sottolineato come tale decisione violasse i principi della leale collaborazione, che costituisce uno dei principi non scritti ma fondamentali del sistema di relazione Stato-Province. Infatti, il registro delle armi era stato costituito grazie alla fattiva collaborazione delle autorità provinciali; non sarebbe, quindi, legittima la decisione unilaterale da parte delle autorità di Ottawa di disperdere tutte le informazioni frutto dello sforzo congiunto fra centro e periferia. In secondo luogo, i giudici dissenzienti, utilizzando la dottrina della “*pith and substance*” e dell’“*ancillary power*”, hanno ritenuto che la costituzione del registro avesse dei profili sovrapposti a delle competenze provinciali, quali “*property and civil rights*” e che, pertanto, sarebbe auspicabile una fase negoziale al fine di dirimere la controversia.

Questa sentenza si segnala, intanto, perché coagula il dissenso dei giudici francofoni su una questione che riguarda proprio il Quebec, incrinando una tendenza che sembra essere emersa dopo l’approvazione della Carta dei diritti e delle libertà e che vedeva la prevalenza di decisioni raggiunte all’unanimità. Infatti, soprattutto negli anni dopo l’approvazione della Carta⁵⁵ - che ha prodotto un movimento centripeto del federalismo canadese⁵⁶ - e ancor più con la Presidenza McLachlin, l’organo di ultima istanza canadese si è pronunciato in larga misura all’unanimità⁵⁷,

⁵⁵ KELLY, *Judging the Judges; The Decline of Dissent in the Supreme Court’s Charter Decisions*, in MORTON (ed.), *Law, Politics*, cit., 560 ss.; SONGER *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, Toronto, 2008, 203 s.

⁵⁶ MORTON, *The Political Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in *Can. J. Pol. Sc.*, 20, 1987, 44; MANDEL, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, 1989, 36; RICHEL, *Losing Relevance: Quebec and the Constitutional Politics of Language*, in *Osgoode Hall L. J.*, 52, 1, 2014, 191 ss.; WOEHLING, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Its Consequences for Political and Democratic Life and the Federal System*, in GAGNON (ed.), *Contemporary Canadian Federalism*, cit., 235 ss.

⁵⁷ MACFARLANE, *Consensus and Unanimity at the Supreme Court of Canada*, in *Supreme Court L. Rev.*, 52, 2010, 379 ss.; SONGER - SIRIPURAPU, *The Unanimous Cases of the Supreme Court of Canada as Test of Attitudinal Model*, in *Can. J. Pol. Sc.*, 42, 2009, 87 ss.; MCCORMICK, *Bias, Swarms, and Outliers: Conceptualizing Disagreement on the Modern Supreme Court of Canada*, in *Osgoode Hall L. J.*, 42, 2004, 107 ss.; MCCORMICK, *The Choral Court: Separate Concurrence and the McLachlin Court 2000-2004*, in *Ottawa L. Rev.*, 37, 1, 2005, 37 ss.; L’HEUREUX-DUBÉ, *The Length and Plurality of Supreme Court of Canada Decisions*, in *Alberta L. Rev.*, 28, 3, 1990, 586 ss. BROUILLET, *The Supreme Court of Canada: The Concept of Cooperative Federalism and its Effects on the Balance of Power*, in

testimoniando come il collegio esprima una posizione unitaria scevra da venature nazionalistiche o partigiane, in tal modo mostrando come il bigiuralismo dell'istituzione e i *cleaveges* territoriali in essa presenti non siano stati ostativi alla creazione di una κοινή che si è talvolta contrapposta alle fratture provenienti dagli organi di indirizzo politico e dai consociati.

Non è chiaro se la sentenza del 2015 abbia aperto una nuova fase nella giurisprudenza della Corte suprema, prima di validare questa affermazione sarà necessario verificare alcuni elementi: il primo riguarda l'esame della giurisprudenza successiva in merito ai conflitti di competenza fra Federazione e Quebec, che fino a questo momento non sono stati significativi; il secondo elemento impone di valutare l'attività della Corte dopo che la Presidenza è stata affidata a Wagner che è un giudice di estrazione francofona.

Tuttavia, a meno di radicali mutamenti, non sembra al momento sostenibile immaginare una dipendenza “funzionale” o culturale dei giudici francofoni nei confronti della Provincia di riferimento, piuttosto – come è sempre stato – si evince un apporto professionale allo *ius dicere* della Corte, a cui si affianca la rilevanza circa la loro estrazione che contribuisce a favorire la legittimazione complessiva del loro operato⁵⁸. In questo caso, il pluralismo presente nella Corte riflette l'eterogeneità della società canadese ma non favorisce la conflittualità o la divisione che trova sede in ambiti più propriamente politici come le compagini governative provinciali. In dottrina, viene sottolineata la neutralità della Corte⁵⁹, la quale ha contribuito a plasmare il federalismo canadese verso una dimensione cooperativa piuttosto che conflittuale⁶⁰. E proprio l'appello al federalismo cooperativo è stato l'elemento fondante l'opinione dissenziente nella pronuncia del 2015, dove il richiamo è soprattutto al mantenimento di una logica di stretta cooperazione piuttosto che di aperta conflittualità e che si inverte nell'affermazione per la quale non dovrebbero/potrebbero essere i giudici a imporre l'obbligo alla Federazione di ricercare un accordo con il Quebec, quanto piuttosto una volontà politica orientata alla ricerca della negoziazione fra le parti, al fine proprio di rendere vitale e rispettoso dei rispettivi ambiti competenziali il federalismo canadese.

ARONEY - KINCAID (eds.), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists*, Toronto, 2017, 135; DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, 152.

⁵⁸ VIZIOLI, *La nomina dei giudici*, cit., 155 ss.

⁵⁹ SWINTON, *The Supreme Court and Canadian Federalism*, Toronto, 1990.

⁶⁰ ROACH, *Canada. The Canadian Constitutional Court as Positive Legislators*, in BREWER-CARÍAS (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge, 2011, 315.

D'altra parte non possono essere occultate altre rilevanti pronunce su temi estremamente sensibili per il Quebec e che hanno indicato alcune coordinate fondamentali del federalismo canadese, in cui la Corte suprema ha operato come organo di mediazione. Infatti, la Corte – anche nella sua componente francofona - non ha esitato a fornire soluzioni *not Quebec oriented*. In questa ottica, una sentenza di assoluto rilievo è *Ford v. Quebec*⁶¹, la cui importanza deriva dal fatto che la Corte suprema si pronuncia non solo su un caso che riguarda l'uso della lingua francese - pertanto inerisce a un elemento particolarmente significativo per l'identità francofona – ma ha modo di precisare la portata della sec. 33 della Carta, che – come è noto – costituisce uno degli strumenti attraverso il quale il *Premier* Trudeau era riuscito a ottenere il consenso delle Province per il suo progetto di *Patriation*⁶².

In primo luogo, preme rilevare che la sentenza *Ford* è stata resa all'unanimità e quindi senza che il collegio sia stato scosso da una frattura

⁶¹ *Ford v. Québec (P.G.)*, [1988] 2 S.C.R. 712; RICHEZ, *Losing Relevance*, cit., 191 ss. Sulle condizioni politiche e sociali in cui la sentenza si radica, cfr. CAMERON, *The Early Charter Years (1985-2000)*. *Pioneering the Charter*, in MENDES (ed.), *Canada's Constitutional Democracy*, cit., 115 ss.

⁶² Come è noto la sec. 33 della Carta recita: «(1) *Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)*». Cfr. KAYE, *The Notwithstanding Clause (sec. 33 of the Charter of Rights and Freedoms)*, Toronto, 1992, 31 ss.; RADICIOTTI, *Protezione dei diritti fondamentali, judicial review e notwithstanding clause in Canada*, in ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema*, cit., 195 ss.; KAHANA, *The Notwithstanding Mechanism and Public discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33*, in *Can. Public Admin.*, 43, 2001, 255; WEINRIB, *Learning to Live with the Override*, in *McGill L. J.*, 35, 1990, 542 ss.; ROACH, *Dialogue or Defiance: Legislative reversals of Supreme Court Decisions in Canada and the United States*, in *Int'l J. Const. L.*, 4, 2, 2006, 347 ss.; CAMERON, *The Charter's Legislative Override: Feat or Figment of the Constitutional Imagination?*, in BRODIE - HUSCROFT, (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*, Toronto, 2004, 159 ss.; WALDRON, *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, in *Supreme Court L. Rev.*, (2d) 23, 2004, 7 ss.; GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, 2013, 97 ss.; NEWMAN, *Canada's Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities*, in G. SIGALET – G. WEBBER - R. DIXON (eds.), *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge, 2019 (in corso di pubblicazione).

etnico-linguistica⁶³, nonostante il tema si presentasse estremamente sensibile per gli interessi francofoni. In secondo luogo, il contenuto della sentenza è duplice. Infatti, una parte riguarda l'applicabilità della *sec. 33* della Carta, laddove viene precisato che la *loi n. 101* del 1988, che sottrae al controllo di costituzionalità tutte le leggi del Quebec ricadenti nella *sec. 2* della Carta, è legittima nel contenuto, seppur formulata in maniera generica. Infatti, nonostante il legislatore non debba motivare le ragioni del suo agire, non dovrebbe imporre condizioni con efficacia retroattiva.

La salvaguardia della *sec. 33* è quindi ritenuta nelle sue linee essenziali conforme al dettato costituzionale e questo attiva il meccanismo attraverso il quale le Province, segnatamente il Quebec, possono sterilizzare gli effetti del processo di *Patriation*, al quale la componente francofona non aveva aderito. Tuttavia, la sentenza ha l'occasione di dichiarare l'incostituzionalità delle *secc. 58 e 68* della *Charter of French Language*, laddove obbligavano l'uso esclusivo del francese nelle insegne commerciali, poiché il disposto legislativo non superava il vaglio della *sec. 1* che è la clausola limitativa dei diritti⁶⁴. Eppure le giustificazioni del Governo del Quebec per la legge 101 erano riconducibili alla necessità di salvaguardare le *visage linguistique* del Quebec per cui la legge in deroga costituiva lo strumento di affermazione e l'enfaticizzazione della specificità francofona, assumendo quindi un rilievo particolarmente significativo⁶⁵.

A sostegno dell'ipotesi che la Corte suprema, nella sua componente francofona, non costituisca una cassa di risonanza della specificità del Quebec, emerge anche in relazione ad altre significative pronunce⁶⁶.

⁶³ necessario precisare che l'organo ha deciso in composizione ridotta e solo due giudici erano francofoni, in quanto il terzo, il giudice Le Dain aveva problemi di salute.

⁶⁴ Preme rilevare che la *sec. 1* impone che la limitazione dei diritti possa operare legittimamente solo se è giustificabile in una società libera e democratica. HIEBERT, *The Evolution of the Limitation Clause*, in *Osgoode Hall L. J.*, 28, 1, 1990, 103 ss.; RODRIQUEZ, *La Corte suprema del Canada e l'art. 1 della Carta dei diritti. Una "free and democratic society" in continua evoluzione*, in ROLLA (a cura di), *L'apporto della Corte suprema*, cit., 241 ss.; CAIRNS, *The Living Canadian Constitution*, in LEUPRECHT - RUSSELL (eds.), *Essential Readings*, cit., 261 s.; LECKEY, *Prescribed by Law*, in *Osgoode Hall L. Journ.*, 2007, 661 ss.

⁶⁵ A seguito della sentenza, l'assemblea del Quebec ha adottato la *loi modifiant la Charte de la langue française* (l. 178) con la quale è venuto meno l'obbligo del monolinguisimo nelle insegne commerciali, anche se il francese deve rimanere prevalente: MCMILLAN, *Rights in Conflict: Contemporary Disputes over Language Policy in Quebec*, in BEHIELS - HAYDAY (eds.), *Contemporary Quebec Readings*, Montréal - Kingston, 2011, 83 ss.

⁶⁶ Proprio in merito ai diritti linguistici si segnala un'altra rilevante pronuncia in cui all'unanimità la Corte aveva invalidato la legislazione del Quebec: *Quebec (Attorney General) v. Quebec Assn. of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66.

Merita, infatti, rileggere alcune pagine dell'opinione consultiva sulla secessione, in cui la Corte ha avuto modo di pronunciarsi su una questione ad alta densità politica rispetto all'ipotesi di distacco da parte della Provincia del Quebec.

È di tutta evidenza quanto delicata possa essere l'opinione della Corte sul tema e quante conseguenze politiche avrebbero potuto dispiegarsi con effetti laceranti. Tuttavia, il collegio all'unanimità afferma che la scissione di una parte del territorio federale sia astrattamente legittima, a patto che la Costituzione sia emendata prevedendo espressamente questa ipotesi e che i termini e le condizioni della separazione siano determinati a conclusione di un processo di negoziazione in cui siano coinvolti non solo la Federazione e il Quebec ma anche tutte le altre componenti della società canadese e solo quando previamente vi sia stata un'adesione robusta da parte della popolazione al progetto secessionistico della Provincia. Viene rifiutata, invece, l'ipotesi di una secessione unilaterale, che può avvenire solo qualora vi siano nel territorio *de quo* significative lesioni delle libertà fondamentali dei cittadini o vi siano palesi violazioni delle regole democratiche.

Anche in questo caso, il collegio si esprime all'unanimità e soprattutto si qualifica la Federazione come la struttura istituzionale in grado di garantire le minoranze culturali e linguistiche che formano la maggioranza in una particolare Provincia. In questo modo, la Corte suprema affida proprio alla forma di Stato federale la funzione di garantire la diversità culturale del paese (para 59, 79-82)⁶⁷.

In queste due sentenze, ciò che emerge con una certa forza è che la Corte si propone come un organo di tutela e di garanzia del federalismo e delle competenze delle varie Province, fra le quali spicca per la sua peculiarità il Quebec. Sulla stessa linea, si pongono i giudici provenienti dalla Provincia

⁶⁷ HALJAN, *Constitutionalising Secession*, Oxford-Portland (Or.), 2014, 325 ss.; ALVSTAD, *The Québec Secession Issue, with an Emphasis on the "Cultural" Side of Equation*, in *Temple Int'l Comp. L. J.*, 18, 2004, 89 ss.; FORD, *In Search of the Qualitative Clear Majority: Democratic Experimentalism and the Québec Secession Reference*, in *Alberta L. Rev.*, 2001, 511 ss.; LECLAIR, *Constitutional Principles in the Secession Reference*, in OLIVER – MACKLEM – DES ROSIERS (eds.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, 2017, 1023 ss.; DUMBERRY, *The Secession Question in Quebec*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 2015, 357 ss.; FASONE, *Il parere della Corte suprema canadese sulla secessione del Quebec. Quali spunti per le odierne tensioni secessionistiche in Europa*, in DELLEDONNE-MARTINICO - PIERDOMINICI (a cura di), *Il costituzionalismo canadese*, cit., spec. 38 ss.; J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *The Law and Politics of Secession: From the Political Contingency of Secession to a "Right to Decide"? Can Lessons Be Learned from the Quebec Case?*, in DELLEDONNE – MARTINICO (eds.), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession*, Cham, 2018, 33 ss.

francofona che sottoscrivono opinioni in cui tutta la specificità storica del Quebec viene confermata e valorizzata ma che non sposano l'ipotesi di una specialità da brandire contro la Federazione, anzi, viene rafforzata l'idea federale che trova una sua manifestazione non solo nelle regole scritte ma anche in quelle convenzionali. Peraltro, sembra arduo immaginare che i giudici francofoni siano dei surrogati delle istanze politiche dei *Quebeckers*⁶⁸.

D'altra parte le conclusioni del giudizio del 2015 sulla separazione della Provincia francofona non sembra poi a ben vedere distanziarsi da quanto già la suprema corte aveva indicato nel *Reference Resolution to Amend the Constitution* del 1981, reso a seguito della proposta di Trudeau di procedere alla *Patriation* in via unilaterale (v. *infra*, par. 2). Rispetto al primo quesito è cioè la legittimità di un'azione unilaterale da parte del Governo federale di procedere alla *Patriation*, 7 giudici su 2, si sono dichiarati per la piena legittimità; tuttavia, in merito al secondo quesito e cioè se tale processo potesse essere perfezionato anche contro il volere delle Province, 6 giudici su 3 hanno ritenuto che la modifica del patto fondante non potesse essere posta in essere senza ottenere «*a substantial degree of provincial consent*», obbligo riconducibile a una convenzione costituzionale. In entrambi i casi, i giudici francofoni hanno aderito all'opinione di maggioranza.

Tutto ciò per dire che la stella polare delle pronunce dell'organo giurisdizionale sembra orientarsi verso la necessità di procedere a intese e negoziazioni, escludendo, quindi, soluzioni unilaterali⁶⁹. La ricostruzione evidenzia come da una parte la Corte suprema palesi un atteggiamento filo-federale, mentre dall'altra non contribuisca a individuare uno *special treatment* verso il Quebec⁷⁰.

6. Brevi conclusioni

Volendo tracciare delle conclusioni, possiamo ribadire che le velleità separatiste del Quebec, certo non sono alimentate dai giudici francofoni

⁶⁸ SCHERTZER, *Quebec Justices as Quebec Representatives*, cit., 539 ss.

⁶⁹ A seguito di questa pronuncia, il *Premier* negozia con le Province alcune modifiche al suo progetto, superando tutte le opposizioni provinciali eccetto quella del Quebec. Quest'ultimo dà avvio a una nuova procedura consultiva davanti alla Corte suprema, invocando un diritto di veto rispetto all'approvazione del *Constitution Act*, 1982; ARONEY - KINCAID, *Comparative Observations and Conclusions*, in ARONEY - KINCAID (eds.), *Courts in Federal Countries*, cit., 522 ss.

⁷⁰ LAJOIE, *Federalism in Canada: Provinces and Minorities – Same Fight*, in GAGNON (ed.), *Contemporary Federalism*, cit., 173.

presenti nella Corte suprema, i quali, insieme al collegio, tendono a mantenere inalterata la struttura federale, considerata la più idonea a salvaguardare la specificità del Quebec ma comunque sempre all'interno di un ordinamento unitario. La presenza francofona in Corte – come abbiamo visto – obbedisce a ragioni tecniche di conoscenza del *civil law* e ciò è strumentale al mantenimento del bigiuralismo e soprattutto alla conservazione di un elemento differenziale all'interno della Federazione dove il *common law* è prevalente.

Inoltre, non è da sottovalutare il profilo in base al quale i tre giudici di provenienza del Quebec sembrano assolvere non tanto la finalità di difesa degli interessi territoriali e culturali di quella Provincia, quanto quella di costruire un tessuto connettivo fra il Quebec e la Federazione.

Allargando l'orizzonte e a conferma dei benefici riconducibili al *reflective judiciary*, si ritiene opportuno citare le parole delle magistrate, L'Heureux-Dubé e McLachlin, in *R. v. S. (R.D.)*⁷¹: «... [*J*]udges in a bilingual, multiracial and multicultural society will undoubtedly approach the task of judging from their varied perspectives. They will certainly have been shaped by, and have gained insight from, their different experiences, and cannot be expected to divorce themselves from these experiences on the occasion of their appointment to the bench. In fact, such a transformation would deny society the benefit of the valuable knowledge gained by the judiciary while they were members of the Bar. As well, it would preclude the achievement of a diversity of backgrounds in the judiciary. The reasonable person does not expect that judges will function as neutral ciphers; however, the reasonable person does demand that judges achieve impartiality in their judging.».

In questo considerato in diritto in Canada emerge con chiarezza la consapevolezza che un potere giudiziario plurale non può che costituire un *quid pluris* rispetto alla funzione giudicante.

⁷¹ *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484 para 34.

BREVI CONSIDERAZIONI SUL RAPPORTO DEGLI ESPERTI DEL GRUPPO DI ALTO LIVELLO IN TEMA DI *FAKE NEWS*[°]

Brando Mazzolai

*Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche,
Università degli Studi di Foggia*

Sin dalle origini il costituzionalismo moderno ha collocato in una posizione centrale la libertà di manifestazione del pensiero, facendone il caposaldo di ogni società democratica e la cifra distintiva di questo modello. In questi ultimi anni gli ordinamenti costituzionali europei si sono dotati di nuovi strumenti giuridici per regolare l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e, segnatamente, per arginare la dilagante diffusione di fake news. L'intervento che qui si propone è mirato pertanto a riflettere su questo tema facendo riferimento ai contenuti del recente "Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation" voluto dalla Commissione europea come premessa alle future iniziative politiche e giuridiche che saranno adottate per regolare il problema della disinformazione in ambito politico su internet

Since its origins, modern constitutionalism has considered freedom of speech as a prominent issue, a cornerstone of any democratic society and the distinguishing characteristic of it. In the last few years the European constitutions have acquired new legal instruments to regulate the exercise of freedom of speech by reference to the diffusion of fake news. The following contribution aims to reflect on the issue taking into consideration the findings of the recent "Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation" called for by the European Commission with the purpose of considering it a premise to the future political and legal initiatives which will be adopted to regulate the problem of misinformation in politics on the internet

Sommario:

1. Perché Internet amplifica e rende più rilevanti le fake news
2. I nuovi termini del problema: "a new free marketplace of ideas"?
3. Libertà di informazione e fake news
4. The High-Level Expert Group
5. Conclusioni (aperte)

[°] Saggio sottoposto a double-blind peer review.

1. Perché Internet amplifica e rende più rilevanti le fake news

Vorrei partire da un caso di scuola realmente accaduto per affrontare il tema della disinformazione in internet. Mi riferisco alla The Great Moon Hoax ("la grande burla della Luna") che è il nome con cui è rimasta nota una serie di sei articoli pubblicati dal *New York Sun* nel 1835, sulla presunta scoperta della vita e della civiltà sulla Luna. La notizia che era nata con l'intento di una paradossale finzione fu presa per vera e gli articoli successivi suscitarono tale scalpore da essere tradotti in varie lingue e pubblicati anche all'estero. La sensazionale ricerca era stata presentata come il lavoro di Sir John Herschel famoso astronomo britannico che aveva raggiunto un tale mirabile risultato «per mezzo di un telescopio di grandi dimensioni e di un principio del tutto nuovo». I newyorkesi furono talmente affascinati dall'articolo - che all'indomani della pubblicazione furono vendute 19.000 copie, garantendo al *Sun* una diffusione più ampia di qualsiasi altro quotidiano sul pianeta. La distribuzione del giornale aumentò di cinque volte. La bufala che oggi si definirebbe una fake news si sparse a macchia d'olio con commenti entusiasti che venivano riportati su molti giornali fino ad ottenere relazioni della scoperta sui bollettini delle più celebri riviste scientifiche europee¹.

La storia appena introdotta è utile per ammettere come la diffusione di notizie false è da sempre esistita fin dai tempi in cui l'uomo ha iniziato a comunicare. Tuttavia oggi le nuove potenzialità offerte dalla rete permettono di diffondere illimitatamente e subitaneamente notizie non vere, distorte o manipolate (le cosiddette fake news). Questo fenomeno è frutto di un cortocircuito informativo spesso innescato volontariamente per i fini più diversi da una vera e propria massa indistinta di creatori di notizie false e diffamanti volte sostanzialmente a diffondere confusione nella galassia infinita del web.

L'innovazione tecnologica ha cambiato il modo in cui l'informazione viene prodotta, distribuita e fruita. La rete è nel bene e nel male una società c.d. a "potere diffuso" nella gestione della divulgazione di contenuti online; la mancanza dei controlli tipici dei media tradizionali la espongono più di ogni altro mezzo di informazione al rischio di inquinare il discorso pubblico veicolando informazioni manipolate false e tendenziose.

¹ Allo stesso modo potremmo ricordare l'allarme che generò il celebre spettacolo radiofonico ideato e diretto da Orson Welles "*La guerra dei mondi*", trasmissione che, leggenda narra, scatenò il panico in buona parte degli Stati Uniti, facendo credere alla popolazione di essere sotto attacco da parte dei marziani.

Siamo al centro della quarta rivoluzione industriale dove internet è la principale porta di accesso alle informazioni, in cui i dati non viaggiano più attraverso la combinazione di byte o mega byte, ma di big data di proporzioni incredibili. Tutti possediamo uno o più dispositivi, smartphone, pc, tablet, siamo sempre connessi, “always on” o almeno “almost constantly”, con i nostri device per navigare in rete e partecipare alle più diffuse piattaforme online dei social media.

L'avvento dell'epoca digitale e dei social network ha cambiato definitivamente il modello dell'informazione ed oggi sarebbe impensabile regredire a vecchi paradigmi pensati per un mondo ormai diverso: «*come una forza della natura l'era digitale non può essere rifiutata o fermata*»². Ma se il discrimine tra apocalittici e integrati³ dovrebbe ormai essere totalmente superato, rimane aperta la questione di come garantire la sicurezza della veridicità delle fonti e muoversi in modo critico e consapevole nell'immensa mole di informazioni della rete.

2. I nuovi termini del problema: “a new free marketplace of ideas”?

I problemi fin qui prospettati finiscono per coinvolgere e compromettere la libertà di informazione nell'era di Internet. Le trasformazioni tecnologiche hanno modificato inevitabilmente il sistema di elaborazione dei dati e le modalità di funzionamento del mercato dell'informazione⁴, condizionando inevitabilmente le garanzie giuridiche della stessa libertà. Di fronte alle nuove sfide, in una società dove le piattaforme social e i motori di ricerca hanno raggiunto un potere comunicativo potenzialmente illimitato, appare inadeguato restare ancorati ai vetusti schemi concettuali ispirati all'idea di libertà negativa del potere pubblico come unico pericolo da cui difendersi. E allora dobbiamo chiederci in questo nuovo campo, ancora inesplorato, quale estensione riceva oggi la tutela della libertà di espressione on-line?

Non c'è dubbio che la libertà di informazione sia una delle pietre angolari delle moderne democrazie liberali, che deve la sua centralità non soltanto per essere la cifra distintiva di ogni ordinamento, ma anche per il suo stretto

² NEGROPONTE, *Essere digitali*, Milano, 1995.

³ ECO, *Apocalittici e integrati: comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano, 1964.

⁴ Si veda al riguardo il nuovo rapporto Censis sulla comunicazione e i media digitali: “<https://www.primaonline.it/wp-content/uploads/2018/10/Presentazione-11-ottobre.pdf>”.

collegamento con molti altri dei diritti e delle libertà costituzionali⁵. A partire dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale⁶, la libertà di manifestazione del pensiero ha visto ampliare di molto il proprio campo di applicazione grazie a quanto sancito nelle moderne carte dei diritti fondamentali⁷. La tutela garantita a questa libertà si espande infatti sia sotto il profilo attivo del "diritto di informare", sia sotto il profilo passivo del "diritto di ricevere informazioni"⁸.

Alla luce di ciò potremmo oggi affermare che il mercato dell'informazione sul web resti uno spazio realmente libero? Risulterebbe valida ancora oggi l'idea del "*free market place of ideas*" utilizzata dal giudice Holmes della Corte Suprema americana nel 1924 nella famosa *dissenting opinion* sull'autoregolamentazione del mercato?⁹

Oggi il "mercato dell'informazione" su internet non è poi più così libero come si vuol far credere, ma appare configurarsi come il prodotto *de facto* di un oligopolio ristretto a pochi attori veramente influenti. Un mercato caratterizzato dall'abuso di posizioni dominanti di poche multinazionali dell'informazione detenute in primo luogo dalle grandi piattaforme on line¹⁰.

⁵ In questo senso ne è un esempio la partecipazione politica che necessita, sia in forma attiva che passiva, della più ampia offerta di informazioni a favore del cittadino-elettore che allo stesso tempo però richiede nella sua qualità di cittadino-candidato la più ampia possibilità di esercizio della libertà di parola.

⁶ Cfr *ex multis* la sentenza della Corte cost. n. 112 del 1993 dove i giudici costituzionali ebbero modo di affermare che: «*la Costituzione e all'art. 21, riconosce e garantisce a tutti la libertà di manifestare il proprio pensiero con qualsiasi mezzo di diffusione e tale libertà ricomprende tanto il diritto di informare, quanto il diritto ad essere informati, i quali, in ragione del loro contenuto, si traducono direttamente in diritti soggettivi dell'individuo di carattere assoluto*».

⁷ Sotto questo profilo giova solamente accennare che sia la Convenzione europea dei diritti fondamentali all'art. 10 che la Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 11 sanciscono il riconoscimento del diritto di espressione in termini particolarmente ampi: infatti accanto al tradizionale profilo della libertà di espressione come sfera di autonomia privata garantita da ingerenze esterne (e quindi quale libertà negativa) si afferma, infatti, anche una dimensione pubblica della libertà di espressione quale libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee.

⁸ Per un'ampia analisi della libertà di espressione, *ex art. 10 CEDU*, nel suo profilo attivo e passivo si veda BOSI, *Art. 10. Libertà di espressione*, in DEFILIPPI - BOSI - HARVEY (a cura di), *La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Napoli, 2006, 406-424; C. RUSSO - QUAINI, *La Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006.

⁹ *Dissenting opinion of Justice Holmes in the US Supreme Court case Abrams v. United States, Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919)

¹⁰ In questo senso Cuniberti nel saggio *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo* scrive «E tuttavia, proprio il fatto

I *social network* nella diffusione delle notizie utilizzano complessi algoritmi che non conosciamo e lo stesso accade per le ricerche elaborate dagli *internet service provider* che indicizzano le pagine secondo parametri determinati, a loro volta, dagli stessi¹¹. In altre parole, durante la navigazione sul web, gli algoritmi delle più note piattaforme *online* quali ad esempio Google e Facebook selezionano le informazioni da mostrare agli utenti sulla base di criteri, quali ad esempio le precedenti ricerche o il tempo di visualizzazione di un singolo contenuto. Tali criteri sono di volta in volta aggiornati ai fini di ottenere una profilazione sempre più precisa degli utenti che sono spinti a fruire delle informazioni che appartengono maggiormente alle proprie categorie d'interessi con un conseguente svilimento del pluralismo informativo esistente¹². La ricerca d'informazioni oggi si muove soprattutto attraverso le stringhe di Google, Yahoo e altri motori di ricerca che offrono agli internauti, secondo le *key word* proposte dall'utente (c.d. query) e in base ad un algoritmo determinati siti rispetto ad altri. Questi risultati infatti seppur utili ed immediati rappresentano l'elaborazione privilegiata di alcune informazioni a discapito di altre.

Questo fenomeno ha avuto un impatto notevole sulla libertà di informazione che ha visto affiancarsi ai media tradizionali un vero e proprio nuovo soggetto editoriale: i motori di ricerca online¹³. Per tale ragione

che i c.d. "colossi del web" siano liberi di introdurre e implementare forme di monitoraggio così invasive dovrebbe suscitare qualche interrogativo: entro che limiti un soggetto che svolga simili attività può poi pretendere di andare esente da responsabilità per l'eventuale utilizzo illecito dei propri servizi da parte degli utenti? E ancora, in presenza di operatori – come social network e motori di ricerca – che stanno sul mercato in una posizione di monopolio o di quasi monopolio, sino a che punto si può accettare che la decisione di rimuovere un contenuto – o di renderne particolarmente difficile il reperimento, il che in definitiva non è poi molto diverso - non possa essere messa in discussione e contestata da parte del soggetto che quel contenuto ha inizialmente pubblicato in rete?».

¹¹Basti pensare che gli algoritmi su cui si basano i risultati delle ricerche presentati da Google sono tra i più importanti segreti industriali dell'azienda, e mai potrebbero essere rivelati al grande pubblico causa la perdita di gran parte del potere di mercato.

¹² Il tema della trasparenza dei processi decisionali automatizzati risulta il cuore del dibattito sulla regolamentazione degli algoritmi e sulle loro implicazioni sociali. Si veda PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, 2015; CRAWFORD, *Can an algorithm be agonistic? Ten scenes from life in calculated publics*, in *Science, in Technology & Human Values*, 2016.

¹³ «As the role of information gatekeeper starts to pass from journalists at legacy news organizations to engineers, coders, and designers, the very nature of the Fourth Estate and the news it produces is changing. While their aspirations may be sweeping, platform executives have not indicated a desire to be a Fourth Estate». E.C. CARROLL, *Making News: Balancing*

nell'ambito del diritto all'informazione la "scelta" dell'algorithmo di preferire determinate fonti di informazioni rispetto ad altre non può lasciare indifferente il legislatore, trattandosi di una tecnologia non neutra¹⁴

A questo proposito ricordo lo spot di qualche anno fa che pubblicizzava un'offerta di contenuti televisivi *on demand* su fibra ottica, in cui lo slogan scandiva queste parole: "La libertà di non dover scegliere"¹⁵. Con tono, parole e musica suadenti si scandiva un messaggio inquietante nella sua chiarezza, lasciarsi guidare dall'intelligenza artificiale che formata sulla base delle preferenze individuali, avrebbe scelto al posto nostro. A distanza di qualche anno non possiamo che confermare come gli algoritmi usati dai motori di ricerca e dai social network abbiano ormai raggiunto l'obiettivo di selezione e offerta mirata delle informazioni per ciascun utente. A questo proposito oggi si ricorre alla definizione delle *bubbles society*¹⁶, di grandi e piccole monadi connesse tra loro che però rimangono isolate in quanto impermeabili alla diffusione di notizie che non corrispondono ai gusti degli utenti¹⁷.

In altre parole la pericolosa conseguenza è quella di assecondare le convinzioni degli utenti esponendoli solamente a quello che è in sintonia con i loro interessi. L'utente di Internet finisce spesso per ricevere, come notizie e informazioni, soltanto un'eco delle opinioni e dei gusti che ha manifestato (*echo chamber*) rafforzandosi ancor di più nei suoi pregiudizi (bolle ideologiche). Insomma, gli algoritmi spesso costruiscono un mondo su misura dal quale è difficile sfuggire. Se per molto tempo la classe politica ha ignorato il tema di cui si discute, la situazione appare oggi in costante mutamento.

In questo contesto appare evidente come il fenomeno delle fake news anche per i giuristi rappresenti un tema estremamente serio che non possa

Newsworthiness and Privacy in the Age of Algorithms, in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2017, 2-3.

¹⁴ In questi termini M. MONTI, *Regolazione, Internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e social networks sulla libertà di informazione*, in *federalismi.it*, n. 24, 2017, 12 ss.

¹⁵ Il messaggio qui richiamato faceva parte della campagna pubblicitaria di Tim per la promozione dei servizi di programmazione on line accessibili tramite le reti veloci adsl. Lo spot interpretato da Pif si concludeva con queste parole: «Le nuove tecnologie ci stanno dando la libertà di non dover scegliere. Non è fantastico?».

¹⁶ Per una ricognizione dottrinale si veda: FLAXMAN - GOEL - RAO, *Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption*, in *Public Opinion Quarterly*, 80, Special Issue, 2016, 298 e ss.

¹⁷ Il termine *filter bubbles* è stato coniato da E. Pariser ed il concetto è legato alla personalizzazione degli algoritmi sull'utente e nello specifico alla c.d. *pre-selected personalisation*, ossia alla selezione delle informazioni captate in base alle passate ricerche dell'utente. PARISER, *The Filter Bubble: How the New Personalized Web is Changing What We Read and How We Think*, New York, 2011.

essere trattato con leggerezza e sufficienza in quanto coinvolge potenzialmente una lunga serie di valori e principi democratici. Ripeto, il problema è sempre esistito, ma oggi con internet e la diffusione dei social network ha assunto una veste del tutto nuova e nemmeno prevedibile fino a qualche tempo fa. Un fenomeno che oggi, a differenza del passato, ha una potenza illimitata sia nello spazio per l'assenza di confini e sia nel tempo per l'immediatezza e la velocità nella diffusione della notizia che una volta immessa nel web diviene potenzialmente sempre ripetibile in un inquietante "eterno ritorno" di nietzschiana memoria¹⁸.

3. Libertà di informazione e fake news

Come da tempo chiarito dalla più autorevole dottrina e poi confermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale, la mera diffusione di notizie false non può essere considerata in sé e per sé illecita, a meno che non leda diritti o valori costituzionali¹⁹. In altri termini l'immissione di notizie false o ingannevoli in rete in sé non costituirebbe un illecito a meno che non si traduca in un pregiudizio a beni o interessi giuridicamente rilevanti²⁰.

¹⁸ Il concetto dell'eterno ritorno è molto presente nelle opere di Friedrich Nietzsche. Il filosofo tedesco formula per la prima volta la sua teoria già nel 1882 nella *Gaia Scienza*, per poi riprenderla in seguito nelle pagine di *Ecce Homo* (1888) e nel terzo libro di *Così parlò Zarathustra*.

¹⁹ Così, in particolare, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1958, 36-37; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 238-239; CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *MediaLaws*, 2017, 30; M. MONTI, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, in *MediaLaws*, 2017, 82-83; POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in PITRUZZELLA - POLLICINO - QUINTARELLI (a cura di), *Parole e potere*, Milano, 2017, 46 ss., con riferimento all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale europea della tutela della libertà di espressione, in confronto a quella avvenuta nell'ordinamento statunitense.

²⁰ "Ne discende, allora, che l'art. 21 tutela bensì la più ampia circolazione del pensiero, ma lo fa compatibilmente con la salvaguardia degli altri valori costituzionalmente recepiti. Esso dunque impone un'area di vastissima tolleranza, corrispondente all'area costituzionalmente garantita alla libertà di parola. Pertanto manifestazioni non tollerabili (nel senso che contro di esse la reazione è lecita, se non addirittura doverosa, ancorché nelle forme legalmente consentite) sono perciò, solo quelle che, contravvenendo valori costituzionalmente garantiti, li pregiudichino immediatamente e irreparabilmente per il solo fatto della manifestazione o della diffusione del pensiero (si pensi alla violazione del segreto istruttorio) oppure quelle manifestazioni che si risolvono in comportamenti materiali in sé e per sé illeciti". Così A. PACE - MANETTI, *Art. 21. la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in BRANCA - PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, 88 ss.

In questa prospettiva si è da sempre collocata la giurisprudenza italiana, secondo cui la libertà di informazione riconosciuta dall'art. 21 Cost. può essere limitata soltanto per la tutela di altri valori di rilevanza costituzionale che possano entrare in conflitto con essa, quali possono essere i valori attinenti all'onore, alla reputazione ed alla riservatezza della persona, all'ordine pubblico, alla sicurezza dello Stato, al regolare svolgimento della giustizia, alla tutela di alcune forme di segreto²¹.

La diffusione di internet quale strumento di comunicazione ormai onnipresente in tutti i campi del sociale sembra però aver mutato il quadro normativo di riferimento. Oggi nessuno potrebbe dubitare che internet non abbia contribuito a moltiplicare le possibilità di esercizio della libertà di informazione, sia sotto il profilo "attivo" del "diritto di informare", sia sotto il profilo "passivo" del "diritto di ricevere informazioni"²². Tuttavia le nuove potenzialità offerte da internet hanno anche permesso una propagazione alluvionale di notizie artatamente manipolate.

Questo pericoloso fenomeno ha mostrato negli ultimi tempi in ambito politico globale e in particolare durante le ultime campagne elettorali un'inquietante potenzialità finora mai conosciuta²³. Sotto questo profilo, emblematiche sono state le polemiche correlate all'ultime elezioni presidenziali americane dove il candidato repubblicano avrebbe fortemente beneficiato degli effetti di una strategia di disinformazione estesa ed altamente sofisticata²⁴. Non si può neanche fare a meno di notare come durante i più recenti e rilevanti eventi elettorali (il referendum per la Brexit

²¹ Cfr. per tutte C. Cost.. 11/1968 e 98/1968. In questi termini F. DONATI, *Fake news e libertà di informazione*, in *MediaLaws*, 2017

²² La ricerca sul fondamento costituzionale del diritto all'accesso e all'uso di internet ha spinto molti autori a prospettarlo come un diritto fondamentale a struttura assai complessa, non limitata al solo accesso, come più volte chiarito negli ultimi scritti di Stefano Rodotà.

²³ Per uno studio sul tema si veda ALLCOTT - GENTZKOW, *Social Media and Fake news in the 2016*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2017.

²⁴ Sul crescente utilizzo di tali strumenti nelle campagne presidenziali americane, a cominciare dalle quelle democratiche del 2008 e del 2012 per arrivare a quella che ha portato alla presidenza Donald Trump, si veda ad esempio quanto afferma Alexander Nix, amministratore delegato della *Cambridge Analytica* e consulente di Donald Trump in occasione delle elezioni presidenziali del 2016, in un'intervista pubblicata su *La Stampa* l'8 settembre 2016 sotto il titolo "*Nix, il cervello della campagna elettorale di Trump*": «Grazie ai big data sappiamo cosa vogliono i cittadini»: «nel 2008 abbiamo visto come la campagna dei Democratici abbia fatto ampio uso dei dati digitali per identificare e persuadere gli elettori, soprattutto con i social media. Questo è stato un fattore centrale nel cambiamento degli equilibri anche perché i Repubblicani erano rimasti indietro nell'uso delle tecnologie, mentre in passato erano stati all'avanguardia. Ora si è verificato un nuovo sorpasso in questo campo da parte repubblicana, con grandi investimenti e la mobilitazione di ingenti risorse».

e l'elezione di Donald Trump alla presidenza U.S.A.) i grandi media tradizionali abbiano perso la loro proverbiale centralità nel leggere, interpretare e comprendere le trasformazioni di carattere politico.

Non meraviglia dunque che il tema della limitazione delle fake news, sia da qualche tempo oggetto di un acceso dibattito in Europa e in moltissimi altri paesi del mondo²⁵. La democrazia costituzionale del ventunesimo secolo si trova oggi ad affrontare le nuove minacce nate dal mondo incorporeo della rete. Una di queste sfide è sicuramente rappresentata dal controllo dagli effetti distorsivi della disinformazione on-line, dove la diffusione di fake news di carattere politico e in ambito elettorale rappresenta solamente la punta dell'iceberg del fenomeno.

4. The High-Level Expert Group

A livello europeo, la questione del contrasto alla disinformazione in rete si sta ponendo sempre più all'ordine del giorno²⁶. Seppur non propriamente compresa tra le materie di propria competenza, l'Unione europea sembra decisa a voler regolamentare il tema della disinformazione in internet per garantire a tutti i cittadini europei il diritto a ricevere informazioni imparziali²⁷ soprattutto durante i procedimenti elettorali²⁸. A tal proposito su iniziativa della Commissione europea è stato costituito un gruppo di esperti

²⁵ Oltre alle recenti proposte di legge avanzate in Germania, Francia, Spagna e Italia, il tentativo di normazione del fenomeno fake news si registra anche in molti altri Paesi del mondo. Su questo ultimo punto si richiama il lavoro di ricerca reperibile online, elaborato dall'Oxford Internet Institute: *Challenging Truth and Trust: A Global Inventory of Organized Social Media Manipulation*.

²⁶ La manipolazione della pubblica opinione attraverso le fake news «è una minaccia reale alla stabilità e alla coesione delle nostre società europee», ha affermato il commissario Ue alla sicurezza Julian King, ribadendo che il codice delle norme per i social rimane volontario «perché è il modo più rapido ed efficace per affrontare» il problema delle fake news.

²⁷ Di grande interesse sono gli strumenti che utilizzano; ad esempio, si fa ricorso a metodiche in grado di procedere all'individuazione di *topics* su cui è possibile che si sviluppi la disinformazione, come rilevato da DEL VICARIO - QUATTROCIOCCI - SCALA - ZOLLO, *Polarization and Fake News: Early Warning of Potential Misinformation Targets*, 5 febbraio 2018, su <https://arxiv.org/abs/1802.01400>.

²⁸ Il 12 settembre 2018 nell'ultimo discorso sullo stato dell'unione il Presidente della Commissione Europea Jean Claude Juncker ha affermato che uno degli obiettivi centrali per l'Unione Europea sarà quello di garantire elezioni libere e eque e a tal proposito ha affermato: «Voglio che il prossimo maggio gli europei possano compiere le loro scelte politiche nell'ambito di elezioni europee eque, sicure e trasparenti. Nel nostro mondo online, il rischio di interferenze e manipolazioni non è mai stato così alto. È ora di mettere le nostre norme elettorali al passo con l'era digitale, per proteggere la democrazia europea».

del settore definito come “*High Level Group on fake news and online disinformation*”²⁹ che ha elaborato una serie di raccomandazioni con la finalità di adottare un primo Codice di autoregolamentazione europeo per contrastare il fenomeno della disinformazione online a partire dalle prossime elezioni europee del maggio 2019³⁰.

La strada intrapresa dall’Unione europea per combattere e vincere la battaglia contro le fake news è certamente da apprezzare. Anzitutto perché finalmente si è presa consapevolezza della vastità del fenomeno e poi perché si sta ragionando in un’ottica concertativa e non impositiva, puntando su un virtuoso coinvolgimento di soggetti che a vario titolo fanno parte della filiera di produzione e distribuzione delle notizie in Rete. Infine perché si è stabilita una precisa *road map* con meccanismi di rendicontazione e accountability che dovranno mettere alle strette i giganti del web affinché contribuiscano attivamente a rendere la Rete più sicura e trasparente.

Gli esperti, fin dalle prime battute, hanno deciso di evitare deliberatamente l’uso del termine fake news in quanto considerato “*misleading*” fuorviante e inadatto a catturare la complessità dei problemi legati alla disinformazione sul web³¹. Quest’ultima infatti, secondo la nuova definizione concordata, includerebbe “*tutte le forme di informazioni false,*

²⁹ I componenti del gruppo formato da 39 membri (“*the most relevant stakeholder groups*”) rappresentavano i principali attori operanti sul web nella diffusione di informazioni: erano presenti tra gli altri i rappresentanti delle grandi piattaforme digitali, delle lobby del big tech, le organizzazioni di *fact-checkin*, i rappresentanti dei consumatori europei, i delegati delle grandi tv e da ultimo alcuni esperti accademici. La lista dei componenti del gruppo è consultabile on line al seguente link: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/experts-appointed-high-level-group-fake-news-and-online-disinformation>.

³⁰ Le dichiarazioni iniziali contenute nel documento elaborato dal gruppo di esperti muovevano dalla consapevolezza del crescente tasso di disinformazione e di propaganda diffuso attraverso i social media, e dei danni che da ciò possono conseguire per gli individui e per la società nel suo complesso. Sul punto si veda il contributo di PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, in *MediaLaws*, 1, 2018

³¹ Il rapporto si concentra in particolare sui problemi legati al più ampio problema della disinformazione online che riguarda la mescolanza di fatti reali e informazioni inventate e va oltre quindi il concetto di fake news, ritenuto inadeguato a spiegare la complessità del fenomeno. Il rapporto definisce la disinformazione come “informazione falsa, imprecisa o concepita in modo fuorviante, presentata e diffusa a scopo di lucro o con l’intenzione di creare un pregiudizio pubblico”. Da qui, i possibili effetti negativi sui processi e i valori democratici. Il rapporto sottolinea la necessità di coinvolgere tutte le parti interessate nelle misure che saranno eventualmente adottate, raccomandando innanzitutto un approccio di autoregolamentazione.

imprecise o ingannevoli, create, presentate e diffuse a scopo di lucro o con l'intenzione di arrecare un pregiudizio pubblico."³².

Il gruppo di studio suggerisce di affrontare il fenomeno delle fake news proponendo alle stesse piattaforme on line alcune *best practice* da adottare. Una prima misura dovrebbe tendere a garantire la trasparenza circa i contenuti sponsorizzati (*transparency and accountability-enhancing practices*), in particolare per quanto riguarda i messaggi pubblicitari durante le campagne elettorali, restringere il numero di possibili bersagli di propaganda politica e ridurre il profitto dei vettori di disinformazione. In questo contesto dovrebbe essere tutelata anche la trasparenza nell'utilizzo degli algoritmi (*trust-enhancing practices and algorithm changes*), garantendo poi un monitoraggio costante della proliferazione di account falsi.

L'attività di controllo sul rispetto del nuovo codice di autoregolamentazione³³ dovrebbe poi essere affidata ad una coalizione formata dalle stesse piattaforme e affiancata dalla presenza di esperti indipendenti (accademici, giornalisti e fact-checkers).

Infine, un altro importante aspetto affrontato, è quello riguardante l'impegno da parte della stessa Commissione europea di promuovere una maggiore alfabetizzazione mediatica (*Media and information literacy*) e favorire lo sviluppo di una più consapevole cultura digitale soprattutto verso le nuove generazioni.

Ebbene, seppur meritevole di nota, il documento redatto dal gruppo di esperti non può sfuggire ad alcuni veloci ma importanti rilievi rispetto alla reale efficacia delle soluzioni proposte.

Per esempio seppur condivisibile suscita qualche perplessità la scelta della Commissione di coinvolgere nella lotta alla disinformazione le grandi piattaforme assieme agli altri gruppi di esperti indipendenti si presta a sollevare qualche perplessità³⁴.

³² Questa definizione è ripresa dal comunicato stampa del 12 marzo 2018 della Commissione Europea.

³³ Per consultare il testo del nuovo Codice di autoregolamentazione si veda il seguente link: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>.

³⁴ Interessante l'idea di prevedere nuovi gruppi di *fact-checkers*, lodevole il tentativo di alcuni social come Facebook di assoldare squadre di giornalisti per smascherare i tentativi di disinformazione. Ma chi dovrebbe designare i controllori/valutatori? Quali requisiti dovrebbero avere? A chi dovrebbero rendicontare i frutti del loro lavoro? Il rischio di proceduralizzare troppo questa attività di verifica e controllo esiste, così come esiste il rischio che alcuni valutatori in realtà diventino strumenti per espungere dal circuito della Rete notizie scomode o verità sgradite.

Questo nuovo meccanismo di verifica se da una parte permetterebbe di evitare qualsiasi tipo di controllo privato preventivo (ad esclusivo uso di pochi soggetti privilegiati), dall'altra lascerebbe ancora irrisolto il problema su chi dovrebbe comporre la coalizione di esperti indipendenti per garantire la correttezza delle informazioni diffuse.

Un approccio interessante potrebbe poi svilupparsi in ordine alla proposta di responsabilizzare le piattaforme online non tanto sul contenuto delle informazioni, quanto sulla verificabilità delle fonti di provenienza delle stesse. L'ambito di intervento, nell'ottica di una nuova tutela per il singolo utente, si sposterebbe dal diritto ad essere informato in maniera veritiera a quello relativo alla verificabilità delle fonti garantendone la sola tracciabilità piuttosto che accertarne il contenuto. Si eviterebbe così di sovraccaricare i compiti delle piattaforme dall'assumere il ruolo di regolatori delle informazioni nella rete sfuggendo così il rischio di cadere in una censura preventiva contrastante con i principi costituzionali europei³⁵.

Un altro aspetto interessante offerto dal lavoro di ricerca è sicuramente l'approccio multidimensionale ai problemi della disinformazione. Infatti è convincente l'idea per cui rispetto ad un fenomeno così mutevole e evanescente come quello della disinformazione on line, sia necessario adottare delle misure differenti a seconda degli ambiti e delle situazioni di volta in volta coinvolte³⁶.

³⁵ Dunque, uno dei concetti maggiormente enfatizzati nel documento della Commissione è quello di tracciabilità, enucleato come tentativo di riconduzione dei contenuti ai loro centri di elaborazione e diffusione. D'altronde anche nel settore alimentare, così come in quello dei pagamenti, il concetto di tracciabilità è diventato uno snodo fondamentale in termini di sicurezza e credibilità di beni e servizi. Per rendere realistica e premiante tale tracciabilità, i social network dovranno adottare un codice di buone pratiche incentrato su alcuni punti chiave: monitorare meglio il fenomeno del *click-baiting*; ridurre le opzioni di *targeting* mirato per il *marketing* politico; assicurare la trasparenza dei contenuti politici sponsorizzati; aumentare gli sforzi per chiudere i profili falsi e dei troll e identificare i bot che diffondono disinformazione.

³⁶ Sul punto, cfr. T.E. FROSINI, *Costituzionalismo 2.0*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4, 2016, 673 ss., specialmente 678, ove si osserva che i «problemi giuridici posti dalla tecnologia informatica, nella sfera del diritto costituzionale come in quella del diritto privato, non riescono a trovare più nella dimensione statale la sede idonea alla soluzione di essi. Ecco perché l'analisi del rapporto fra tecnologie (informatiche) e libertà costituzionali non può non svolgersi nel prisma del diritto comparato, in quanto si tratta di una tematica che sfugge sempre più dalla dimensione statale per essere coinvolta nei processi di globalizzazione. Basti pensare proprio a Internet, e alla sua naturale vocazione alla extraterritorialità, in quanto essa travalica i confini degli Stati nazionali, supera le barriere doganali, elimina le differenze culturali fra i popoli».

Seppur ancora solamente accennate le linee guida hanno il pregio di non tentare interventi normativi immediati, ma si pongono in un'ottica di collaborazione (coregolamentazione) tra le istituzioni pubbliche e i soggetti privati³⁷.

Vero è che forse, nonostante le dichiarazioni e le enfatiche proposte di intervento³⁸, il problema della disinformazione e le relative criticità connesse all'utilizzo delle nuove tecnologie chiederà nei prossimi anni da parte del Legislatore europeo l'adozione di soluzioni normative ben più efficaci e concrete di un seppur meritevole complesso insieme di linee guida e raccomandazioni.

5. Conclusioni (aperte)

Alla luce delle considerazioni finora solamente accennate (e destinate ad essere approfondite) risulta evidente quanto l'attuale dibattito sia ancora ben lontano dall'aver individuato misure adeguate a combattere il fenomeno connesso alle diverse forme di inquinamento dell'informazione.

Dovremmo quindi permettere che l'evoluzione della tecnologia rimanga totalmente indipendente da ogni altro fattore? Dovremmo rassegnarci alla diffusione di notizie false in rete? Di fronte alle moderne sfide tecnologiche, possiamo mantenere inalterati gli schemi giuridici tradizionali? Sarebbe possibile imbrigliare Internet nella logica dello stato di diritto sottoponendolo ad una nuova regolamentazione?

Ciò che si può affermare con certezza è che ci troviamo di fronte a radicali e profondi mutamenti delle modalità di diffusione e di circolazione delle informazioni che se da una parte offrono opportunità di conoscenza e approfondimento mai viste prima, dall'altra, quando utilizzate con la finalità di manipolazione del consenso, rischiano di diventare il grimaldello attraverso cui accedere al controllo di grandi masse di utenti (cittadini). Questo problema diviene ancora più urgente se riferito a campi particolarmente delicati e sensibili come quello della comunicazione politica, dove sempre più decisivo appare il ruolo delle piattaforme on-line nell'indirizzare gli utenti verso la visione e condivisione di determinati contenuti.

³⁷ L'obiettivo diventa, quindi, quello di realizzare un ecosistema on line più trasparente, affidabile e responsabile, con precisi meccanismi di verifica, rendicontazione e imputabilità.

³⁸ Ferma restando l'auspicabilità del consolidamento di queste forme di cooperazione non si può trascurare di osservare i limiti connessi a operazioni riconducibili alla buona volontà e al senso di responsabilità dei soggetti coinvolti. Per affrontare in maniera organica ed efficace un problema tanto complicato si rende invece necessaria l'adozione di regole stringenti, espressione di un piano di intervento omogeneo e tassativo.

In questo senso l'aumento pressoché incontrollato delle diverse manifestazioni del pensiero se da una parte ha condotto ad un notevole incremento del pluralismo informativo dall'altra ha finito per favorire una diffusione alluvionale di notizie generando un cortocircuito della rete.

Oggi, a parere di chi scrive, il fenomeno dell'abuso della libera manifestazione del pensiero in rete è principalmente dovuto alla mancata regolamentazione dei media non convenzionali che si confronta con un sistema normativo non aggiornato e per lo più inefficace³⁹.

La via più opportuna da seguire sembra dunque quella della trasparenza, unita a una richiesta di maggiore rendicontazione nei confronti delle attività svolte dalle piattaforme on line. Una simile prospettiva di intervento appare del resto anche l'opzione maggiormente compatibile con il sistema dei valori costituzionali sanciti dalle moderne Carte dei diritti. Ogni diversa soluzione tradirebbe, al contrario, l'avvicinamento ad un ordinamento giuridico diverso, più simile alla cosiddetta democrazia protetta o militante, caratterizzata per il timore diffuso di un abuso dei diritti oltre il limite costituzionalmente tollerato e per la conseguente risposta in chiave "etica" da parte dello Stato⁴⁰.

Affinché la cura non sia peggiore del male, sarà necessario dunque trovare quelle soluzioni giuridiche che evitino al contempo sia di responsabilizzare eccessivamente le piattaforme on-line, sia di promuovere un approccio solamente punitivo nei loro confronti che potrebbe generare forme preventive di autocensura, nocive per la stessa libertà di manifestazione del pensiero.

Sebbene, in considerazione degli interessi coinvolti, possa risultare prematuro esprimere un giudizio definitivo su interventi *prima facie* ragionevoli, rimane compito del giurista continuare nel rigoroso e costante monitoraggio dell'evoluzione normativa di un fenomeno così cruciale per le basi di ciascun ordinamento democratico.

³⁹ Le considerazioni appena svolte appaiono ancora più inquietanti se si considera la possibilità di controllare le informazioni rivolte ad ogni singolo utente durante le fasi elettorali attraverso un uso incontrollato degli strumenti di profilazione per finalità politiche come dimostrato dalla recente vicenda di Cambridge Analytica. È possibile leggere il dossier dell'inchiesta realizzata da *The Guardian* al seguente link: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/data-war-whistleblower-christopher-wylie.facebook-nix-bannon-trump>; con riferimento al lavoro svolto dal *The New York Times* si consulti invece: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump.campaign.html>.

⁴⁰ In questi termini BASSINI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, Sezione Monografica "Fake news, pluralismo informativo e responsabilità in rete", in *Medialaws*, 2018.

SFIDA O OPPORTUNITÀ L'ACCOGLIENZA DELLO STRANIERO?°**Cristina Bertolino***Professoressa associata di Istituzioni di Diritto pubblico,
Università degli Studi di Torino*

Nel constatare come l'odierno fenomeno migratorio incida profondamente sugli assetti degli ordinamenti, si ritiene che lo straniero - si usa volutamente questa accezione generica - e, in particolare, la sua accoglienza, non debbano essere concepiti come una sfida, in quanto quest'ultima implica normalmente un vincitore e un perdente. Più precisamente, rispetto al tema dell'immigrazione, in genere si presuppone che il vincitore siano lo Stato e i cittadini, e il perdente lo straniero. Tale sfida, nella ricerca di un equilibrio fra l'apertura incondizionata all'immigrazione e la ostile e rigida chiusura dei territori, se gestita erroneamente, potrebbe anche condurre a una progressiva frammentazione della cittadinanza, alla dissoluzione del principio della sovranità statale e a una crisi della territorialità. Si vuole invece qui dimostrare come sia più opportuno affrontare l'immigrazione quale opportunità per le democrazie costituzionali e per il processo di integrazione europea.

Ascertaining that today immigration phenomenon has considerable effects on legal systems, the paper aims to demonstrate that foreigner and, in particular, his hospitality, should not be conceived as a challenge. In fact, if we analyze it such a challenge, it suggests an opposition and a hostility between a winner (which normally is the State and the citizens) and a loser (which is the foreigner). Furthermore, it implies a dichotomy between an unconditional openness to immigration and the hostile and rigid closure of the territories, and, at the same time, it could also lead to a "fragmentation" of citizenship and to the "dissolution" of the state's sovereignty. Therefore, it is more appropriate to interpret it as a chance and an opportunity for constitutional democracies and for the process of European integration.

Sommario:

1. Premessa
2. La "frammentazione" della cittadinanza quale conseguenza della erronea gestione del fenomeno migratorio
3. La "dissoluzione" e la crisi della territorialità e della sovranità statale
4. L'antinomia tra ospitalità universale e autodeterminazione sovrana degli Stati
5. La dicotomia tra dovere di accoglienza e diritto di respingimento in ambito internazionale, europeo e nazionale
6. L'accoglienza dello straniero quale opportunità per le odierne democrazie e per l'integrazione europea

° Saggio sottoposto a double-blind peer review.

1. Premessa

Nel constatare come l'odierno fenomeno migratorio incida profondamente sugli assetti degli ordinamenti, si ritiene che lo straniero - si usa volutamente questa accezione generica - e, in particolare, la sua accoglienza, non debbano essere concepiti come una *sfida*, in quanto quest'ultima implica normalmente un vincitore e un perdente. Più precisamente, rispetto al tema dell'immigrazione, in genere si presuppone che il vincitore siano lo Stato e i cittadini, e il perdente lo straniero. Tale sfida, nella ricerca di un equilibrio fra l'apertura incondizionata all'immigrazione e la ostile e rigida chiusura dei territori, se gestita erroneamente, potrebbe anche condurre a una progressiva frammentazione della cittadinanza¹, alla dissoluzione del principio della sovranità statale e a una crisi della territorialità². Si vuole invece qui dimostrare come sia più opportuno affrontare l'immigrazione quale *opportunità* per le democrazie costituzionali e per il processo di integrazione europea.

2. La “frammentazione” della cittadinanza quale conseguenza della erronea gestione del fenomeno migratorio

È agevole constatare come le modalità con le quali gli ordinamenti europei affrontano il fenomeno migratorio, in particolare con una “ostilità” che non appartiene certo ai valori democratici sui quali si fondano, stanno già determinando l'emergere di “cittadinanze” regionali e locali. Il “complessificarsi” della domanda sociale ha infatti costretto Regioni ed enti locali a riconfigurare i diritti (anche quelli fondamentali) e le prestazioni sociali e i loro “confini”, determinando la preoccupante emersione di “cittadinanze” infrastatali che non paiono conciliabili con la definizione di cittadinanza giuridica e sociale. Tali forme di “cittadinanza” stabiliscono

* Professore associato in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Torino.

¹ Sul punto, tra i molti, A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in *Quad. Cost.*, 2/2015, 303 ss.

² Cfr. B. BADIE, *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Parigi, 1995, trad. it. M. Cadorna, *La fine dei territori. Saggio sul disordine internazionale e sull'utilità sociale del rispetto*, Trieste, 1996, 118 e 123 ss., il quale afferma che «l'appropriazione identitaria dei territori apre la via ad intrecci politici che si rinnovano continuamente, rende fragili le frontiere e i confini e indebolisce l'opera di costruzione politica delle comunità, cancella l'opera del tempo nella produzione dello spazio e, dunque, in altro modo, segna la fine dei territori».

invero una progressiva esclusione di settori di popolazione dalle politiche sociali e accrescono la disegualianza all'interno dello Stato.

Questa situazione si realizza indirettamente attraverso la valorizzazione del requisito della cittadinanza e, più spesso, della residenza sul territorio regionale o urbano. Interventi di questo genere sono ad esempio rintracciabili in leggi regionali rivolte ai soli cittadini italiani³, ma, in misura maggiore, in quelle che subordinano l'erogazione delle prestazioni sociali e il godimento dei corrispondenti diritti, al requisito della residenza anagrafica nella Regione. Non sono infatti rare le norme regionali che dispongono che il soggetto richiedente la prestazione sia presente sul territorio 'erogante da un certo lasso di tempo e in forma continuativa⁴, aggravando in tal modo le condizioni pretese. Si determina in tal modo una "cittadinanza" diversa, a seconda del contesto e del livello normativo nel quale la persona decida di stabilirsi e risiedere e ne deriva la evidente condizione di differente godimento di diritti e prestazioni sociali a seconda del territorio comunale e/o regionale di residenza. Si assiste pertanto a una territorialità dei diritti su base regionale o locale; a una disegualianza non solo tra cittadini e stranieri, ma talora tra cittadini stessi⁵, scoraggiando e ostacolando altresì forme di migrazione «interna»⁶ allo Stato.

³ Art. 7 L.r. Veneto n. 18 del 2005 e art. 5 L.r. Friuli Venezia Giulia n. 11 del 2007, che prevedono l'accesso al servizio civile regionale solo per coloro che abbiano la cittadinanza italiana.

⁴ Ne sono un esempio l'art. 1 L.r. Basilicata n. 33/2008, che richiede la residenza da almeno 12 mesi nella Regione per potere ottenere il contributo previsto per i soggetti portatori di svantaggi psicofisici; l'art. 4, c. 2, L.r. Lazio n. 4/2009, che richiede la residenza da almeno 24 mesi nella Regione per poter accedere al reddito minimo garantito in favore dei disoccupati, inoccupati o precariamente occupati; l'art. 6, co. 3, L. prov. Trento n. 13/2007, che prevede il requisito della residenza protratta per almeno 3 anni per beneficiare di tutti gli interventi sociali previsti dalla legge; l'art. 2 L.r. Campania n. 2/2004, che disciplina il c.d. reddito di cittadinanza per coloro che risiedano nella Regione da almeno 5 anni.

Ancora, l'art. 1 L.r. Lombardia n. 7/2005 richiede, per l'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, la residenza o lo svolgimento di attività lavorativa nella Regione da almeno 5 anni e aggiunge che «la residenza sul territorio regionale concorre alla determinazione del punteggio per la formazione della graduatoria».

Sul punto, più di recente, i regolamenti di alcuni Comuni liguri (Pontinvrea e Savona) hanno disposto un aumento della Tari per coloro che affittano appartamenti a immigrati, mentre la pronuncia della Corte costituzionale n. 107 del 2018 ha dichiarato illegittima la L.r. Veneto n. 6/2017 nella parte in cui prevedeva 15 anni di residenza protratta come titolo preferenziale per l'accesso agli asili nido.

⁵ Sul tema della residenza anagrafica quale fattore di esclusione degli stranieri, cfr. M. GORLANI, *Accesso al welfare state e libertà di circolazione: quanto "pesa" la residenza regionale?*, in *Le Reg.*, 2-3/2006, 345 ss.; E. GARGIULO, *Le politiche di residenza in Italia: inclusione ed esclusione nelle nuove cittadinanze locali*, in E. ROSSI – F. BIONDI DAL MONTE –

In sintesi, si tratta della progressiva emersione di frontiere interne allo Stato, fonte – come evidenziava correttamente Giorgio Lombardi⁷ – di privilegio e quindi di disegualianza.

Ancora, e sotto altro profilo, è dato assistere ad una «doppia assenza di cittadinanza»⁸, ossia a un duplice sradicamento, per cui la sorte dell’immigrato è di «essere presente, sebbene assente, là dove si è assenti; al tempo stesso (...) di non essere totalmente presente là dove si è presenti, il che significa parzialmente assenti». Lo straniero si trova a non essere più pienamente cittadino del proprio Stato d’origine senza avere assunto nuova e piena cittadinanza nello Stato in cui risiede.

Un’assenza di cittadinanza che, in altra accezione, pare caratterizzare dal punto di vista etico e valoriale – come ulteriore paradosso della odierna e inadeguata regolamentazione del fenomeno migratorio – quanti sono cittadini a pieno titolo. Nel riconoscere infatti lo straniero come “altro” da escludere, essi rinnegano nel profondo le radici democratiche e solidaristiche dell’ordinamento⁹.

3. La “dissoluzione” e la crisi della territorialità e della sovranità statale

Quanto poi alla possibile dissoluzione e crisi dei principi della sovranità e della territorialità statale, quale conseguenza dell’odierna gestione del fenomeno migratorio, occorre muovere da una precisa considerazione. Il territorio e la sovranità si sono affermati, come elementi tradizionalmente

M. VRENNÀ (a cura di), *La governance dell’immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, 135 ss.; ID., *Dalla popolazione residente al popolo dei residenti: le ordinanze e la costruzione dell’alterità*, in *Rass. It. di Sociologia*, 1/2015, 3 ss.

⁶ Distingue tra migrazione “interna” e migrazione “esterna” allo Stato P. CARROZZA, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull’adesione ai doveri costituzionali*, in E. ROSSI – F. BIONDI DAL MONTE – M. VRENNÀ (a cura di), *La governance dell’immigrazione*, cit., 28, il quale sostiene, diversamente da quanto qui emerge, che la prima sia irrilevante dal punto di vista giuridico. Se una migrazione interna è senza dubbio ininfluenza dal punto di vista della cittadinanza giuridica, essa pare invece assumere oggi rilevanza sotto il profilo della cittadinanza sostanziale.

⁷ Cfr. G. LOMBARDI, *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio: problemi costituzionali fra storia e diritto*, in *Dir. e Soc.*, 1/1985, 47 ss.

⁸ A. SAYAD, *La double absence. Des illusions de l’émigré aux souffrances de l’immigré*, Parigi, 1999, trad. it. S. Palidda, *La doppia assenza. Dalle illusioni dell’emigrato alle sofferenze dell’immigrato*, Milano, 2002, 44 ss.

⁹ Sul punto cfr. R. MANCINI, *La scelta di accogliere*, Ed. Qiqajon, Magnano, 2016, 48 ss.

costitutivi dello Stato, nell'epoca post-westfaliana¹⁰, con la nascita degli Stati nazionali, ed implicano una prospettiva di articolazione del pianeta in spazi sostanzialmente chiusi. Conseguenza di questa concezione è stata che il territorio e i suoi confini consentono di distinguere l'interno dall'esterno; di designare il «barbaro», lo «straniero», l'«altro»¹¹; nonché di circoscrivere, a livello internazionale, la sfera di sovranità e di responsabilità da quella, invece, di «astensione» dovuta.

Di fronte ai pressanti mutamenti globali e infrastatali ai quali si sta assistendo in questi ultimi decenni, tale concezione del territorio comporta sempre più l'accentuarsi di un radicamento dei poteri pubblici e dei cittadini al territorio e una rinnovata attenzione ai principi di territorialità e di sovranità. Più di recente, siffatto radicamento si è manifestato, a livello statale, con l'intensificarsi di controlli ai confini nazionali, con la ricostruzione di frontiere territoriali da lungo tempo desuete e con l'innalzamento di nuovi «muri»¹²; a livello infrastatale, con la richiesta di maggiore autonomia, se non dell'indipendenza e della conseguente secessione di parti di territorio statale¹³. L'introduzione di frontiere fisse e di limiti rigorosi, qualunque sia la loro conformazione, nel tentativo da parte

¹⁰ Cfr. B. BADIE, *La fin des territoires*, cit., 34 ss., il quale ricostruisce la genesi e l'affermarsi del principio di territorialità.

¹¹ F. KRATOCHWIL, *Of Systems, Boundaries, and Territoriality: an Inquiry into the Formation of the State System*, in *World Politics*, vol. 39, 1, 1986, p. 33.

¹² Sembra che nel mondo siano 63, oggi, i muri e le recinzioni innalzati per creare divisioni tra Stati confinanti e che di questi la maggior parte sia stata costruita dopo il 2015. Tra questi, oltre all'annuncio della Gran Bretagna di un muro a Calais, la volontà del Parlamento ungaro, nel 2015, di costruire una barriera alla frontiera con la Serbia per fermare il flusso di migranti illegali; ancora, la barriera tra Israele e la Cisgiordania (dichiarata illegale nel 2004 dalla Corte dell'Aja); quella delle *enclaves* di Ceuta e Melilla in Marocco, costruite nel 1990 e nel 2000, per le quali di recente la Corte Europea dei Diritti Umani di Strasburgo ha condannato la Spagna (*Affaire N.D. et N.T. c. Espagne, requêtes* n. 8675/15 et n. 8697/15); il muro che divide, dal 2006, Messico e Stati Uniti; il filo spinato che divide India e Pakistan, e quello tra Corea del Nord e Corea del Sud; ovvero il muro che, a Rio de Janeiro, divide le *favelas* dal resto della città. Cfr. S. GRANADOS – Z. MURPHY – K. SCHAUL – A. FAIOLA, *Raising Barriers. A New Age of Walls*, in *Washington Post*, 12 oct. 2016.

¹³ Il riferimento è, come prevedibile, alla vicenda che ha interessato la Catalogna, ma si possono utilmente citare anche le recenti richieste di maggiore autonomia della Corsica, nonché la pronuncia di inammissibilità del *Budensverfassungsgericht* tedesco del 16 dicembre 2016 (2 BvR 349/16), il quale, su istanza di un cittadino bavarese relativa alla legittimità di una richiesta referendaria di indipendenza della Baviera, sanciva «*In der Bundesrepublik Deutschland als auf der verfassungsgebenden Gewalt des deutschen Volkes beruhendem Nationalstaat sind die Länder nicht "Herren des Grundgesetzes". Für Sezessionsbestrebungen einzelner Länder ist unter dem Grundgesetz daher kein Raum. Sie verstoßen gegen die verfassungsmäßige Ordnung*».

dello Stato di riaffermare e ricomporre la propria sovranità, conduce infatti ad un paradosso: rispetto al territorio interno, attribuisce rinnovata visibilità e forza a quelle identità (etiche, linguistiche, culturali, etc.) che, all'opposto, dovrebbero essere integrate; rispetto a ciò che è esterno, contribuisce ad una maggiore percezione negli individui di identità "altre" rispetto alla propria.

Allo stesso tempo, ma in direzione opposta, vi è una serie di fattori che mettono in crisi il rapporto dello Stato con il territorio e determinano una nuova concezione della dimensione territoriale, dei confini e della sovranità statale. Tra questi, *in primis*, la globalizzazione e la partecipazione a organizzazioni sovranazionali, le quali determinano e accrescono il «dissociarsi»¹⁴ dei luoghi della politica dai luoghi più propriamente di formazione del diritto. Una parte sempre maggiore di interessi che emergono nelle odierne società non sono infatti più governabili attraverso i tradizionali poteri pubblici del singolo Stato, ma vengono decisi e regolati da reti transnazionali (quali il WTO, il FMI, la BCE, Agenzie private di regolazione, etc.), che si caratterizzano proprio per essere 'deterritorializzate' e per un loro evidente *deficit* di democraticità. Non si tratta di fenomeni nuovi, ma nuova è senza dubbio la dimensione che essi stanno raggiungendo e la difficoltà per gli Stati di riuscire a "dominarla"¹⁵.

In secondo luogo, se al tempo di Carl Schmitt la crisi del *nomos* veniva dal mare¹⁶, oggi il mare è tornato a mettere in crisi le frontiere degli Stati, in particolare europei, e, soprattutto, la capacità di questi ultimi di controllare il proprio territorio. La disperata ricerca di una cittadinanza più "degnà", certamente «pregiata»¹⁷, continuando a spingere ogni anno migliaia di profughi e immigrati a solcare le insidie del Mediterraneo per raggiungere nuovi territori e tentare di superarne le frontiere, sta mettendo in crisi non solo le fondamenta dello Stato sociale e i principi della democrazia pluralista, ma, prima ancora, la capacità stessa delle democrazie occidentali

¹⁴ Sul punto cfr. la Relazione, svolta in occasione del XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su "Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio", Trento, 11-12 novembre 2016, di G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, ora in *Rivista AIC*, 3/2017, pp. 14 ss.

¹⁵ Fra i molti, cfr., più di recente, S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016, pp. 10 ss.

¹⁶ C. SCHMITT, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Köln-Löwenich, 1981, trad. it. A. Bolaffi, *Terra e mare*, Milano, 1986.

¹⁷ Cfr. D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, in ID. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma- Bari, 1994, p. 42.

di essere sovrane sul proprio territorio e di esercitarne il pieno dominio. L'odierna incapacità di regolare e gestire tali flussi sta dunque determinando un effetto di dissoluzione del principio di territorialità e delle logiche territoriali interstatali¹⁸.

Diffusa è dunque la percezione che gli odierni Stati, multilivello e multiculturali, calati in una società sempre più «liquida»¹⁹, assistano inermi alla progressiva perdita di forza del presupposto della coincidenza tra l'ambito della sovranità statale e lo spazio della comunità politica.

4. L'antinomia tra ospitalità universale e autodeterminazione sovrana degli Stati

Si palesa con evidenza come dalle “pressioni migratorie” emerga una antinomia, non solo sociale, antropologica, politica, ma anche normativa, la quale è apparentemente irrisolvibile: per un verso, l'incondizionato dovere di accoglienza e di ospitalità dello straniero e il suo diritto di essere accolto; per l'altro, la facoltà degli ordinamenti di respingerlo, di affermare la propria sovranità e il pieno dominio sul territorio nazionale, di regolare l'accesso e la residenza e, dunque, di vietarne l'ingresso. Più sinteticamente, da un lato, l'ideale libertà universale di movimento; dall'altro, l'autodeterminazione sovrana degli Stati.

Tale dicotomia era del resto già presente in passato: tra i *cosmopoliti*, che auspicavano l'ospitalità universale, e i *comunitaristi*, che preconizzavano invece, come gli odierni sovranisti, il respingimento dell'altro.

Per i *cosmopoliti*²⁰, come noto, le frontiere degli/tra gli Stati sono arbitrarie, violano il diritto fondamentale alla libera circolazione delle persone e impongono una condizione di disegualianza tra gli individui e di distinzione discriminatoria tra “inclusi” ed “esclusi”. L'obbligo di prestare

¹⁸ Sul punto cfr. G. SCIORTINO, *Rebus immigrazione*, Bologna, 2017.

Sintomatico, sul punto, quanto accaduto questo inverno a Bardonecchia, al confine con la Francia, laddove agenti doganali francesi sono intervenuti in territorio italiano per una operazione di controllo di polizia e di fermo, determinando in tal modo una crisi diplomatica tra la Francia e il nostro Paese.

¹⁹ Lo scontato riferimento è all'opera del sociologo Z. BAUMAN, *Liquid modernity*, Cambridge, 2000, trad. it. S. Minucci, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.

²⁰ Sul punto, per tutti, M. MORI, voce *Cosmopolitismo*, in *Enc. delle Scienze Sociali*, Roma, 1992, vol. II, 498 ss. Il termine deriva da κ ό σ μ ο π ο λ ί τ η ς, cittadino del mondo, espressione che si ritrova per la prima volta in Diogene di Sinope, il quale così si definiva a chi gli chiedeva quale fosse la sua patria.

aiuto ai migranti e di accogliere lo straniero sarebbe dunque assoluto e incondizionato, non potendo esservi al riguardo gradazioni né distinzioni di alcun genere. Secondo tale corrente dottrinale, la condizione primitiva dell'uomo si caratterizza infatti per la pari dignità degli esseri umani in quanto tali, a prescindere dalla propria appartenenza nazionale o sociale, e l'individuo farebbe parte di un ordinamento universale nel quale i confini, qualsiasi confine, comprese le frontiere statali, richiede per ciò stesso una giustificazione. Da questo assunto discenderebbe l'esistenza del principio, prima di tutto morale, da doversi poi trasporre sul piano giuridico, del rispetto universale degli individui, di reciprocità egualitaria e di ospitalità universale.

Il riferimento obbligato è ovviamente a Immanuel Kant e al suo saggio *Per la pace perpetua*, nel quale il filosofo afferma l'esistenza di una «ospitalità universale»²¹, di un diritto che apparterebbe a tutti gli esseri umani in quanto potenziali membri di una repubblica mondiale. L'Autore, tuttavia, distingue il «diritto all'ospitalità» (*Gastrecht*) dal «diritto di visita» (*Besuchsrecht*): il primo, il *diritto all'ospitalità* sarebbe riconosciuto tramite la libera adozione da parte del sovrano di uno speciale accordo e si distinguerebbe da quanto è dovuto invece sotto il profilo esclusivamente morale. La condizione di universale coesistenza giuridica degli individui non sarebbe quindi sufficiente, per ciò solo, a garantire il riconoscimento del diritto di appartenenza giuridica a qualsivoglia sistema politico. Al tempo stesso il diritto di ospitalità non dovrebbe essere negato nel momento in cui potrebbe conseguire la “distruzione” dell'altro: ad esempio, quindi, nelle ipotesi di guerre religiose o civili, di naufragio, etc. Quanto al secondo, il *diritto di visita*, peraltro solo temporaneo, spetterebbe a tutti gli individui in quanto «coinquilini del pianeta», titolari del diritto naturale di tutti gli uomini alla «indivisa superficie della terra». Gli Stati non sarebbero dunque arbitri esclusivi dei propri confini – come nella impostazione più westfaliana della sovranità – ma sarebbero tenuti all'osservanza dei diritti umani e dei principi democratici universali, derivando la propria legittimazione anzitutto dall'osservanza di questi ultimi.

Più di recente, la medesima posizione sembra essere assunta da Jacques Derrida, quando, a proposito dell'ospitalità, distingue tra ospitalità assoluta e quella di diritto. «L'ospitalità assoluta rompe con la legge dell'ospitalità come diritto o dovere condizionato, con il “patto” d'ospitalità». In altre parole, l'ospitalità assoluta «esige che io apra la mia dimora e che la offra

²¹ I. KANT, *Zum Ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Königsberg, 1795, trad. it. M. Montanari – L. Tundo Ferente, *Per la pace perpetua*, Milano, 2016, 66.

non soltanto allo straniero (provvisto di un cognome, di uno statuto sociale di straniero, etc.)», ma, prima ancora, «all'altro assoluto, sconosciuto, anonimo, e che gli *dia luogo*, che lo lasci venire, che lo lasci arrivare e aver luogo nel luogo che gli offro, senza chiedergli né reciprocità (l'entrata in un patto) e neppure il suo nome». Particolarmente interessante è il passaggio in cui Derrida afferma che se, da un lato, «la legge dell'ospitalità assoluta impone di rompere con l'ospitalità di diritto», dall'altro non condanna o non si oppone a quest'ultima, ma anzi può «metterla e tenerla in un moto incessante di progresso»²².

Ancora, riflessioni simili sono state svolte da Hannah Arendt quando, ne *Le origini del totalitarismo*, teorizza il «diritto di avere diritti»²³, nel senso di una rivendicazione morale di appartenenza e di cittadinanza, da parte dell'umanità tutta, alla quale conseguirebbe, all'interno dei confini materiali e sociali di uno Stato, il necessario trattamento giuridico. Il diritto di avere diritti può peraltro realizzarsi solo in una logica che trascende le differenze dell'uno dall'altro, in un sistema di eguaglianza assoluta e universale, in virtù della decisione di garantirsi reciprocamente eguali diritti. Una simile logica determinerebbe dunque il necessario superamento del modello statalistico in favore di un modello cosmopolitico.

Su posizioni differenti si collocano per contro i sostenitori del c.d. *comunitarismo*²⁴, per i quali gli obblighi di accoglienza, di eguaglianza e di solidarietà valgono solo all'interno di cerchie di prossimità sociale o territoriale e perdono di validità nei confronti degli stranieri. Si tratta, come noto, di una corrente dottrinale che, spostando l'attenzione sull'individuo situato all'interno di una società e di una comunità, lo collega strettamente ad essa, riconoscendogli come dovuti i diritti garantiti da questa solo laddove egli ne faccia parte.

Come in Aristotele²⁵ la cittadinanza era concepita sul modello dell'appartenenza a una comunità etico-culturale che si autodeterminava, così risulterebbe giusta la società in cui ciascuno si riconoscesse con l'altro

²² A. DUFOURMANTELLE – J. DERRIDA, *De l'hospitalité*, Paris, 1997, 29.

²³ H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1948, trad. it. A. Guadagnin, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2009, 410.

²⁴ Tra i sostenitori del comunitarismo cfr., tra gli altri, C. TAYLOR, *The Malaise of Modernity*, CBC Massey Lectures, 1991, trad. it. G. Ferrara degli Uberti, *Il disagio della modernità*, Roma-Bari, 1999; M. WALZER, *Spheres of Justice. A defence of Pluralism and Equality*, 1983, trad. it. G. Rigamonti, *Sfere di giustizia*, Roma-Bari, 2008; T.H. MARSHALL, *Sociology at the Crossroad*, Heinemann, 1963, trad. it. P. Maranini, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, 1976. Cfr., inoltre, V. PAZÈ, *Il comunitarismo*, Roma-Bari, 2004.

²⁵ ARISTOTELE, *Politica*, libro III, 1-5.

nell'appartenenza ad una comunità data, e in cui l'identità collettiva fosse espressione della condivisione stabile del bene comune, ancorché progredibile nel tempo. La società, a differenza di quanto sostenuto dai cosmopolitici, non è dunque la risultante di individui universalmente eguali sul piano morale e/o giuridico, ma di una comunità che si autorealizza, composta da membri piuttosto che da individui. Come afferma Thomas Marshall²⁶, la cittadinanza è infatti uno *status* giuridico che «viene conferito a coloro che sono membri a pieno diritto di una comunità» e tutti quelli che posseggono questo *status* sono uguali nei diritti e nei doveri.

Esisterebbe dunque il diritto giuridico dello straniero ad essere accolto solo nel momento in cui possedesse lo *status* di cittadinanza giuridica (e dunque, apoditticamente, in quanto cittadino, non sarebbe più da considerarsi straniero) e, simmetricamente, sarebbe prerogativa dello Stato stabilire chi possa appartenere alla comunità e chi invece esserne lecitamente respinto. Non vi sarebbe quindi alcun principio universale – né morale, né tantomeno giuridico – cui soggiaccia la determinazione del contenuto di questi diritti e doveri di cittadinanza. Non si esclude tuttavia che all'interno di una data comunità politica possa essere proposta l'immagine di una cittadinanza «ideale», «in via di sviluppo»²⁷, che potrebbe costituire una spinta verso un maggior grado di uguaglianza, verso un arricchimento materiale dello *status* di cittadinanza, anche a favore di coloro a cui tale *status* potrebbe essere conferito successivamente. Solo nello Stato e all'interno dei suoi confini potrebbe dunque realizzarsi un'eguaglianza repubblicana, volta a garantire non solo i cittadini, ma, in maniera sempre più estesa, anche coloro che, a diverso titolo, sono legittimamente accolti al suo interno.

La prestazione delle garanzie giuridiche e dei concreti vantaggi collegati alla titolarità della cittadinanza sarebbe peraltro regolata dal «codice politico dello Stato sovrano»²⁸, e cioè da un codice funzionale che potrebbe giungere ad avere al proprio centro l'istanza particolaristica della sicurezza e dell'esclusione, non già quella universalistica dell'eguaglianza degli individui. Inoltre, secondo i comunitaristi non solo non può parlarsi di una comunità universale, ma persino la comunità nazionale rischierebbe di essere «troppo grande e remota per mobilitare una fedeltà unica». Questa considerazione potrebbe tuttavia determinare lo svilupparsi e il riconoscimento di fedeltà e di appartenenze più ristrette, riferite al livello

²⁶ Cfr. T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, cit., 24.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Cfr. D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, cit., 19.

locale, e, come si sottolineava all'inizio, un possibile "sfilacciamento" della cittadinanza e dell'appartenenza repubblicana, con la conseguente perdita del senso di solidarietà e di responsabilità collettiva, non solo per la complessiva comunità umana, ma finanche per quella nazionale.

5. La dicotomia tra dovere di accoglienza e diritto di respingimento in ambito internazionale, europeo e nazionale

Le menzionate antitetiche posizioni teoriche si riscontrano chiaramente, come noto, nelle vigenti dichiarazioni internazionali e nella normativa europea, nonché a livello statale e sub-statale. Occorre tuttavia premettere come non si possa prescindere dalla tensione tra accoglienza e respingimento. La sovranità è, infatti, ancora uno degli elementi essenziali dello Stato ed è dunque di dominio statale stabilire a chi consentire l'ingresso sul proprio territorio e con quale titolo, nonché a chi e sulla base di quali requisiti concedere cittadinanza. Tale aspetto, ad esempio, emerge in maniera evidente quando ci si riferisce ai c.d. migranti 'economici'²⁹, per i quali non vi è dubbio che gli Stati possano, in linea di principio, legittimamente esercitare un diritto di respingimento. Tale sovranità ha tuttavia perso il proprio carattere di assolutezza, e risulta progressivamente ridotta, nella misura in cui i Paesi aderiscono a norme internazionali, come quelle sui diritti umani, che comportano limitazioni, talora anche molto stringenti, per lo Stato e, al tempo stesso, garanzie per lo straniero, che finiscono per 'imporre' l'accoglienza di quest'ultimo³⁰. Così, ad esempio, per quanto concerne i c.d. 'rifugiati'. Nel tempo, inoltre, le procedure di identificazione e di ingresso dello straniero sono divenute sempre più complesse e proprio la distinzione tra migranti economici e rifugiati pare dunque 'sbiadire'³¹ e persino, in talune ipotesi, priva di significato rispetto al

²⁹ In particolare, la distinzione tra rifugiati (cd. *pushed*) e migranti 'economici' (c.d. *pulled*) si fa risalire a E.F. KUNZ, , *The Refugee in Flight: Kinetic Models and Forms of Displacement*, in *International Migration Review*, 1973, vol. 2, n. 7, 125 ss.

³⁰ Sul tema dell'ospitalità, si veda tra i molti e più di recente, C. VIGNA (a cura di), *Il dovere di ospitalità*, Orthotes Ed., Nocera Inferiore (SA), 2018.

³¹ Diversi studi di carattere antropologico e sociologico stanno infatti dimostrando come, al di là di precise situazioni di guerra riconosciute a livello internazionale, le motivazioni che spingono a emigrare derivano raramente da un unico fattore, ma sono il portato di un complesso di scelte, quali l'instabilità politica e/o militare nel proprio Paese d'origine, atti di persecuzione politica, una situazione economica critica che spinge a ricercare altrove fonti di sopravvivenza, necessità di un ricongiungimento familiare, etc. Nello straniero che giunge

fenomeno migratorio, se non quello di semplificare – forse – gli interventi del sistema giuridico statale nei loro confronti.

Rispetto al profilo *internazionale*, è sufficiente sottolineare come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, proclami, agli artt. 13-15, che «ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato» e «di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio», così come di «ritornare nel proprio Paese»; e, inoltre, che «ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni»; che, infine, «ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza» e che nessuno «potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza». Tali disposizioni evidenziano le «stridenti» incongruenze e asimmetrie tra il chiaro riconoscimento di un diritto a uscire, a circolare, a emigrare e l'assenza, all'opposto, di un evidente diritto di immigrare, di entrare e di ottenere residenza e cittadinanza.

Eguali affermazioni si trovano anche nella Convenzione ONU sullo statuto dei rifugiati di Ginevra del 1951, il cui art. 33 sancisce il principio del *non refoulement* e, dunque, il divieto assoluto di espulsione e di respingimento nei confronti di chi, rifugiato, rischierebbe – qualora ricondotto ai confini del proprio territorio – la vita o la libertà, a motivo della sua razza, della religione, della cittadinanza, dell'appartenenza a un gruppo sociale o delle proprie opinioni politiche. Essa prevede, quale unica eccezione all'assolutezza del principio, l'ipotesi in cui l'individuo possa costituire un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede, oppure costituisca una minaccia per la collettività a motivo di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave.

Il principio del *non refoulement* è stato poi esteso, in ambito internazionale, anche ai non rifugiati, con la Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, siglata a New York nel 1984. In particolare, l'art. 3, primo comma, afferma che «nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura».

In queste Convenzioni è dunque riconosciuto giuridicamente un diritto di «ospitalità», anche se, implicitamente, si consente, nelle fattispecie diverse dalle prospettate, un diritto di respingimento da parte degli Stati. Emerge in

può dunque evincersi un intreccio di motivazioni che l'hanno spinto a partire, rispetto alle quali non è possibile una netta distinzione tra fattori politici, sociali, economici e di sopravvivenza.

tal modo una evidente dicotomia tra concezioni cosmopolitiche e comunitariste, senza tener conto dei noti problemi di efficacia (assai blanda) degli strumenti (assai pochi) di tutela di questi diritti in ambito internazionale; nonché, prima ancora, dei problemi stessi di interpretazione di tali obblighi giuridici (quanto, ad esempio, alla possibilità di una violazione del principio di *non refoulement* da parte dei c.d. accordi di riammissione o nelle ipotesi di c.d. rimpatrio indiretto).

Ancora sul piano internazionale, è determinante la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 che prevede, all'art. 3, che nessuno possa «essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti», mentre l'art. 4 del Protocollo n. 4 vieta espulsioni collettive degli stranieri. Sulla base di tali disposizioni la Corte di Strasburgo ha infatti da sempre condannato gli Stati che respingono i migranti verso Paesi in cui possano essere esposti al reale rischio di subire tali atti o che procedano a indiscriminate espulsioni senza valutare la possibilità che altri Stati li rinviino arbitrariamente nel Paese di origine³².

Anche sul *piano dell'Unione Europea* non mancano le contraddizioni. In primo luogo, in seguito al Trattato di Lisbona, essa si propone di sviluppare una politica comune in materia di asilo, di protezione sussidiaria e temporanea, con la quale riconoscere uno *status* appropriato al cittadino di uno Stato terzo che abbia bisogno di protezione internazionale, tenendo presente – con un richiamo esplicito alla Convenzione di Ginevra – il principio del *non refoulement*. Il carattere vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è poi rilevante per quanto concerne gli articoli relativi al diritto d'asilo, alla protezione in caso di allontanamento, espulsione ed estradizione e al diritto dei cittadini di Stati terzi di lavorare

³² Il riferimento obbligato è alla condanna dell'Italia, nel 2012, per il rimpatrio a Tripoli di 230 immigrati intercettati a sud di Lampedusa, senza che fossero stati identificati o informati della loro destinazione finale (CEDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, ricorso 27765/09, sentenza 23 febbraio 2012, par. 114 e 123. Fra i molti commentatori cfr. V. MACCIONI, *Respingimenti in mare e diritti dei migranti*, in *DPCE*, 2/2012, 740 ss.). Dalla sentenza emerge infatti, molto “lapidariamente”, come, nonostante il riconoscimento agli Stati del diritto di regolare l'ingresso nel proprio territorio, l'applicazione del principio contenuto nell'art. 3 limiti il diritto degli Stati contraenti di espellere o allontanare in altro modo dal proprio territorio uno straniero, disponendo un vero e proprio «obbligo di non espellere la persona in questione verso quel Paese». Verrebbe così da sostenere, simmetricamente, che la sentenza riconosce un vero e proprio dovere per lo Stato di accogliere lo straniero. La Corte afferma infatti a carico dei Paesi contraenti una serie di obblighi negativi, di astensione, e positivi, procedurali, volti a rendere effettiva e concreta l'incolumità della persona e la dignità umana, e ribadisce in tal modo la centralità e la preminenza della protezione della persona umana rispetto alla sovranità degli Stati.

nel territorio degli Stati membri in condizioni equivalenti a quelle dei cittadini europei (artt. 18, 19 e 15.3). Rispetto a questo specifico profilo, l'Unione Europea si conforma dunque al diritto internazionale, imponendo agli Stati un obbligo di accoglienza e il contestuale diritto di essere accolti per gli asilanti e i rifugiati.

Nelle politiche comuni dell'Unione vi sono poi l'immigrazione e il controllo delle frontiere esterne. Si tratta di una competenza concorrente, che consente all'Unione di adottare ragionevoli atti di armonizzazione, rimanendo sempre salvo l'esercizio delle responsabilità degli Stati membri quanto al mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna (art. 70 TFUE). In particolare, la politica migratoria è improntata alla solidarietà, all'equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri e all'equo trattamento nei confronti dei cittadini di Paesi terzi (artt. 67 e 80 TFUE). Nel Trattato di Lisbona si precisa inoltre che lo sviluppo di una politica comune dell'immigrazione è inteso ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori. È peraltro noto come tale aspetto risulti notevolmente carente, e faccia ricadere il complessivo peso di ogni pur legittima posizione sugli Stati cc.dd. «di primo ingresso» (art. 79 TFUE). Significativa, in quanto sembrerebbe inserirsi in una logica contraria a quella evidenziata sino ad ora, è infine la previsione secondo cui è fatto salvo il diritto degli Stati di determinare il volume di ingresso nel proprio territorio dei cittadini di Paesi terzi allo scopo di cercare un lavoro dipendente o autonomo (art. 79.5 TFUE). Tale disposizione testimonia infatti, in maniera evidente, l'intenzione degli Stati membri di arginare gli interventi dell'Unione che incidano sensibilmente sugli aspetti cruciali della propria sovranità. Così come resta ferma, ancora, la competenza degli Stati circa la delimitazione geografica delle rispettive frontiere (art. 77.4 TFUE).

La legislazione europea in materia di asilo, di protezione internazionale e di immigrazione riflette insomma una disciplina articolata e complessa; è peraltro noto come essa cagioni una serie di criticità di difficile soluzione e la persistenza, nonostante il tentato processo di armonizzazione, di discipline nazionali diverse che generano l'emergere di tensioni tra Stati membri, il focalizzarsi sui controlli di polizia e di frontiera anziché sulle modalità organizzative di accoglienza degli immigrati e, dunque, in definitiva, il criticabile accentuarsi della dicotomia tra diritto di respingimento e l'auspicabile dovere di accoglienza. Antinomia rispetto alla quale, nonostante negli ultimi anni si sia tentato di mediare tra le opposte

posizioni³³, persistono da un lato e, anzi, si sono acuite in talune ipotesi le resistenze degli Stati membri³⁴, i quali ritengono inaccettabile ogni meccanismo di imposizione da parte delle istituzioni europee.

Quanto al *livello nazionale*, la dicotomia tra accoglienza e respingimento si palesa già sul piano dell'attuazione della Costituzione. In primo luogo, infatti, gli artt. 2 e 3, nel predisporre un progetto di «democrazia emancipante»³⁵, pongono alla base della costruzione dello Stato democratico la persona umana in quanto tale e la sua dignità³⁶, e impegnano la Repubblica alla realizzazione dell'eguaglianza formale e sostanziale fra gli individui, legando gli stessi con uno stretto vincolo di solidarietà. Tale progetto di democrazia pare dunque inserirsi – senza possibilità di dubbio – nella logica dell'accoglienza incondizionata. Nonostante il pregevole cammino svolto dalla Corte costituzionale nell'applicare il principio di eguaglianza anche ai non cittadini e nel sottoporre a uno stretto scrutinio di ragionevolezza le differenze di trattamento tra cittadini e non nel godimento dei diritti fondamentali, pare però persistere una forte resistenza da parte del legislatore ad adottare politiche preminentemente inclusive. Successivamente al Testo Unico dell'immigrazione del 1998, infatti, vi è stata una tendenza progressiva a riforme che hanno determinato una politica maggiormente restrittiva rispetto all'ingresso e alla circolazione sul territorio

³³ A fronte dell'emergenza umanitaria nel Mediterraneo, la Commissione europea ha adottato, nel maggio 2015, l'*Agenda europea sulla migrazione* (Bruxelles, 13.04.2015), volta a delineare linee operative più efficaci rispetto al passato, affinché l'Europa continui a «essere un rifugio per chi teme persecuzioni e una destinazione attraente per il talento e l'intraprendenza di lavoratori, studenti e ricercatori». Tra gli obiettivi, in particolare, un piano immediato per la salvezza delle vite in mare attraverso l'incremento del finanziamento delle operazioni di salvataggio e aiuti più consistenti ai Paesi coinvolti in prima linea nell'emergenza; la lotta alle reti criminali dei trafficanti; piani di ricollocamento e reinsediamento dei migranti; collaborazione con i Paesi terzi per affrontare a monte la questione dell'immigrazione attraverso un piano di sviluppo e protezione regionale.

La Commissione ha poi sottolineato la necessità di una maggiore condivisione delle responsabilità tra gli Stati membri per l'esame delle domande di asilo attraverso una rivalutazione del c.d. “sistema di Dublino” (Regolamento UE 604/2013, c.d. *Dublino III*).

³⁴ Si rifletta, ad esempio, sul “muro” di filo spinato innalzato dall'Ungheria al confine con la Serbia nel giugno 2015 o, ancora, sulle “minacce” da parte del governo austriaco di reinstallare le frontiere con l'Italia; ovvero ai più assidui e serrati controlli alla frontiera franco-italiana.

³⁵ Cfr. M. DOGLIANI – A. DI GIOVINE, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione giustizia*, 2/1993, 323.

³⁶ Cfr. A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss., che vede nell'art. 2 la volontà di slegare i diritti fondamentali della persona dallo *status civitatis*.

nazionale degli stranieri, finalizzata per contro a inasprire i requisiti per ottenere il consenso al soggiorno e alla residenza regolare³⁷.

Allo stesso modo l'art. 10, III co., Cost. – anch'esso situato, significativamente, tra i principi fondamentali dell'ordinamento – nel sancire il diritto di asilo dello straniero, lo “configura” come «diritto costituzionale soggettivo perfetto»³⁸. Tale diritto imporrebbe dunque l'obbligo per lo Stato di retrocedere dalla propria sovranità e discrezionalità nei confronti di soggetti estranei al proprio ordinamento, e di affermare e proteggere i diritti inviolabili della persona umana, assicurando il diritto kantiano di ospitalità, con il conseguente divieto di respingimento alla frontiera e l'imposizione di chiari limiti nei confronti di una eventuale espulsione successiva. È tuttavia evidente – come sottolineato da acuta dottrina – come anche in queste ipotesi la perdurante assenza di una disciplina legislativa organica abbia accresciuto il ruolo e la discrezionalità dell'autorità amministrativa³⁹ e di quella giudiziaria competenti, così che il diritto di asilo, da diritto soggettivo dello straniero, «è andato sempre più configurandosi quale diritto dello Stato»⁴⁰, snaturando in tal modo la *ratio* medesima della previsione costituzionale.

Riguardo poi al riparto di competenze, la Costituzione garantisce allo Stato sovranità e competenza esclusiva non solo in materia di diritto di asilo, ma anche nella disciplina della condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea (art. 117, II co., lett. *a*), in materia di immigrazione (lett. *b*), rispetto alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali (lett. *m*), in materia di ordine pubblico e sicurezza (lett. *h*), di cittadinanza, stato civile e anagrafi (lett. *i*). Alla base di tale scelta vi è naturalmente la necessità di garantire uniformità e unità all'ordinamento, il rispetto del principio di eguaglianza nei confronti di tutti i presenti sul territorio e, più in generale, l'esigenza di concentrare in capo allo Stato, di cui si pretende di riaffermare la sovranità, le politiche dell'immigrazione. L'accentramento di tali competenze ha tuttavia determinato nella prassi, in un periodo di grandi flussi migratori come

³⁷ Ci si riferisce, in particolare, alla legge cd. Bossi – Fini n. 189/2002 e alla disciplina statale ad essa successiva. Sul punto vd. E. ROSSI, *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari. Considerazioni sull'evoluzione della disciplina giuridica dei non cittadini nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2010, 87 ss.

³⁸ Cfr. A. CASSESE, *Commento all'art. 10, III comma Costituzione*, in *Commentario della costituzione*, cit., 534. Nella giurisprudenza cfr., tra le altre, Corte Cass. SS.UU., sent. n. 4674/1997; Corte Cass. SS.UU., sent. n. 8423/2004.

³⁹ Le previsioni maggiormente significative in materia sono la L. 39/1990, la L. 40/19998, il D. Lgs. 286/1998, la L. 189/2002 e, più di recente, la L. 46/2017.

⁴⁰ Cfr. F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Roma, 2011, 227.

l'attuale, l'adozione di misure secondo la prevalente logica di chiusura dell'ordinamento rispetto allo straniero, di protezionismo e di respingimento⁴¹, difficilmente conciliabili con lo spirito umanitario che pervade invece la Costituzione.

Occorre infine riconoscere l'indubbio significato ed efficacia dell'intervento regionale e, in via amministrativa, degli enti locali, in relazione a possibili politiche per l'immigrazione. Gli ambiti di *intervento substatale* già riconosciuti dal Testo Unico sull'immigrazione sono stati infatti ampliati potenzialmente in Costituzione in conseguenza dell'accresciuta competenza legislativa regionale non solo in materia di servizi sociali, ma anche di istruzione, formazione professionale, tutela della salute e, in generale, in tutti i settori che possono avere riflessi sull'esistenza dello straniero, presente stabilmente o temporaneamente sul territorio nazionale. Se a questo livello di governo sono rintracciabili nella prassi provvedimenti legislativi ad amministrativi volti ad accogliere e a integrare gli stranieri, non mancano periodicamente – come già si è evidenziato – interventi miranti, con misure dirette o, più subdolamente, indirette, a respingere gli stranieri dal proprio territorio, a negare loro l'iscrizione anagrafica e la residenza, a limitarne l'accesso ai servizi sociali e sanitari⁴².

In tal modo viene tuttavia tradito il progetto emancipante che la Costituzione prefigura, non solo per l'individuo in quanto tale ma, prima ancora, per i poteri pubblici, quale limite e vincolo assoluto alla loro azione. Pare così si stia assistendo ad un forte allontanamento, sul piano politico, sociale, ma anche giuridico, dai valori di libertà, di democrazia, di accoglienza e di ospitalità, che avevano ispirato profondamente i nostri Costituenti.

⁴¹ Si pensi, ad esempio, al c.d. Pacchetto sicurezza del 2008, alla politica dei respingimenti in mare verso la Libia da parte delle autorità italiane e, più di recente, agli accordi di riammissione. Su questi ultimi cfr., tra gli altri, A. ALGOSTINO, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, 137 ss.

⁴² Interessante, sul punto, il contributo di E. GARGIULO, "*Ben ordinata, sicura, possibilmente omogenea*": visioni della comunità locale in alcuni piccoli e medi comuni italiani, in *Mondi Migranti*, 1/2017, il quale pone in evidenza il ruolo, sovente finalizzato all'esclusione dalla residenza, dei piccoli e medi Comuni nella gestione dei processi migratori, focalizzando l'attenzione sulle «visioni della sovranità della comunità, dell'ordine pubblico e dell'integrazione degli stranieri» che «emergono dai discorsi, dalle politiche e dalle pratiche amministrative».

6. L'accoglienza dello straniero quale opportunità per le odierne democrazie e per l'integrazione europea

È evidente come, per la “tenuta” delle odierne democrazie, sia necessaria la ricerca di un equilibrio tra “apertura” e “chiusura”. Tale ricerca deve tuttavia, come si sosteneva *supra*, essere concepita prevalentemente come *opportunità*: opportunità per riaffermare, in primo luogo, i valori sovrani dell'ordinamento; ma, soprattutto, come occasione per riflettere sul concetto di cittadinanza e di territorio e, dunque, per ripensare criticamente lo Stato e, in particolare, le odierne proposte politiche.

Lo straniero deve infatti essere percepito e identificato non solo come persona da accogliere, ma specialmente quale figura capace di mettere in discussione gli ordinamenti, di interrogarci a fondo sulla nostra cultura e sul significato della convivenza civile, attuale e delle future generazioni.

In linea di principio non vi è dubbio che alla base della sovranità degli Stati vi è la possibilità di esercitare legittimamente la facoltà di respingere lo straniero. Tale sovranità, tuttavia, sorta come assoluta, risulta progressivamente ridotta sia per l'adesione a norme internazionali e dell'Unione europea, sia per l'inarrestabile e inevitabile interdipendenza degli individui, dei territori e degli ordinamenti.

Nel 1945 Luigi Einaudi, ne *Il mito dello Stato sovrano*⁴³, riflettendo sugli Stati Uniti d'Europa, già metteva in guardia contro i rischi della sovranità nazionale, ritenendola «idolo immondo» e «nemico numero uno della civiltà»: «Il concetto dello Stato sovrano che, entro i suoi limiti territoriali, può fare leggi, senza badare a quel che accade fuor di quei limiti» – scriveva Einaudi – «è oggi anacronistico e falso. Quel concetto è un idolo della mente giuridica formale e non corrisponde ad alcuna realtà».

È altresì vero, con tutta evidenza, come non sia più sufficiente il richiamo al riconoscimento e alla tutela dei diritti umani – a quella che è stata definita la «sovranità dei valori»⁴⁴ – quale possibile «grimaldello per il superamento»⁴⁵, a livello globale, della sovranità statale e, in fondo, quale legittimo “documento”, per lo straniero, per essere accolto nell'altrui territorio.

⁴³ L. EINAUDI, *Il mito dello Stato sovrano*, in *Il Risorgimento liberale*, 3 gennaio 1945.

⁴⁴ G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1/1996, 55 ss.; ID., *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 1/2015, 57 ss.

⁴⁵ Cfr. M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1/1996, 174.

Le Corti costituzionali e quelle europee hanno infatti tentato di contribuire in questi anni a “tracciare” il cammino verso la costruzione di una cittadinanza sociale unitaria, declinabile a favore degli individui in quanto persone, al di là del possesso di una cittadinanza giuridica. Si tratta di un cammino meditato e positivo, fondato sul principio di eguaglianza, sulla ragionevolezza delle scelte politiche e sulla solidarietà sociale, la quale giunge talora a prevalere anche sulla limitatezza delle risorse finanziarie.

Si è tuttavia fermamente convinti che non ci si possa “abbandonare” alla sola speranza delle sedi giurisprudenziali⁴⁶; il rischio, infatti, è che i giudici finiscano per esercitare un ruolo di supplenza, che, proprio perché tale, non può invece divenire permanente.

È chiaro, al tempo stesso, che proseguire lungo l’attuale cammino, che sta progressivamente conducendo alla “appropriazione” identitaria dei territori, rischia di indebolire fortemente l’opera di costruzione politica di ogni comunità.

Si ritiene invece che gli Stati, l’Unione Europea e, soprattutto, la politica debbano individuare nello straniero l’opportunità per ripensare i propri paradigmi; l’opportunità per tornare ad essere il luogo privilegiato capace di dare risposte rispetto alla tendenza crescente alla negazione dei diritti all’interno della società; l’opportunità per «collocare», con maggiore convinzione, «l’universale nei contesti particolari»⁴⁷.

In questo senso risultano particolarmente significative alcune esperienze di Comuni del Sud Italia⁴⁸, finalizzate, da un lato, a porre in atto una accoglienza integrata degli immigrati e, dall’altro, a contrastare lo

⁴⁶ Come giustamente sottolineato da S. STAIANO, *Per un nuovo paradigma giuridico dell’eguaglianza*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, 421, «una legislazione “vuota” o “neutra” dal punto di vista valoriale – cioè (...) incapace di interpretare, essa anzitutto, il quadro costituzionale, e poi di tradurre coerentemente tale interpretazione in atto – lascerebbe libero campo alla creazione giurisprudenziale delle politiche di rimozione delle diseguaglianze (o di conservazione di esse), se ritenute “tollerabili” o “necessarie”».

⁴⁷ Cfr. S. BENHABIB, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, 2004, trad. it. S. De Pretis, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, 2006, 107.

⁴⁸ Cfr. M. RICCA, *Riace, il futuro è presente. Naturalizzare il “globale” tra immigrazione e sviluppo interculturale*, Bari, 2010; C. SASSO, *Riace, terra di accoglienza*, Torino, 2012; S. POLIMENI, *Un imprevedibile circuito virtuoso: disciplina sull’immigration regime ed esigenze di “sviluppo locale”*. (Notarella a margine della L. reg. calabrese n. 18/2009), in C. PANZERA – A. RAUTI – C. SALAZAR – A. SPADARO (a cura di), *Metamorfofi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, 2015, 379 ss.; A. ELIA – E. JOVELIN, *Rifugiati e welfare nei piccoli Comuni del Mezzogiorno*, in *Politiche sociali*, 2/2017, 283 ss.;

spopolamento e a “rivitalizzare” alcuni servizi (scolastico, idrico, raccolta rifiuti, etc.) rendendoli fruibili non solo ai cittadini, ma anche agli stranieri⁴⁹.

Ancora, come già auspicava Einaudi, pare particolarmente convincente, per quanto di non facile realizzazione, l’ipotesi di un’Europa più federale⁵⁰, orientata non a rompere, quanto piuttosto a rigenerare e rafforzare il vincolo solidale tra i differenti territori coinvolti e il popolo che su di essi insiste. Un modello federale soprattutto solidale, che consenta di transitare dalla tentazione di costruire muri e chiudere porti a un processo di integrazione che conduca a una nuova cultura, non della nazione, ma, come auspicato da Mario Albertini⁵¹, ad una cosmopolita «cultura dell’unità del genere umano», che sappia garantire il diritto al rispetto per quello che siamo e il diritto a essere effettivamente tutti riconosciuti come partecipi della «cerchia sociale comune»⁵².

In conclusione, a fronte di una politica che pretende di essere pragmatica e che appare invece rispondere prevalentemente alla logica “immunitaria” dell’esclusione, si sostiene convintamente che lo straniero possa offrire l’occasione per riflettere in maniera approfondita sul fatto che lo Stato non è un’entità naturale, bensì prima di tutto storica e poi giuridica; e come lo straniero, in realtà, non si opponga dicotomicamente al cittadino, ma abbia piuttosto con quest’ultimo una *comunanza di condizione*. La questione, in altre parole, non è tanto la netta alternativa tra ospitalità, da un lato, – intesa come proposta assoluta e impossibile, apparentemente sottratta alla politica e relegata esclusivamente al buonismo e all’impegno etico dei singoli – e respingimento, dall’altro; quanto il fatto che ciascuno di noi è, in realtà, «straniero residente»⁵³ in un dato luogo in cui, non per scelta, gli è dato acquisire la cittadinanza e vivere con altri, rispetto ai quali ha un vincolo di prossimità spaziale, di coabitazione e di solidarietà⁵⁴.

⁴⁹ Sul punto vd. D. LOPRIENO, *Regionalismo e immigrazione. Le risposte degli ordinamenti regionali italiani al fenomeno migratorio*, in *Consultaonline*, 1/2018, 280 ss.

⁵⁰ Cfr., sul punto, S. FABBRINI, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l’Europa*, Roma-Bari, 2017, 183 ss.

⁵¹ M. ALBERTINI, *Il Federalismo*, Bologna, 1993, 289 ss.

⁵² Cfr. A. E. GALEOTTI, *La politica del rispetto. Fondamenti etici della democrazia*, Roma-Bari, 2010; G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 55.

⁵³ Cfr. D. DI CESARE, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, 2017.

⁵⁴ Si condividono sul punto le conclusioni cui giunge T. GROPPI, *Multiculturalismo 4.0*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 9 ss., la quale ritiene che «“la madre di tutte le cause” dell’attuale trasformazione (...) dell’umanità» risieda nel c.d. *mind blindness*, una cecità «che trasforma in incapacità di valutare le conseguenze sugli altri delle proprie azioni e che a sua volta deriva dalla incapacità di vederli e riconoscerli come persone». L’A. sottolinea inoltre l’importanza di «immaginare politiche che portino a “vedere l’altro”, ogni singola persona nella sua concretezza e unicità», nonché di «politiche educative e di prossimità finalizzate all’empatia e alla cultura del dialogo».

**UNA UNIONE IN CRISI DI IDENTITÀ TRA DEFICIT
DEMOCRATICO E PICCOLE PATRIE:
QUALE FUTURO PER L'INTEGRAZIONE EUROPEA?°**

Carla Bassu

*Professoressa associata di Diritto pubblico comparato,
Università degli Studi di Sassari*

Deficit di democraticità e carenza nella rappresentanza sono fattori cruciali nella determinazione della crisi dell'Unione europea. Le riforme finalizzate a potenziare la partecipazione dei cittadini alle dinamiche comunitarie – tra cui il rafforzamento del Parlamento - si sono rivelate insufficienti. Occorre procedere a una seria riconsiderazione delle dinamiche decisionali europee, promuovendo un coinvolgimento effettivo del popolo al fine di superare le istanze sovraniste e non dilapidare il patrimonio costituzionale europeo.

The lack of democratic mechanisms and representation are key factors for the European Union crisis. Reforms oriented to strengthen citizens' participation to communitarian developments, such as the enhancement of European Parliament – turned to be unsatisfactory. A deep reconsideration of the decision-making process in EU institution is needed in order to overcome nationalistic issues and not to squander the european consitutional heritage.

° Saggio sottoposto a double-blind peer review.

La fase di difficoltà profonda che ormai da anni sta attraversando l'Unione europea è sotto gli occhi di tutti. Quella europea più che una problematica meramente istituzionale è una vera e propria crisi di identità, dovuta a molti e diversi fattori contestuali, non da ultimo la congiuntura economica, che però manifestano un sentimento di distacco da luoghi decisionali percepiti sempre più lontani e ostili in quanto sede dei famigerati e misteriosi “poteri forti” cui, non solo in Italia si addebitano i mali delle Nazioni.

La madre di tutte le critiche rivolte alla Unione europea riguarda il *deficit* di democraticità che corrisponde a una carenza di rappresentanza della voce dei cittadini europei nelle istituzioni Ue¹. Il Parlamento europeo, che pure nel tempo ha conquistato un ruolo molto più significativo rispetto alla marginalità originaria², non riesce a soddisfare a pieno le istanze rappresentative della compagine sociale dei singoli Stati membri.

In un momento così delicato per l'integrazione sovranazionale, si può affermare che il futuro dell'Unione europea è legato a una questione rappresentativa e identitaria³.

L'ostacolo principale alla costituzionalizzazione dell'entità sovranazionale europea è rappresentato da quello che sarebbe dovuto esserne l'elemento costitutivo primario, ovvero il popolo d'Europa.

Il processo di ratifica del «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa» si è infatti bloccato proprio quando è stato sottoposto al vaglio popolare. In particolare, si ricorda, dopo l'esito favorevole riscosso dal referendum in Spagna, nel febbraio 2005, i cittadini francesi – chiamati a esprimersi – hanno pronunciato un secco no all'adozione del Trattato costituzionale, seguiti a ruota dagli olandesi. Di fronte a questo dato eclatante Regno Unito e Danimarca hanno congelato il processo di ratifica e si è aperta una fase di impasse istituzionale cui ha corrisposto una profonda riconsiderazione dei contenuti e dell'approccio al percorso di costituzionalizzazione che evidentemente non è stato condiviso – e forse nemmeno compreso – dagli elettori europei. Come è noto, la fase di riflessione si è conclusa con l'approvazione del Trattato di Lisbona⁴ che è

¹ V. A. MANZELLA, *Verso un governo parlamentare euro-nazionale?* in A. MANZELLA - N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino 2014, 6 ss.

² V. CARAVITA, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino, 2015, 47 ss.

³ V. CARAMANI, *The europeanization of politics: the formation of a European electorate and party system in historical perspective*, New York 2015

⁴ Il Trattato di Lisbona è frutto dei lavori della Conferenza intergovernativa (Cig), convocata nel luglio 2007 che recepisce in parte le riforme previste dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, accantonando però gli aspetti più controversi, accolti dal dissenso

intervenuto sugli aspetti funzionali dell'Unione senza occuparsi del deficit di democrazia che persiste e contribuisce ad alimentare la diffidenza della popolazione nei confronti della struttura sovranazionale. Basti pensare alla Brexit. Il sentimento di sospetto viene ulteriormente acuito dalla contingenza ormai perdurante della crisi economica che affligge il vecchio continente, ma non solo. Le difficoltà finanziarie interessano tutti i paesi europei, non risparmiano le realtà più solide ma affliggono in particolare alcuni ordinamenti a rischio di implosione sociale, in cui l'Unione europea assurge a paladina del rigore e viene perciò considerata non alleata, bensì nemica nella gestione della crisi⁵.

In questo contesto, l'istituzione rappresentativa dei cittadini, il Parlamento, pur potenziato nella funzione normativa e di controllo nel dopo Lisbona si presenta ancora come recessivo rispetto a Consiglio e Commissione, soprattutto con riferimento alla potestà legislativa⁶. Peraltro, si registra la panoramica del sistema partitico europeo che si presenta frammentato, poco coeso ed eccessivamente vincolato a coalizioni e meccanismi legati alle dinamiche partitiche nazionali⁷, nonché l'assenza di un modello elettorale omogeneo per tutti i Paesi membri⁸. C'è da dire che in

delle popolazioni di alcuni Stati membri, quale per esempio, il riferimento al termine «Costituzione»

⁵ V. FABBRINI, *After the Euro Crisis: The President of Europe. A New Paradigm for increasing legitimacy and effectiveness in the EU*, in *Europeos Commentary*, n.12, 2012, 2 ss; Id., *Which European Union? Europe after the euro crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 124 ss., spec. 143 ss

⁶ V. A. CIANCIO, *Democrazia e sovranazionalità: ripensare il Parlamento europeo*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016; FASONE - N. LUPO, *Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, VII, 2012, 329 ss.; DRAETTA, *I principi democratici nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, III, 2008, 513 ss.

⁷ Sul sistema partitico europeo si v. CIANCIO, *Sistema europeo dei partiti e integrazione politica nell'UE*, in *Forum dei Quaderni costituzionali. Rassegna*, 11 settembre 2015; S.K. JOLLY, *The European Union and the rise of regionalist parties*, Ann Arbor 2015; CIARLO, *Voto europeo e trasformazioni delle affinità politiche*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2014, 688 ss.; BRESSANELLI, *Europarties after enlargement: organization, ideology and competition*, Basingstoke, New York 2014; SOZZI, *Partiti e sistema partitico a livello europeo*, Roma 2013; M.R. ALLEGRI, *I partiti politici a livello europeo fra autonomia politica e dipendenza dai partiti nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2013; BERTOLI, *Democrazia, partiti, Unione europea. Verso il sistema politico europeo*, Roma 1995; L. LEVI, *La formazione del sistema partitico europeo e l'evoluzione istituzionale della Comunità*, in *Il Federalista*, n. 4, 1982, 179 ss.

⁸ Sul punto già G.E. VIGEVANI, *Parlamento europeo: una nuova procedura elettorale uniforme*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 175 ss; v. anche BETZU, *Ancora a proposito della ripartizione dei seggi nelle elezioni europee*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 175 ss.;

questo ultimo frangente, si è registrato un passo avanti rappresentato dalla Decisione Ue-Euratom 2018/994⁹ che interviene a modifica dell'atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto (allegato alla decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio del 20 settembre 1976, adottata dal Consiglio dell'UE il 13 luglio 2018). Il provvedimento è stato emanato in virtù dell'articolo 223, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE), che prevede che il Parlamento europeo elabori un progetto volto a stabilire le disposizioni necessarie per permettere l'elezione dei suoi membri a suffragio universale diretto, secondo una procedura uniforme in tutti gli Stati membri o secondo principi comuni a tutti gli Stati membri. È bene sottolineare che tali disposizioni sono destinate a entrare in vigore solamente previa approvazione degli Stati membri, in conformità a quanto previsto dalle norme costituzionali dei singoli ordinamenti. La decisione prevede anche l'obbligo, con riferimento ai Paesi che adottano lo scrutinio di lista, di introdurre una soglia minima obbligatoria per l'attribuzione dei seggi tra il 2% e il 5% per le circoscrizioni con più di trentacinque seggi, compresi gli Stati membri con collegio unico nazionale (nuovo art. 3 dell'Atto elettorale), ferma restando la possibilità, già prevista nell'Atto elettorale vigente, di determinare una soglia minima non superiore al 5% per l'attribuzione dei seggi.

Soprattutto, comunque, resta il problema della legittimazione o, meglio, l'assenza di una piena legittimazione democratica degli apparati decidenti europei¹⁰.

Non sono mancate proposte intese ad aggirare l'ostacolo del deficit di democraticità istituzionale attraverso ipotesi atipiche di partecipazione della collettività alle diverse fasi del processo decisionale europeo¹¹. Le idee messe sul tavolo si collocano principalmente nell'ambito di una concezione funzionalmente efficiente dell'Unione europea, in cui gli obiettivi di incisività delle politiche pubbliche europee prevalgono sull'esigenza del fatto che esse siano ancorate su una base democratica. Ci troviamo di fronte

DELLEDONNE, *Elezione del Parlamento europeo e politicizzazione dell'Unione di nuovo al vaglio del Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, 690 ss.

⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018D0994&from=CS>

¹⁰ v. OFFE - PREUB, *Citizens in Europe: essays on democracy, constitutionalism and European integration*, Colchester 2016; LEPSIUS, *Nationalstaat oder Nationalitätenstaat als Modell für die Weiterentwicklung der Europäischen Gemeinschaft*, in R. WILDEMANN (Hrsg.), *Staatswerdung uropas? Optionen für eine Europäische Union*, Baden-Baden 1991, 19-40

¹¹ Cfr. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma 2014.

alla cosiddetta *output oriented legitimization*¹², che trae origine dalla accettazione implicita dell'azione delle istituzioni Ue da parte dei cittadini, i quali legittimano gli attori europei riconducendo alla loro attività un miglioramento della qualità della vita¹³. Ma non può ritenersi una opzione soddisfacente perché la legittimazione finalizzata al conseguimento del risultato non risolve la problematica della mancata partecipazione popolare alle dinamiche della politica pubblica che – esasperata in ambito sovranazionale a causa della struttura atipica dell'Ue – si ripropone anche in ambito nazionale¹⁴. Fermo restando che un ulteriore, significativo potenziamento del ruolo del Parlamento europeo deve rimanere un punto chiave in un processo di coesione, non è questo l'unico aspetto su cui investire in una prospettiva di piena integrazione istituzionale¹⁵. L'Assemblea rappresentativa ha certamente un ruolo nel riconoscimento dell'anima democratica di un ordinamento ma non può essere l'unico luogo in cui i componenti di una comunità trovano voce ed espressione di fronte alle istituzioni¹⁶. Si potrebbe per esempio procedere a una variazione nella composizione dei membri del Consiglio dei ministri, ora rigorosamente formato da rappresentanti degli esecutivi nazionali, disponendo una diversificazione della provenienza dei componenti¹⁷. Si potrebbe pensare a un meccanismo di elezione diretta che porterebbe alla trasformazione del Consiglio in una vera e propria seconda Camera, rappresentativa degli Stati, al pari di quanto avviene negli ordinamenti federali¹⁸. Ancora, sulla stessa linea, la composizione del Consiglio potrebbe essere integrata da membri dei

¹² SCHARPF, *Governing in Europe: effective and Democratic?*, Oxford, 1999, nello stesso senso si v. MAJONE, *Europe's Democratic deficit. The question of standards*, in *European Law Journal*, vol. 4, n. 1, 1998, 5-28.

¹³ Si tratta della cosiddetta legittimazione tecnocratica-utilitaristica, cui fa riferimento ARMIN VON BOGANDY, *L'Unione sovranazionale come forma del potere politico. Statalizzazione e integrazione comunitaria nella prospettiva della teoria dello Stato*, in *Teoria Politica*, X, n. 1, 1994, 135-151.

¹⁴ V. LIEBERT, *Democratising the EU from below? Citizenship, civil society and the public sphere in making Europe's order*, in LIEBERT - GATTIG - EVAS, *Democratising the EU from below? Citizenship, Civil Society and the Public Sphere*, London, 2013, 1 ss

¹⁵ Cfr. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, op. cit.

¹⁶ V. CORBETT - JACOBS - NEVILLE, *The European Parliament*, Harper, London 2016

¹⁷ Cfr. CARAVITA, *Il federalizing process europeo*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2014

¹⁸ Così ZÜRN, *Über den Staat und die Demokratie in der Europäische Union*, in PREUSS - ZÜRN, *Probleme einer Verfassung für Europa*, Bremen, 1995, 18 ss., 32; allo stato dei fatti il Consiglio non presenta le caratteristiche minime per poter essere considerato una camera parlamentare, v. N. LUPO, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione "composita" dell'Ue: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014.

Parlamenti nazionali dei singoli Stati membri¹⁹. Naturalmente occorrerebbe riflettere con attenzione in ordine al numero dei rappresentanti che dovrebbero integrare l'organo così formato, ragionando in base alla scelta effettuata in ordine alla composizione. I modelli di riferimento potrebbero essere i classici esempi del Senato statunitense, ovvero il *Bundesrat* tedesco. Per quanto riguarda le competenze, il Consiglio acquisirebbe il ruolo di una vera e propria seconda Camera federale. Una soluzione alternativa potrebbe essere quella di riformare il Comitato delle Regioni, attualmente privato di poteri effettivi, trasformandolo in una Camera delle Regioni a tutti gli effetti. A questo punto si renderebbe comunque indispensabile la predisposizione di un articolato sistema di pesi e contrappesi, finalizzato al bilanciamento dei poteri istituzionali nell'ottica democratica che deve contraddistinguere ogni ordinamento costituzionale.

Ad ogni modo, come dimostra la vicenda *Brexit*, il principale ostacolo che ancora si frappone al conseguimento di un progetto di effettiva integrazione costituzionale europea è l'euroscetticismo, sentimento ancora ampiamente diffuso e fondato sulla considerazione collettiva degli apparati istituzionali dell'Ue, percepiti come distanti e disgiunti dalla concretezza delle esigenze dei singoli. Questa considerazione deve essere il punto di partenza per pensare il futuro dell'Europa comunitaria che per proseguire nel percorso di integrazione deve potenziare gli spazi di rappresentanza dei cittadini. Un'Europa coesa e decidente non può prescindere dalla presenza di istituzioni legittimate a rappresentare ed esprimere in una voce univoca le diverse istanze e gli interessi dell'Unione.

Un recente, interessante contributo al dibattito sull'assetto istituzionale e il sistema di rappresentanza dell'Ue è stato portato all'attenzione della comunità politica e dell'opinione pubblica da un volume dal titolo eloquente: «Democratizzazione l'Europa!». Il libro, firmato da Stéfanie Hennette, Thomas Piketty, Guillame Sancriste e Antoine Vauchez presenta una proposta di Trattato, il T-Dem, Tramite il quale si intende in particolare intervenire sui processi decisionali che governano l'eurozona²⁰. Nello specifico si prevede l'istituzione di una vera e propria Assemblea parlamentare rappresentativa dei cittadini, dotata di concrete funzioni

¹⁹ In questo senso si è pronunciato l'ex Ministro degli Esteri tedesco JOSCHKA FISHER, *Vom Staatenbund zur Föderation-Gedanken über die Finalität der europäischen integration*, in *FCE-Spezial*, n. 2, 2000, trad. it., in *L'unità europea*, n. 315, 2000, 4 ss.

²⁰ V. HENNETTE - PIKETTY - SANCRISTE - VAUCHEZ, *Democratizzare l'Europa!*, Milano 2017.

legislative anche in materia di tassazione (v. art. 12 T-Dem)²¹ e di poteri di controllo in materia di governance dell'eurozona (art. 11 T-Dem). La piena democratizzazione dell'Unione europea è l'obiettivo dichiarato dagli autori che ritengono il percorso di democratizzazione l'unica via utile per superare la crisi del sistema ed evitare un «ripiegamento nazionale privo di respiro»²². Ma questa non sembra la priorità condivisa dai Paesi membri dell'Ue che, riuniti in occasione del Sessantesimo anniversario dei Trattati di Roma hanno espresso un documento orientato a rilanciare il progetto europeo in cui il potenziamento degli strumenti di rappresentanza non rileva tra gli interventi da privilegiare²³.

Peraltro non può trascurarsi che l'Unione europea si trova nel mirino delle forze di ispirazione populista che hanno conquistato il centro della scena politica in molte realtà del continente, tra cui il nostro Paese. L'antieuropeismo è il fattore che accomuna i movimenti politici che rifiutano le etichette di partito, dichiarandosi estranei alle dinamiche politiche di palazzo, e che in realtà corrispondono nella sostanza per struttura e funzioni ai partiti cui siamo abituati. Sono soggetti diffusi in tutta Europa, con milioni di seguaci accomunati da un senso di indignazione (v. gli *Indignados* spagnoli) e quasi ribellione verso istituzioni giudicate non rappresentative degli interessi collettivi.

In Italia e in Spagna ci sono esempi significativi e le recenti vicende politiche, in entrambi i paesi, mostrano come l'inserimento di queste forze nel sistema, con la carica di un importante sostegno elettorale, destabilizza l'equilibrio istituzionale regolato da meccanismi consolidati e talora determina un'impasse da cui è difficile venire fuori.

Gruppi come il M5Stelle in Italia, Podemos e Ciudadanos in Spagna, Afd antieuro in Germania, Ukip antieuropeista nel Regno Unito, fino ai movimenti xenofobi e antiislam come il Pvv olandese, invocano nuove forme di partecipazione e coinvolgimento del popolo nelle decisioni pubbliche e una nuova concezione della democrazia diretta e auspicano più o

²¹ Rileva la competenza legislativa a emettere le disposizioni in materia di condivisione dei debiti pubblici che superano il 60 per cento del PIL di ciascuno Stato dell'eurozona (art. 12, comma 4 T-Dem) e il potere di votare per la scelta dei candidati al direttorio della BCE, alla presidenza dell'eurogruppo e alla direzione generale del MES. V. HENNETTE - PIKETY - SANCRISTE - VAUCHEZ, *op. cit.*

v. *ibidem*

²³ V. Dichiarazione dei leader dei 27 Stati membri e del Consiglio europeo, del Parlamento europeo e della Commissione europea, *La dichiarazione di Roma*, 25 marzo 2017, consultabile all'url http://www.governo.it/sites/governo.it/files/documenti/documenti/Approfondimenti/EU60/RomaDichiarazione_it17.pdf

meno velatamente lo sgretolamento del sistema di integrazione comunitaria, sventolando la bandiera del sovranismo.

Ci si interroga però se rivendicando il ritorno a una concezione rigida, ottocentesca della sovranità nazionale e auspicando un nuovo innalzamento delle frontiere che con tanta fatica erano state abbattute nel corso del tempo, le forze politiche antieuropee si rendano conto delle conseguenze concrete.

In questo senso quello britannico è un osservatorio privilegiato; i sondaggi testimoniano come se si votasse oggi l'esito del referendum non sarebbe lo stesso ma, come è noto, la storia non si fa con i se. Si può solo sperare che il passato insegni qualcosa, che il patrimonio di vantaggi in termini di progresso economico e sociale conquistato grazie all'Ue non venga dilapidato e che i principi e i valori che hanno ispirato la progressione del percorso di integrazione europea che ha migliorato – ma questo è solo il mio parere - la vita quotidiana dei cittadini dei paesi membri non vengano inghiottiti dall'ondata di populismo nazionalista che, nel nostro mondo inesorabilmente globalizzato, guarda con nostalgia alle piccole patrie.

IL "DIRITTO EUROPEO DELLA CRISI" ECONOMICO-FINANZIARIA E LE PROSPETTIVE FUTURE DELL'UNIONE EUROPEA TRA TEORIE ECONOMICHE E EVIDENZE EMPIRICHE[°]

Giampaolo Gerbasi

*Professore associato di Diritto pubblico comparato,
Università della Calabria*

L'obiettivo del presente contributo è di analizzare le strategie europee di crisis prevention e di crisis management al fine di individuarne le coerenze e le divergenze con le teorie ordoliberali e monetariste che sono state impiegate a partire dal Trattato di Maastricht. Inoltre, l'autore esamina i recenti sforzi di rilanciare il progetto europeo. Tali sforzi si pongono in sostanziale linea di continuità con la stabilità finanziaria e la competitività economica e non affrontano le evidenze empiriche concernenti la ripresa asimmetrica delle economie nazionali, le crescenti disuguaglianze tra Stati membri e la drammatica questione sociale europea.

The aim of this Paper is to analyze the crisis prevention and management European strategies and find coherences and divergences with monetarist and ordoliberal theories that have been used starting with the Maastricht Treaty. Furthermore, we want to analyze recent efforts to relaunch the European project. This efforts are consecutively with financial stability and economic competitiveness and they do not deal with the empirical evidence regarding the asymmetric recovery of national economies, the growing inequality that exists between Member States and the dramatic European social question.

Sommario:

1. Premessa
2. Le scelte fondamentali del sistema dei trattati sull'Unione economica e monetaria (UEM), tra influenza e impiego politico legittimante di alcune teorie economiche
3. La persistente influenza delle teorie ordoliberali e monetariste sulle strategie di crisis prevention e di crisis management
3. Le prospettive future dell'Unione che ci viene consegnata dal 'diritto europeo della crisi' alla prova dei 'fatti' tra stabilità finanziaria, competitività, crescita economica e solidarietà
5. Brevi osservazioni conclusive

[°] Saggio sottoposto a double-blind peer review.

1. Premessa

Nell'attuale stagione, che potremmo definire delle crisi/sfide multiple, il processo di integrazione europea risulta sottoposto a inedite tensioni che hanno inferto una dura battuta d'arresto al relativo approfondimento e ai connessi sviluppi unificanti. Basti richiamare la crisi economico-finanziaria e della zona euro, la drammatica recrudescenza di eventi terroristici e la riemersione della questione sicurezza, la messa in discussione in alcuni Stati membri delle acquisizioni proprie dello Stato costituzionale di diritto, la tragicità degli inarrestabili flussi immigratori da Stati terzi e la connessa problematica dei richiedenti forme di protezione internazionale nonché l'incremento senza precedenti della circolazione dei cittadini europei nei confini territoriali sempre più estesi dell'Unione. Nel loro fare sistema, tali problematiche hanno alimentato il risveglio degli egoismi nazionali e lo sviluppo di nuove spinte asimmetriche che, mettendo a dura prova la capacità dell'Unione europea di individuare soluzioni condivise e realmente efficaci in una prospettiva non meramente congiunturale, rischiano di sfociare in una vera e propria frantumazione del complessivo edificio europeo.

Secondo uno dei padri fondatori del processo di integrazione europea *“L'Europa non verrà costruita tutta ad un tratto. Verrà costruita nelle crisi e sarà il risultato delle soluzioni adottate in quelle crisi”*. Tale affermazione di Jean Monnet risulta di estremo interesse e di rilevante attualità se si considera la tempestiva e persistente attenzione della dottrina (non solo giuridica) alle sollecitazioni degli avvenimenti occorsi negli ultimi anni. Limitando l'attenzione alla crisi economico-finanziaria più profonda del secondo dopoguerra, giova osservare che essa, scoppiata negli Stati Uniti nel biennio 2007-2008 e in breve tempo propagatasi anche in Europa, affonda le proprie radici in una *“pluralità di contestuali fallimenti, a cominciare da quello del mercato”*¹, in particolare del settore bancario. In un inestricabile intreccio accentuato dai crescenti attacchi speculativi sferrati dal mercato globale, esso si è poi esteso a quello di alcuni Stati dell'area mediterranea emblematicamente rappresentato dalla crisi dei relativi debiti sovrani². Di talché, l'incidenza della crisi sull'UE ha condotto all'adozione di incisivi processi di riforma che hanno interessato principalmente il profilo dei

¹ Così G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 1086.

² Cfr. SICLARI, *“Condizionalità” internazionale e gestione delle crisi dei debiti sovrani*, in *federalismi.it*, 2015.

rapporti tra diritto e economia, tra intervento pubblico e mercato e, dunque, la “Costituzione” economica europea (e quelle nazionali) nonché la relativa *governance*.

Quale Unione, e in particolare quale Unione economica e monetaria (UEM), ci viene consegnata dal ‘diritto europeo della crisi’³? Quest’ultimo ha accentuato la prevalenza di istanze competitive e di concorrenza fra Stati e relative regole o ha anche innestato istituti che alimentano nessi e istanze di solidarietà tra cittadini europei e Stati membri (e all’interno di questi)?

Nel tentativo di rispondere ai quesiti formulati si procederà, sia pur in maniera essenziale, con una preliminare riflessione sulle scelte fondamentali che caratterizzano il sistema dei trattati, con particolare riferimento all’UEM, e sul relativo nesso con alcune dottrine economiche le quali, sebbene inquadrare in scuole di pensiero diverse, esprimono comunque significative convergenze in ordine alla configurazione del rapporto tra poteri pubblici e società, tra interventismo pubblico e mercato. Ciò ci consentirà di verificare se e in che misura, a fronte di un quadro pattizio rimasto per gran parte immutato, il ‘diritto europeo della crisi’ ma anche i recenti tentativi di rilancio della crescita nell’UE ne seguono le coordinate essenziali tenendo altresì presente le indicazioni di altre dottrine economiche *oscurate* in sede di formazione e revisione del diritto primario dell’UE. Infine, nelle osservazioni conclusive si passerà la parola ai “fatti” emersi nel corso della crisi, ma osservabili per gran parte tutt’oggi. Tale necessità è frutto della consapevolezza anche metodologica che solo facendo “parlare di più i fatti, che sono quelli che contano”⁴, può valutarsi serenamente il grado di efficacia del diritto europeo ‘anti-crisi’ nonché delle misure e degli itinerari di riforma prefigurati sotto l’egida della Commissione *Juncker* rispetto alle diverse problematiche e alle evidenze empiriche emerse nel corso e a seguito dell’emergenza economico-finanziaria.

³ Giova precisare che con l’espressione ‘diritto europeo della crisi’ si vuole fare riferimento solo ad alcuni degli strumenti giuridicamente eterogenei predisposti dalle istituzioni dell’Unione, ma anche dagli Stati membri mediante appositi trattati internazionali, per fronteggiare le diverse problematiche poste dalla crisi economico-finanziaria propagatasi in Europa soprattutto a partire dal biennio 2010/2011.

⁴ Così CASSESE, *Conclusioni*, in ANTONINI (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, 2016, 393.

2. Le scelte fondamentali del sistema dei trattati sull'Unione economica e monetaria (UEM), tra influenza e impiego politico legittimante di alcune teorie economiche

Ben prima della crisi, nel dibattito scientifico, tanto tra gli economisti che tra i giuristi, è gradualmente emerso un orientamento tendente a mettere in seria discussione quel “paradigma di impronta spiccatamente liberista”⁵ che, innestandosi gradualmente nelle scelte di governo dell'economia già a partire dagli anni '80 del secolo scorso, è stato successivamente consacrato nel diritto primario sovranazionale. Le innovazioni introdotte a Maastricht nel 1992 (attuata e irrigidite con il Patto di stabilità e crescita del 1997, e sostanzialmente riprodotte nel Trattato di Lisbona sottoscritto nel 2007, sebbene in un quadro di maggiore valorizzazione di obiettivi sociali⁶) hanno incrinato il “compromesso costituzionale tra economia e politica”⁷ conseguito nei primi trattati del processo integrativo (magnificamente raffigurato dall'immagine “Smith all'estero, Keynes in patria”). Più precisamente, il percorso tracciato a Maastricht e le relative scelte fondamentali hanno gradualmente eroso la combinazione e la convivenza, sia pur declinata in termini di reciproca separazione, dei principi dell'economia di mercato (connessi alla costruzione del mercato interno) con gli strumenti di garanzia dello Stato sociale⁸. I primi, affidati al presidio e al rispetto delle regole di concorrenza da parte rispettivamente delle istituzioni sovranazionali e di quelle statali secondo il metodo dell'integrazione negativa; i secondi, ancorati alle diversità dei *welfare* nazionali.

La fissazione di limiti quantitativi in relazione al rapporto tra debito, disavanzo pubblico e Pil degli Stati membri (ora contenuti nel protocollo n. 12 allegato al TFUE), riflette la preminente necessità di fissare le regole del

⁵ Così, G.F. FERRARI, *Stato e mercati: quali rapporti dopo la crisi*, in *Dir. Pubbl. comp. eur.*, 2010.

⁶ PINELLI, *Il preambolo, i valori, gli obiettivi*, in BASSANINI - TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, 71.

⁷ Tale “compromesso originario” e la peculiare ripartizione di competenze tra livelli nazionali e istituzioni comunitarie cui esso ha dato luogo sono riconducibili in particolare al modello teorico elaborato dalla scuola ordoliberalista tedesca. Sulle significative “affinità tra le molteplici prescrizioni dell'ordoliberalismo e la costruzione della Comunità economica europea del 1957”, cfr. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze. Appunti sulle trasformazioni della Costituzione economica comunitaria*, in *astrid-online.it*, 4 ss.

⁸ Sulla complementarità fra attuazione dello Stato sociale e costruzione del mercato, concretizzatasi sulla base di percorsi paralleli, cfr. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, 17.

gioco chiamate a limitare l'interventismo pubblico, a presiedere al processo economico e a garantire il corretto funzionamento di una economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Per ciò che concerne i contenuti e il relativo nesso con l'assorbente obiettivo della "stabilità dei prezzi" (affidato, come vedremo, alla cura della BCE), quelle regole quantitative esprimono inoltre un evidente rifiuto delle politiche economiche e di bilancio (discrezionali ed espansive) di stampo *keynesiano* siccome ritenute produttive nel lungo periodo unicamente di inflazione. In tal modo, la dottrina delle regole, che in relazione al principio della concorrenza ha condotto sì alla previsione di divieti gravanti sugli Stati membri ammettendosi tuttavia a certe condizioni alcune eccezioni (come nel caso del divieto degli aiuti di Stato), si è estesa al complessivo governo (*rectius, governance*) dell'economia (comprensivo delle politiche economiche degli Stati membri coordinate a livello sovranazionale e della politica monetaria assegnata alla competenza della BCE).

Pertanto, alle regole poste a garanzia del principio di libera concorrenza ma anche per far fronte ai "fallimenti (equitativi ed allocativi) del mercato" (cui sono connessi il regime delle c.d. *essential facilities*, dei servizi di interesse generale e di interesse economico generale ecc.)⁹, si aggiungono puntuali vincoli quantitativi delineanti un percorso di graduale e sostanziale erosione della sovranità degli Stati membri e della relativa discrezionalità nella conduzione delle politiche economiche e sociali. Si aggiunge pertanto un tassello fondamentale nella costruzione della "Costituzione" economica europea secondo un modello orientato al mercato, alle libertà economiche individuali, all'interventismo pubblico "pro-concorrenza" e alla stabilità macroeconomica (e monetaria); un modello che, ispirato da specifiche dottrine e teorie economiche (di matrice ordoliberal e monetarista), viene assunto come particolarmente efficace rispetto agli obiettivi di una maggiore crescita economica e di più elevati livelli di benessere individuale e collettivo.

Strettamente coerenti a tale impostazione e alla dottrina delle regole, sono anche la clausola del *no bail out*, che preclude all'Unione e agli Stati membri di farsi carico degli impegni assunti da un altro Stato membro (art. 125 TFUE), e il divieto per la BCE e per le banche centrali nazionali di acquistare direttamente (e, dunque, nel mercato primario) titoli di debito degli Stati membri (art. 123 TFUE). Tali divieti costituiscono il cuore della

⁹ CERRI, *Le vie di un "europeismo possibile" (ed auspicabile)*, in CERRI (a cura di), *L'Europa a un punto critico*, Roma, 2018, 64 s.

Comunità di Stabilità¹⁰ che, coerentemente agli assiomi ordoliberali e soprattutto monetaristi, non può che essere apolitica¹¹. Essi, sancendo il principio della responsabilità degli Stati nella gestione delle rispettive finanze pubbliche¹² e riconnettendo il finanziamento dei relativi debiti pubblici alle logiche e al controllo dei mercati finanziari, sono evidentemente preordinati a scongiurare condotte di *moral hazard* nella definizione delle politiche statali di bilancio che potrebbero pregiudicare il rispetto di uno dei principi direttivi delle azioni degli Stati membri e dell'Unione, quello delle "finanze pubbliche sane", che, unitamente agli altri indicati nell'art. 119 TFUE, par. 3 ("prezzi stabili, condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile") sono chiamati a favorire "un'efficace allocazione delle risorse" (ex art. 120 TFUE) e, per il suo tramite, il perseguimento delle finalità indicate nell'art. 3 del TUE (tra le quali è annoverata anche una "crescita economica equilibrata") nell'ambito di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva. L'assunto, invero non supportato da chiare evidenze empiriche, è che un'efficace allocazione delle risorse costituisca "una sorta di optimum raggiungibile solo con politiche" compatibili con quei principi direttivi¹³.

Rispetto alla definizione della *governance* economica europea e alle relative ascendenze ordoliberali e monetariste, una parte della dottrina (economica ma non solo)¹⁴ ha messo in rilievo come in realtà più che di una passiva introiezione di "verità economiche" in regole giuridiche si sia trattato piuttosto di una operazione funzionale all'obiettivo politico di alimentare istanze competitive e forme di concorrenza fra Stati e le rispettive regole. Si sarebbero in tal modo create le pre-condizioni per conseguire posizioni di "egemonia" da parte di alcuni Stati e dei relativi sistemi economici rispetto ad altri con conseguenti ricadute in termini di maggiori asimmetrie e divaricazione tra gli stessi (di natura economica ma anche

¹⁰ Così, C. CARUSO, *Vincoli di bilancio e dinamica federale europea: itinerari di una comparazione*, in *forumcostituzionale.it*, 2015, 5 s., il quale osserva che "la Comunità di stabilità non si fa carico di tutti i potenziali interessi della collettività europea, ma solo delle istanze funzionali alla realizzazione di un mercato altamente integrato ad ispirazione concorrenziale".

¹¹ Cfr. C. JOERGES, *EuropÈs economic constitution in crisis and the emergence of a new constitutional constellation*, in J.K. FOSSUM-A.J. MENENDÉZ (a cura di), *The European Union in Crisis or the European Union as Crises*, Arena Report, 2, 2014, 290.

¹² F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, 341 s.

¹³ Così C. CARUSO, *Vincoli di bilancio*, cit., 4.

¹⁴ BAGNAI, *Crisi finanziaria e governo dell'economia*, in *costituzionalismo.it*, 2011, 11 ss.

sociale). Ciò spiegherebbe perché la dottrina delle regole quantitative abbia attecchito prepotentemente sul solo piano del disavanzo e del debito pubblico degli Stati membri (rispettivamente del 3 e del 60% rispetto al Pil) ma non su quello, particolarmente rilevante ai fini di una crescita equilibrata e stabile dell'intera eurozona (cui pure fa riferimento l'art. 3 TUE), della bilancia dei pagamenti. Solo i primi e non quest'ultima costituiscono "un vero e proprio assillo nel diritto sovranazionale"¹⁵. Infatti, sebbene annoverata tra i principi direttivi dell'azione dell'UE e degli Stati membri, il TFUE non si spinge a prescrivere all'interno della bilancia dei pagamenti puntuali regole quantitative per quanto riguarda l'indebitamento estero dei Paesi dell'Eurozona¹⁶; esso si limita piuttosto a richiamare una più generica necessità di una bilancia dei pagamenti *sostenibile* attribuendo pertanto maggiore discrezionalità alle rilevanti politiche degli Stati membri e minore rilievo all'integrazione negativa condotta sulla base di specifici parametri quantitativi.

È indubbio che la mancata fissazione di una specifica soglia in tale ambito risulti coerente con l'obiettivo del mercato unico (e con le teorie che ne hanno alimentato la realizzazione). Ove non collocata all'interno del diritto primario dell'UE, la previsione di puntuali e stringenti limiti alla libertà di circolazione dei capitali – che di per sé è assunta come produttiva di crescita – risulterebbe con esso confliggente. D'altra parte, la circostanza che il Trattato esprima la consapevolezza dell'importanza che la bilancia dei pagamenti riveste ai fini di una efficace (ed equilibrata) allocazione delle risorse e in funzione degli obiettivi di cui all'art. 3 TUE, come si evince dalla sua elevazione a principio direttivo dell'azione dell'UE e degli Stati membri, senza indicare un puntuale vincolo all'indebitamento estero dei Paesi della zona euro, conferma implicitamente il nesso tra l'assenza di tale scelta e la volontà (politica) di creare una concorrenza e una competizione regolativa fra Stati e, con essa, le condizioni di egemonia economica di alcuni paesi su altri in un contesto caratterizzato da profondi squilibri economico-sociali.

¹⁵ Per riprendere l'espressione di M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2017, 50.

¹⁶ BAGNAI, *Crisi finanziaria e governo dell'economia*, cit. Peraltro, una parte della dottrina economica individua proprio negli squilibri dei conti esteri, che dividono l'Europa fra creditori e debitori, una delle principali ragioni della crisi nell'UE. Cfr., almeno, L. FANTACCI – A. PAPETTI, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, in *costituzionalismo.it*, 2013.

Le osservazioni da ultimo formulate offrono una idonea chiave di lettura del rapporto tra le teorie economiche e le scelte che hanno dato luogo agli “errori di costruzione” dell’euro e alla “costituzionalizzazione del monetarismo” (oggetto di risalenti rilievi critici nella letteratura scientifica)¹⁷. Occorre, infatti, precisare che la creazione dell’Unione monetaria in assenza di una Unione fiscale è stata possibile anche grazie ad un impiego legittimante delle teorie elaborate dalla Nuova Macroeconomica Classica (Nmc)¹⁸. Più precisamente, il richiamo di queste ultime ha consentito di legittimare sul piano teorico l’impianto accolto nel diritto primario dell’UE a fronte dell’acclarata incompatibilità di quest’ultimo non solo con gli assunti delle scuole nekeynesiane (che, configurando come inscindibile il legame tra Unione fiscale e monetaria, risultavano in quella fase politicamente improponibili) ma anche con la teoria delle Aree valutarie ottimali formulata nei primi anni ’60 dello scorso secolo dal premio nobel Mundell. Dottrina, quest’ultima, postulante la necessaria presenza per un’area valutaria unica di requisiti essenziali di omogeneità (evidentemente inesistenti nella istituenda Eurozona) al fine di porre al riparo il relativo sistema economico da devastanti shock asimmetrici¹⁹ che l’innesto di una moneta comune in un contesto caratterizzato da strutturali divergenze economico-sociali avrebbe comunque potuto produrre in assenza di una comune politica economica europea in grado di armonizzarsi con la politica monetaria sovranazionale. Cosicché, gli assunti della Nmc (che portano alle estreme conseguenze le idee dei monetaristi) “si prestavano perfettamente al gioco di sdrammatizzare le contraddizioni dell’impianto europeo” consentendo “di presentare il modello europeo non come una “incompiuta”, ma come un assetto che, solo garantendo la stabilità monetaria, avrebbe potuto condurre alla maggiore crescita economica possibile”²⁰.

Sulla base, dunque, di tale impiego legittimante della Nmc, il sistema dei trattati ne ha recepito alcuni assunti funzionali all’obiettivo di una maggiore

¹⁷ LIGUSTRO, *La crisi dell’euro, i nuovi “pilastri” dell’Unione economica e monetaria europea e il futuro della moneta unica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, XVIII.

¹⁸ È quanto si evince dall’interessante analisi di MOSTACCI, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Pol. dir.*, 2013, 512-519.

¹⁹ Sul punto, cfr. BRESOLIN, *Cicli del pensiero economico e cicli dell’economia: la politica europea nella crisi*, in ANTONINI (a cura di), *La domanda inesausta*, cit., 167-172.

²⁰ Così ANTONINI, *Introduzione. I vincoli costituzionali al pareggio di bilancio tra (indebiti) condizionamenti delle dottrine economiche e (possibili) prospettive*, in ID., cit., 15 s.

crescita²¹ tra i quali l'attribuzione alla BCE di un elevato grado di indipendenza rispetto agli organi di governo sovranazionali e nazionali e la rigida perimetrazione del relativo mandato di politica monetaria all'obiettivo della stabilità dei prezzi. Quest'ultima viene in tal modo elevata a vera e propria *grundnorm*²² dell'architettura che regge la "Costituzione economica e monetaria" dell'UEM consacrando la sostanziale primazia della politica monetaria rispetto alle politiche economiche statali e configurando in termini di residualità l'impiego della prima a sostegno delle politiche generali nell'Unione e fatto comunque salvo il preminente obiettivo della stabilità dei prezzi (art. 127 TFUE). Così configurato, tale assetto istituzionale è stato presentato e ritenuto come idoneo a soddisfare le istanze di maggiore crescita economica e competitività avanzate dalla realizzazione del mercato unico e dalle relative dinamiche di funzionamento. In tal senso, può affermarsi che l'Unione economica e monetaria (UEM) ha costituito una specifica forma di completamento del mercato interno. Un completamento che è stato tuttavia affidato ad una serie di congetture che, come la crisi economica ha ampiamente dimostrato, non hanno avuto sostanziale riscontro nella realtà o comunque si sono concretizzate in forme decisamente asimmetriche dando luogo ad una accentuazione della divaricazione fra le economie dei paesi dell'eurozona. Così per quanto riguarda l'ipotesi secondo cui l'abbandono della flessibilità a favore della rigidità del cambio sarebbe stata compensata da una serie di elementi come una perfetta mobilità dei fattori di produzione, una maggiore flessibilità nel mercato del lavoro, una convergenza fiscale; ma la medesima sorte è toccata anche all'altra ipotesi, strettamente connessa alla prima, che un convergente tasso di inflazione tra i paesi della zona euro avrebbe evitato squilibri macro-economici tra gli stessi (evitando in tal modo *surplus* nelle esportazioni di merci e capitali nei paesi con minore inflazione rispetto a quelli con più elevati tassi di inflazione). In sintesi, la scommessa politica della moneta unica di realizzare in futuro i requisiti essenziali di omogeneità indicati da Mundell (che corrispondono in gran parte agli obiettivi connessi alle tanto invocate riforme strutturali), in assenza di una politica economica europea in grado di armonizzarsi con la politica monetaria della BCE, è stata travolta dalle intemperie prodotte dalla irruzione della crisi dei mutui *subprime* e dalla relativa trasformazione in crisi dei debiti sovrani. In tale rinnovato contesto, sono emersi

²¹ Sul punto, cfr. E. PAPARELLA, *La BCE e l'ambivalente uso dell'indipendenza nella crisi della zona euro*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2016, 3 ss., e bibliografia ivi citata.

²² A. MANZELLA, *Il «vincolo europeo» sul governo dell'economia*, in AA.VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, 1489.

drammaticamente la fragilità dell'assetto istituzionale dell'UEM e gli squilibri significativi di fatto esistenti tra le economie dei paesi membri e nelle relative bilance di pagamento fino ad allora compensati dall'afflusso di capitali sotto forma di sottoscrizione di titoli di stato nei paesi periferici dell'eurozona.

Il vaso di Pandora è stato scoperto; la speranza è stata riposta nel "diritto europeo della crisi".

3. La persistente influenza delle teorie ordoliberali e monetariste sulle strategie di crisis prevention e di crisis management

La crisi ha certificato le lacune e le contraddizioni di un sistema di *governance* economica e monetaria fondato sull'assunto per cui ai fini di una equilibrata crescita economica e della coesione sociale fosse bastevole la salvaguardia della stabilità dei prezzi, della moneta e di finanze pubbliche sane. Nella stagione dell'emergenza economico-finanziaria, la trasformazione del debito privato in crisi "del debito sovrano" dei paesi periferici, da un lato, e le spinte distorsive provenienti dalla finanza speculativa hanno prodotto un arresto asimmetrico della crescita economica e sociale e un approfondimento degli squilibri tra i Paesi dell'eurozona. Al cospetto di ciò, l'UE si è trovata priva di antidoti e di strumenti di gestione adeguati. L'assenza di un sistema di integrazione fiscale e di idonee basi giuridiche ispirate ad un efficace spirito solidarista²³ hanno precluso interventi perequativi a favore dei Paesi gravati da crescenti *deficit* impendendo altresì la possibilità di compensare il divieto per la BCE e per gli Stati membri di intervenire in soccorso del crescente debito pubblico degli Stati periferici. Cosicché, "la crisi economica, si è tradotta, ben presto, in una crisi istituzionale inseritasi nello iato, aperto a Maastricht, tra direzione della politica monetaria e gestione delle politiche economiche" (fiscali e di bilancio)²⁴.

²³ In effetti, in tale ambito l'unica disposizione dei trattati espressiva del principio di solidarietà (l'art. 122, par. 2 TFUE, contemplante la possibilità per l'UE di accordare a determinate condizioni assistenza finanziaria agli Stati membri interessati da calamità o da circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo) in presenza di un bilancio europeo fondato su poche risorse proprie dell'Unione ha esibito il suo limitato rilievo in occasione della relativa attuazione con il regolamento UE/2010/407 istitutivo del *European Financial Stabilization Mechanism* (EFSM) attivato per programmi transitori di sostegno a favore di Grecia, Irlanda e Portogallo.

²⁴ C. CARUSO, *Vincoli di bilancio*, cit., 6.

In tale contesto, i rimedi escogitati, come è noto, sono stati posti in essere con atti tipici di diritto derivato, con accordi internazionali tra Stati membri dalle caratteristiche assolutamente originali²⁵ e sulla base di strumenti non convenzionali di politica monetaria sperimentati dalla BCE. Si tratta ora di verificare, sia pur in termini essenziali, se le significative innovazioni introdotte dal diritto europeo della crisi e le inedite misure della BCE risultano coerenti o meno con i paradigmi teorici accolti nel sistema dei trattati e se esse sono sintomatiche delle lacune e delle aporie in esso presenti. A tal fine, saranno brevemente raffrontate le principali misure e riforme adottate rispettivamente nell'ambito della strategia di *crisis prevention* e nel quadro delle politiche di *crisis management*²⁶. L'avvertenza preliminare è che i due ambiti di intervento, come avremo modo di vedere, si presentano talvolta strettamente intrecciati sul piano formale oltre che su quello materiale.

Per quanto riguarda la strategia di *crisis prevention*, è noto che l'errata diagnosi sulle ragioni della crisi (ricondotte prevalentemente alla fragilità dei conti pubblici dei c.d. Stati periferici dell'UEM)²⁷, ha condotto all'introduzione di rimedi tesi all'irrigidimento delle politiche di bilancio e delle procedure di sorveglianza multilaterale (di cui agli artt. 121 e 126 TFUE). In tale ambito, sono state apportate significative innovazioni alla *governance* economica europea innanzitutto grazie ad un vigoroso rafforzamento del braccio preventivo e di quello correttivo/successivo del Patto di stabilità e crescita. Il tentativo è stato quello di perseguirne le finalità (appunto di stabilità e crescita) rendendo quanto più possibile

²⁵ Cfr., fra gli altri, G. NAPOLITANO, *L'incerto futuro della nuova governance europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 145 ss. il quale, in relazione ai due trattati internazionali firmati nel 2012 (concernenti rispettivamente il MES e il *Fiscal Compact*), osserva che, pur essendo provvisoriamente tenuti al di fuori del sistema di diritto dell'UE, essi prevedono per il loro funzionamento un significativo ruolo delle istituzioni europee, salvo che per il Parlamento europeo, sì da configurarsi come "ibridazione" tra gli strumenti del diritto internazionale e quelli dell'UE.

²⁶ Tale distinzione, oltre che ormai di comune impiego nella letteratura scientifica, è suffragata anche da alcune precisazioni rinvenibili nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione secondo cui alcune disposizioni normative hanno natura preventiva in quanto sono dirette "a ridurre per quanto possibile il rischio di crisi del debito sovrano"; in tal senso, esse si distinguono da altre norme e strumenti che invece mirano a "gestire crisi finanziarie che potrebbero sopravvenire malgrado le azioni preventive eventualmente intraprese". Cfr. Corte giust., sentenza 27 novembre 2012, *Thomas Pringle vs. Gouvernement of Ireland e altri*, par. 59.

²⁷ Sul punto, nella letteratura economica, con argomentazioni convincenti, cfr. L. FANTACCI - A. PAPETTI, *Il debito dell'Europa*, cit., 23 ss.

effettiva la tradizionale ricetta incentrata sulla “coppia magica” austerità e riforme strutturali²⁸. Quest’ultima, anche nella stagione della crisi viene assunta come idonea ad assicurare un graduale risanamento dei crescenti disavanzi pubblici e una maggiore competitività. Si è così definita una minuziosa proceduralizzazione della sorveglianza multilaterale che ha investito tanto i rapporti verticali tra Ue e Stati membri che quelli orizzontali all’interno dell’assetto istituzionale sovranazionale. Nell’ambito dei primi, si è conseguito un maggiore accentramento in capo alle istituzioni sovranazionali mediante un rafforzamento delle funzioni di coordinamento e di vigilanza *ex ante* ma anche di quelle concernenti il controllo e la correzione *ex post* degli squilibri macroeconomici dei singoli Stati membri²⁹; nella dimensione orizzontale, i rapporti tra Commissione e Consiglio dell’Unione sono stati disciplinati sulla base di regole più stringenti ai fini dell’accertamento di un disavanzo eccessivo, della conseguente indicazione dei rimedi correttivi e dell’eventuale inflizione di sanzioni finanziarie agli Stati membri che non vi abbiano dato seguito³⁰.

A sostegno di tali innovazioni è intervenuto il c.d. *Fiscal compact* introdotto dagli Stati membri sulla base di circuiti integrativi esterni ai Trattati (sebbene il relativo accordo internazionale ne contempli la incorporazione nell’ordinamento UE entro il 2017)³¹. Prescrivendo che la

²⁸ L’espressione è mutuata da F. LOSURDO, *Stabilità e crescita da Maastricht al Fiscal compact*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2015, 111 s., a parere del quale tale coppia magica costituisce un “vero e proprio imperativo costituzionale della globalizzazione”.

²⁹ Sul punto, P. BILANCIA, *La nuova governance dell’Eurozona e i “riflessi” sugli ordinamenti nazionali*, in *federalismi.it*, 2012, 15. Rispetto al maggiore accentramento di funzioni in capo alle istituzioni sovranazionali, in particolare della Commissione europea, è particolarmente significativa l’introduzione del c.d. “semestre europeo” e di quello nazionale, istituiti dal Consiglio europeo del 7 settembre 2010, delineante una procedura di sorveglianza multilaterale preventiva dei bilanci statali e delle politiche strutturali finalizzata a garantirne la coerenza con le regole quantitative di cui al Patto di stabilità e crescita e con la strategia e gli obiettivi decennali proposti dalla Commissione per la promozione di crescita e occupazione (attualmente, la c.d. strategia Europa 2020).

³⁰ In generale, sul rafforzamento complessivo della *governance* economica europea si vedano le diverse previsioni contenute nel pacchetto di cinque regolamenti e una direttiva (il c.d. *six pack* approvato dal Consiglio nel 2011) e, in particolare, nei regolamenti 1176 e 1174 del 2011 che disciplinano peraltro la procedura di voto a maggioranza qualificata “invertita”, in base alla quale le raccomandazioni adottate dalla Commissione nel braccio correttivo/successivo del Patto di stabilità e crescita si intendono accettate a meno che il Consiglio non si opponga con un voto deliberato a maggioranza qualificata.

³¹ Sottoscritto nel 2012 da tutti gli Stati membri dell’UE, eccetto il Regno Unito e la Repubblica ceca, tale accordo internazionale non è stato ancora integrato nel diritto UE nonostante la Commissione, individuando quale base giuridica l’art. 126, par. 14, co. 2,

regola del pareggio di bilancio in esso prevista sia tradotta negli ordinamenti nazionali (preferibilmente a livello costituzionale)³², il *Fiscal compact* mira evidentemente a rafforzare, anche dall'interno degli stessi ordinamenti statali, il processo di integrazione delle politiche fiscali nazionali. A tal fine, il pareggio di bilancio, e a maggior ragione il necessario rientro dal debito eccedente per conseguire entro un ventennio il parametro del 60% nel rapporto debito/Pil, introducono vincoli che, non tenendo conto delle specifiche e significative differenze tra le condizioni economiche dei singoli Stati membri, innestano germi ulteriori per l'insorgere di più spinte dinamiche di competitività e di concorrenza tra Stati mediante una "misura di politica economica a "taglia unica" applicabile a tutti i paesi" sottoscrittori³³.

Senza che sia necessario soffermarsi a lungo sul punto, tali riforme ruotano intorno al necessario rispetto dei parametri del patto di stabilità riaffermando con maggiore vigore l'adesione dell'UEM, e più in generale dell'UE, agli orientamenti teorici di matrice ordoliberal e monetarista nonché alle relative indicazioni: primato della dottrina delle regole, rigore finanziario e competitività, neutralizzazione della dimensione politica. Queste ultime vengono infatti dotate di maggiore incisività ed efficacia grazie al rafforzamento del coordinamento e della sorveglianza multilaterale delle politiche economiche e di bilancio nazionali ma anche per effetto della relativa proiezione negli ordinamenti statali (*sub specie*, delle regole previste nel *Fiscal compact*) con conseguente accentuazione delle dinamiche di neutralizzazione della dimensione squisitamente politica nel governo dell'economia. Per di più, l'adesione a tali indicazioni continua ad andare di pari passo con il rafforzato tentativo di realizzare quelle condizioni di omogeneità indicate dalla teoria delle aree valutarie ottimali come requisiti essenziali per un'area valutaria unica. In fondo, anche a ciò mirano le pressanti richieste agli Stati di misure di austerità e di riforme strutturali.

Le conseguenze dei rimedi escogitati, unidirezionalmente orientati in funzione delle esigenze del rigore finanziario e della stabilità dei conti pubblici, sono ravvisabili su piani distinti sebbene inestricabilmente connessi

TFUE, abbia a tal fine esercitato la propria iniziativa legislativa. Cfr. proposta di direttiva del Consiglio del 6 dicembre 2012 che stabilisce disposizioni per rafforzare la responsabilità di bilancio e l'orientamento di bilancio a medio termine negli Stati membri, COM (2012) 824.

³² La scelta di costituzionalizzare il pareggio di bilancio è stata adottata in Italia e in Spagna che sul punto hanno (in)seguito il 'virtuoso' precedente tedesco del 2009 dal quale ha peraltro tratto alimento il circolare processo che ha condotto alla fissazione di siffatta regola nel *Fiscal compact*.

³³ Così, FADDA, *Unione europea. Una governance economica da cambiare*, in *Argomenti*, 2014, 11.

e reciprocamente condizionantisi nel processo di integrazione europeo. Su quello interno, le conseguenti misure di austerità statali hanno sottoposto ad inedite tensioni la tenuta della coesione sociale e dei nessi solidaristici che innervano i sistemi nazionali di *welfare* producendo peraltro effetti recessivi nell'andamento del ciclo economico nazionale (e, dunque, a ben vedere controproducenti, al di là degli apparenti benefici di breve periodo, anche in relazione al rapporto debito/Pil); sul piano sovranazionale, esse hanno esacerbato le incongruenze e le contraddizioni irrisolte dell'UEM intensificando con inedita forza il processo di trasferimento di sovranità economica nazionale in assenza di istituzioni veramente comuni e responsabili; infine, su quello transazionale, le soluzioni prescelte hanno accentuato le dinamiche di competitività tra Stati all'interno dello spazio europeo nonché gli squilibri territoriali tra Paesi virtuosi e quelli affetti da risalenti problemi strutturali di debito pubblico³⁴.

Ora, rispetto all'ultimo profilo richiamato si impone una doverosa precisazione atteso che il diritto della crisi ha dato luogo ad un timido germoglio nel coordinamento e nella vigilanza sovranazionale delle politiche economiche degli Stati. Si tratta dell'istituzione, nell'ambito del *Six Pack*, della procedura di controllo e correzione degli squilibri macroeconomici (MIP) tesa a ridurre gli avanzi commerciali dei Paesi virtuosi ma in *surplus* al fine di attenuare forme di concorrenza fra Stati e di stimolare una ripresa più equilibrata di tutta l'Eurozona. Un tenue bagliore di luce che lascia ben sperare ma che, tuttavia, ad oggi non pare abbia sortito adeguati effetti compensativi idonei a loro volta ad attenuare gli stimoli alla competizione tra Paesi in *surplus* e Stati in *deficit* (e al loro interno) che le regole e le dinamiche di funzionamento della *governance* economica europea nel loro insieme producono. Pertanto, mancano tuttora adeguati meccanismi "in grado (...) di compensare l'austerità fiscale somministrata ai paesi debitori con politiche espansive attuate dai paesi creditori, in modo da promuovere un rilancio complessivo dell'area euro"³⁵.

In relazione alle politiche di *crisis management*, giova innanzitutto precisare che alcune misure sembrerebbero avere introdotto "un inedito

³⁴ Sulla prevalenza nella costruzione dell'edificio comunitario, ed anche nelle recenti innovazioni istituzionali della *governance*, di istanze competitive rispetto alla previsione di istituti preordinati a preservare e implementare legami di solidarietà tra gli Stati membri, cfr. MOSTACCI, *Il fascino discreto della competizione. Legami di solidarietà e pressione competitiva nel processo di integrazione europea*, in *dpce.it*, 2015.

³⁵ Così, LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016, 67.

principio “dell’intervento di sostegno” nella costituzione economica dell’Unione”³⁶. In tale ambito, viene innanzitutto in rilievo l’introduzione progressiva di appositi strumenti chiamati a fronteggiare con l’erogazione di appositi aiuti finanziari la crisi dei debiti sovrani di alcuni Stati membri dell’area euro nonché le problematiche implicazioni degli alti tassi di interesse dei relativi titoli di debito pubblico. Le misure di assistenza finanziaria messe in atto inizialmente sulla base di strumenti finanziari significativamente diversi sono state successivamente sostituite da quelle associate al Meccanismo europeo permanente di stabilità (MES) istituito dagli Stati membri dell’eurozona sulla base di un accordo internazionale per il quale è stata predisposta un’apposita base giuridica nel sistema dei trattati grazie ad una revisione semplificata dell’art. 136 TFUE³⁷. Tale strumento di intervento apre una breccia nella *Comunità di stabilità* e nei rigidi divieti chiamati a presidiarla incidendo con forza derogatoria sul divieto di salvataggio e sul corrispondente principio della esclusiva responsabilità degli Stati nella gestione delle rispettive finanze pubbliche. Di talché, l’innescio di tale meccanismo derogatorio, attesa la sua astratta inidoneità a scongiurare politiche di *decifit spending*, rischierebbe di pregiudicare il rispetto di uno dei valori super-primari da parte degli Stati membri, quello delle finanze pubbliche sane.

Se così è, le innovazioni introdotte con il MES potrebbero essere lette come l’affermazione nel diritto europeo della crisi di un “pilastro della solidarietà e degli aiuti”³⁸ che, in quanto tale, sembrerebbe ispirarsi a matrici teoriche e culturali diverse rispetto a quelle propriamente ordoliberali e/o monetariste che hanno permeato l’origine e l’evoluzione del processo di integrazione europea. Non a caso, secondo una parte della dottrina, il meccanismo in esame esprimerebbe il tentativo di affermare “un originale *principio di solidarietà responsabile interstatale*” suscettibile di “svolgere una funzione costituente” e in grado di produrre una spinta propulsiva verso “un’unità economica non limitata ai vincoli di bilancio, ma implicante anche

³⁶ Così, ma in termini dubitativi, E. PAPARELLA, *La BCE e l’ambivalente uso*, cit. 13.

³⁷ Anche in tal caso, con la sottoscrizione del MES (e ancora prima, dell’EFSF) ci si è affidati a “circuiti di integrazione “esterni” al sistema dei Trattati, a “sotto-sistemi” ibridi che in parte mutuoano, e in parte escludono, le istituzioni dell’Unione europea” e degli Stati membri. Così, P. BILANCIA, *Il governo dell’economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, 326.

³⁸ Così, ma in termini dubitativi, LIGUSTRO, *La crisi dell’euro*, cit., XXII.

politiche fiscali e di protezione sociali comuni”³⁹. Tale conclusione, per quanto desiderabile nei possibili esiti prefigurati, impone alcune brevi quanto necessarie precisazioni. Essa trascura che gli stessi difficilmente potranno conseguirsi sulla base dei moduli organizzativi e delle logiche di funzionamento che caratterizzano il MES e il relativo sistema di assistenza finanziaria agli Stati in difficoltà. Questi ultimi, accentuando il metodo intergovernativo (sebbene apprezzabilmente attenuato per effetto del regolamento UE n. 472/2013⁴⁰) e il deficit democratico dell’UE⁴¹, rifacendosi a letture riduttive e utilitaristiche della solidarietà e unicamente ispirati dal fine ultimo di assicurare gli investitori privati sulla solvibilità degli Stati in difficoltà finanziarie, risultano inadatti a promuovere percorsi costituenti all’insegna di un’autentica solidarietà, ispirata anche a fini di giustizia sociale⁴².

Ora, deve innanzitutto osservarsi che l’attivazione della solidarietà finanziaria interstatale a favore di uno o più stati membri è possibile solo qualora le relative difficoltà finanziarie siano tali da mettere a rischio la stabilità finanziaria della zona euro nel suo insieme⁴³. Infatti, l’esigenza di preservare quest’ultima è l’unico presupposto per attivare l’assistenza del MES senza violare l’art. 125 TFUE. Di talché, la solidarietà interstatale viene assunta non come valore e fine in sé ma come strumento di gestione delle crisi finanziarie il cui utilizzo è circoscritto a ipotesi del tutto eccezionali e unicamente in funzione di preservare la stabilità finanziaria complessiva dell’UEM. Una solidarietà finanziaria, dunque, non del tutto

³⁹ Così MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 79 ss.

⁴⁰ Tale regolamento, nel tentativo di riportare almeno in parte l’attività intergovernativa del MES nell’ambito del diritto dell’UE, prevede che il progetto di un programma di aggiustamento macroeconomico, elaborato da uno Stato membro che intenda richiedere assistenza finanziaria da parte del MES, debba essere approvato dal Consiglio a maggioranza qualificata su proposta della Commissione alla quale spetta inoltre assicurare la conformità a tale programma delle condizioni per la concessione di assistenza finanziaria (definite nei *Memoranda of Understanding*). Sulle conseguenze di tale innovazione sul rapporto tra il diritto dell’Unione e il MES, cfr. P. MENGOZZI, *La crisi dell’area euro ed il perseguimento di un equilibrio tra stabilità, democrazia e diritti fondamentali*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2015, 575-579.

⁴¹ Sul punto, cfr. P. BILANCIA, *La nuova governance dell’eurozona: alla ricerca del demos*, in F. ANGELINI - M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012, 32 ss.

⁴² M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, 346.

⁴³ Come si evince chiaramente dalla lettera del novellato art. 136 Tfu e come ha avuto modo di ribadire la Corte di giustizia nella sentenza *Pringle*, cfr. *supra*, nota 25.

“disinteressata” atteso che essa può concretizzarsi solo se consente vantaggi per tutti gli Stati della zona euro “derivanti dalla minimizzazione delle perdite”⁴⁴ che potrebbero aversi ove la crisi dei debiti sovrani di uno o più Stati membri dovesse estendersi all’intera zona euro. Certo, non può negarsi che al verificarsi di tali circostanze eccezionali gli Stati membri dispongono quantomeno di uno strumento “anti-*spread*” e di risorse comuni attraverso cui rendere operante una embrionale forma distributiva di condivisione del rischio⁴⁵ in sostanziale deroga al rigido divieto di salvataggio contemplato nel diritto primario dell’UE. Nondimeno, il caro prezzo da corrispondere da parte degli Stati membri assistiti solleva non pochi dubbi sul sostanziale abbandono nelle fasi di emergenza finanziaria delle matrici teoriche innanzi richiamate.

Al riguardo, è noto che il novellato art. 136 Tfu subordina l’adozione delle misure di salvataggio ad una forte condizionalità politica implicante la realizzazione di obiettivi di stabilità finanziaria nell’ambito di una più stringente *governance* economica definita e operante al di fuori del sistema normativo dell’UE⁴⁶. In particolare, l’assistenza finanziaria viene erogata a condizione che gli Stati beneficiari realizzino un programma di correzioni macroeconomiche incentrato su misure di austerità e riforme strutturali. La stessa Corte di giustizia in più passaggi della sentenza *Pringle* ha affermato che è proprio il principio di condizionalità a garantire che il MES nel suo funzionamento rispetti il diritto dell’Unione⁴⁷. Esso, infatti, a fronte di una deroga al divieto di salvataggio, consente comunque di soddisfarne la relativa *ratio* e l’esigenza di scongiurare condotte di *moral hazard* degli Stati membri beneficiari precludendo agli stessi la definizione di politiche economiche e di bilancio incompatibili con il criterio direttivo delle finanze pubbliche sane e con le stesse regole previste dal *Fiscal compact*. Di qui, l’intreccio tra la strategia di *crisis prevention* e le politiche di *crisis management* certificato dal preambolo del Trattato MES nel quale si afferma espressamente che la concessione di assistenza finanziaria è subordinata alla

⁴⁴ C. CARUSO, *Vincoli di bilancio*, cit., 12.

⁴⁵ Cfr. G. NAPOLITANO, *Il meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell’Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 468.

⁴⁶ Nella stagione dell’emergenza economico-finanziaria si è così definita una “doppia *governance* dell’Unione europea”, quella disciplinata dai Trattati e quella introdotta dagli strumenti di gestione della crisi affidata prevalentemente alla c.d. *troika* (Commissione, Banca centrale europea e Fondo monetario internazionale). In tal senso, UNDIEMI, *Il ricatto dei mercati. Difendere la democrazia, l’economia reale e il lavoro dall’assalto della finanza internazionale*, Milano, 2014, 49 s.

⁴⁷ Cfr., i parr. 72 e 73 di tale sentenza.

ratifica del *Fiscal compact* ed in particolare al rispetto delle relative regole introdotte a livello nazionale preordinate alla correzione automatica delle deviazioni significative dall'obiettivo di medio termine o dal percorso di graduale avvicinamento a siffatto obiettivo.

Alla luce di quanto precede, si impone una duplice osservazione. Il meccanismo di stabilizzazione finanziaria, sia pur debolmente (considerata la significativa distanza che lo separa dal perseguimento di finalità di giustizia sociale), lascia trasparire timidissimi germogli di forme di condivisione del rischio e di embrionali forme distributive in un sistema di inestricabili interdipendenze connesse al mercato e alla moneta comune. D'altra parte, le ricette ordoliberali e monetariste (rigore finanziario e competitività, stabilità e crescita economica, dottrina delle regole e neutralizzazione della dimensione politica) riemergono con forza ancora maggiore grazie al principio di condizionalità e alle inedite e più efficace modalità di realizzazione delle misure di austerità e delle riforme strutturali negli Stati membri destinatari dell'assistenza finanziaria.

Motivi di spazio non ci consentono di analizzare esaustivamente le inedite misure di *crisis management* adottate dalla BCE (il Piano *Outright Monetary Transaction – OMT* – ma anche il *Quantitative easing – QE*). In tale sede, può solo osservarsi che è dal crescente protagonismo della BCE nel fronteggiare le diverse problematiche poste dalla crisi che si evince una più decisa tendenza a smarcarsi dalle matrici teorico-culturali (della NMC) che hanno ispirato le scelte dei Trattati in materia di politica monetaria. Più precisamente, gli strumenti di politica monetaria non convenzionale esprimono una chiara (e proficua) riluttanza rispetto al puro *monetary targeting* e alla dottrina monetarista sulla neutralità della moneta. Entrambi gli strumenti, infatti, posti in essere per fronteggiare situazioni di emergenza diverse (l'innalzamento sproporzionato dello *spread* e la crisi dei debiti sovrani in alcuni Paesi mediterranei, il piano *OMT*, e una situazione di deflazione diffusa, il *QE*), perseguono le rispettive finalità sulla base di una concezione della moneta come “forza ‘attiva’”⁴⁸ mirante a stabilizzare l'economia e ad incidere sulle variabili reali della stessa (produzione e occupazione) attraverso politiche monetarie espansive. La BCE, in un contesto inedito e particolarmente problematico (caratterizzato altresì da elevata disoccupazione e da bassa crescita) ha preso sostanzialmente atto dell'insufficienza degli strumenti ad essa originariamente attribuiti in una situazione economica e congiunturale caratterizzata da una forte enfasi sulla

⁴⁸ BUFFONI, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso 'decisivo'*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2016, 14.

lotta all'inflazione. La crescente consapevolezza che in tale contesto occorrono stimoli, non freni, ha dato luogo ad una significativa evoluzione del ruolo istituzionale della BCE nell'UEM.

D'altro canto, la tendenza della BCE a porre in essere politiche monetarie espansive sottopone a crescenti tensioni e forzature il "principio di struttura"⁴⁹ accolto nel sistema dei trattati in ordine al rapporto di rigida separazione tra politica monetaria (accentrata) e politiche economiche (coordinate dall'Unione ma decentrate a livello nazionale). È rispetto a tale principio che il piano *OMT* e il *QE* evidenziano in modo emblematico le lacune del diritto primario dell'UE, i limiti intrinseci ma anche il sostanziale superamento della netta demarcazione tra governo della moneta e direzione dell'economia. Le finalità complessive perseguite dagli strumenti non convenzionali (quelle della stabilità dei prezzi ma anche quelle della stabilità finanziaria dell'eurozona, della crescita e dell'occupazione) hanno reso evidente la contiguità, la complementarità e l'interrelazione tra politiche economiche e monetarie all'interno della *governance* europea nonché la fluidità e intercambiabilità dei relativi obiettivi. Se così è, non può non osservarsi una più marcata tendenza degli organi neutrali e indipendenti a porre in essere (o ad essere investiti di) una qualche forma di *supplenza* che risulta per molti versi comprensibile e forse anche necessaria allorché gli organi politici di ogni sistema istituzionale presentano difficoltà di intervento. E ciò vale non solo per la BCE, che con l'introduzione delle politiche monetarie non convenzionali ha evidentemente forzato la lettera dei trattati e la separazione verticale tra le due sfere di attività (monetaria ed economico-fiscale); ma anche per le giurisdizioni (costituzionali ed europea) le quali, proprio in relazione al piano *OMT* e al *QE*, sono state destinatarie di crescenti istanze di supplenza riguardo alle scelte politiche fondamentali sull'ordinamento 'costituzional' dell'Unione⁵⁰. Per altro verso, giova altresì osservare che tali tendenze, prescindendo in questa sede dai

⁴⁹ M. BENVENUTI, *Democrazia*, cit., 49.

⁵⁰ Ne è una conferma il duplice rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca alla Corte di giustizia: il primo, avente ad oggetto il piano *OMT*, dichiarato dal giudice dell'Unione compatibile con il sistema dei Trattati (Corte giust., Grande sez., 16 giugno 2015, *Gauweiler et alii c. Governo federale tedesco*.; il secondo, sempre su impulso del Tribunale costituzionale tedesco, ha successivamente investito anche il *QE* ed è in attesa di essere esaminato dalla Corte di giustizia. Sulla prima questione, cfr. PISANESCHI, *Legittimo secondo la Corte di Giustizia il piano di allentamento monetario (OMT) della BCE. Una decisione importante anche in relazione alla crisi greca*, in *federalismi.it*, 2015; sulla seconda, cfr. ZEI, *La politica monetaria della BCE di nuovo al vaglio del Tribunale costituzionale federale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2017.

potenziali conflitti tra Corti cui esse possono dar luogo in ordine alla determinazione dei fluidi confini tra gli atti di politica monetaria e quelli di politica economica, producono evidentemente una problematica accentuazione del tradizionale *deficit* democratico dell'UE. Ma probabilmente anche questa è una conseguenza dell'accoglimento generale e sistemico del "neo-liberalismo come sistema e come azione"⁵¹, della connessa spoliticizzazione e neutralizzazione dei conflitti sociali in ambito interno nonché dell'attribuzione ad organismi indipendenti dalle politiche nazionali del compito di presidiare le regole e i principi fondanti dell'ordine giuridico del mercato, *in primis* la tutela della concorrenza, chiamato ad operare in un ambito di stabilità monetaria.

4. Le prospettive future dell'Unione che ci viene consegnata dal 'diritto della crisi' alla prova dei 'fatti' tra stabilità finanziaria, competitività, crescita economica e solidarietà

In sede conclusiva, si tratta di tirare le somme dando la parola ai 'fatti'. D'altronde, sono questi ultimi a fornirci risposte più attendibili su quale Unione ci viene consegnata dal diritto europeo/nazionale della crisi e sul grado della relativa efficacia rispetto alle problematiche poste con durezza e incessante mutevolezza dall'emergenza economico-finanziaria. E i fatti rilevanti che purtroppo abbiamo avuto modo di constatare nell'ultimo decennio ci parlano di un inedita stagnazione, se non di vera e propria recessione, che ha caratterizzato l'andamento del ciclo economico della zona euro (il cui Pil complessivo fino al 2016 è risultato costantemente inferiore a quello osservabile prima del 2008); di significative e asimmetriche divergenze nei tassi di crescita potenziali e reali degli Stati membri; di un calo vertiginoso degli investimenti che restano inferiori ai livelli pre-crisi salvo un aumento asimmetrico degli stessi nell'ultimo anno; di accentuate tendenze deflative negli anni più recenti⁵²; di un innalzamento inedito dei tassi di disoccupazione (che solo a partire dal 2015 comincia a registrare un'asimmetrica e oscillante inversione di rotta); di una crescita senza precedenti delle diseguaglianze sociali all'interno dei (e tra i) singoli Stati; dello scivolamento impietoso di molti cittadini europei al di sotto delle

⁵¹ C. LAVAL, *Comment le néolibéralisme s'est radicalisé avec la crise*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, 2016, 6-10.

⁵² Per la consultazione di tali dati, cfr. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/National_accounts_and_GDP/it.

soglie di povertà assoluta e relativa⁵³; dell'innesto nel processo integrativo di dinamiche disgregative connesse alla *Brexit* e, *last but not least*, della proliferazione di movimenti populistici e anti-europeisti che, catturando il diffuso malessere sociale, accrescono significativamente il relativo consenso elettorale.

Lungi dal poterci soffermare analiticamente su tali evidenze empiriche e sui relativi nessi, è agevolmente intuibile che l'Unione, nonostante la recente ripresa economica nell'eurozona che tuttavia risulta tuttora "fragile e disomogenea"⁵⁴ nonché già sottoposta a una repentina quanto preoccupante inversione di tendenza, è afflitta da una vera e propria "crisi esistenziale"⁵⁵. Certo, ritenere che quest'ultima affondi le radici unicamente nella prolungata fase di emergenza economico-finanziaria e nelle 'contro-misurE adottate per fronteggiarne gli effetti sarebbe estremamente riduttivo (oltre che del tutto infondato); d'altro canto, non può negarsi che esse hanno prodotto un evidente effetto moltiplicatore ai fini della relativa emersione.

Se così è, e se 'i fatti', come si diceva, destano ancora oggi preoccupazione, l'agevole conclusione che se ne può trarre è che il diritto europeo della crisi ci consegna un'Unione (economica e monetaria) che ha esibito una *performance*⁵⁶ per molti versi inidonea a fronteggiare efficacemente le innumerevoli problematiche emerse ed esasperate dalla emergenza finanziaria e di seguito anche economica. Tale consapevolezza, del resto, acquista un peculiare significato al di là delle recenti vicende congiunturali atteso che, in contesti sempre più interdipendenti ma privi di un'adeguata regolamentazione dei processi di globalizzazione, il rischio di turbolenze finanziarie nei mercati e di attività speculative è sempre in agguato (attese le repentine oscillazioni delle aspettative e della fiducia nei confronti degli Stati e delle rispettive economie).

Beninteso, non che il sistema normativo-istituzionale sovranazionale fosse attrezzato per fronteggiare le inedite problematiche poste dall'acuirsi

⁵³ Per una consultazione delle statistiche relative alla povertà e alle disparità di reddito nell'UE, cfr. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Income_distribution-statistics/it.

⁵⁴ Come hanno avuto modo di precisare recentemente il commissario per gli affari economici e finanziari, Pierre **Moscovici**, nell'ambito delle raccomandazioni specifiche per paese (pubblicate il 22 maggio 2017) e l'intera Commissione nel libro bianco sul futuro dell'Europa (1 marzo 2017).

⁵⁵ A.J. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Review*, 2013.

⁵⁶ ... mutuando una terminologia ricorrente nelle molteplici valutazioni che caratterizzano le dinamiche di funzionamento della c.d. *governance* multilivello.

della crisi e dall'estensione degli attacchi speculativi anche a Paesi diversi della Grecia (Irlanda, Portogallo, Spagna e Italia); anzi, come si è avuto modo di osservare la crisi ha fornito la controprova delle lacune e dei principali nodi problematici che affliggono da tempo il processo integrativo rispetto ai quali le innovazioni introdotte dal diritto della crisi hanno costituito un tentativo di porvi rimedio al fine di dotare l'UEM di antidoti maggiormente efficaci. Sotto tale profilo, alle incisive riforme della *governance* economica europea e all'evoluzione del ruolo istituzionale della BCE nell'UEM non può disconoscersi il merito di avere scongiurato il rischio di un vero e proprio *default* finanziario dei Paesi dell'area mediterranea salvaguardando, viste le fortissime interconnessioni tra le economie nazionali all'interno dell'UEM, la stabilità finanziaria dell'intera eurozona e la stessa sopravvivenza dell'euro. Cionondimeno, non può e non deve essere sottaciuto che, le evidenze empiriche e i fatti di cui sopra evidenziano crescenti e sempre più disomogenee sofferenze sociali nonostante e anche per effetto del conseguimento di quegli apprezzabili esiti.

Pare, dunque, di potere affermare che, nonostante i timidi germogli cui si è fatto cenno, il diritto europeo della crisi abbia promosso, sulla scia dell'impostazione accolta dai Trattati, la prevalenza di istanze competitive e di concorrenza fra Stati e relative norme⁵⁷ sugli istituti che alimentano nessi e istanze di solidarietà tra cittadini europei e Stati membri (e all'interno di questi). Infatti, molto si è fatto (e si sta facendo) per conseguire la stabilità di bilancio e monetaria; poche e (al momento) inefficaci sono state invece le iniziative per assicurare una crescita economica più equilibrata e una certa coesione sociale all'interno e tra gli Stati membri (che anzi per molti versi sono state sacrificate sull'altare della stabilità finanziaria). Si impone pertanto la necessità di trarre le dovute conseguenze sul piano istituzionale-normativo (e ancor prima su quello politico) dalla preliminare considerazione dei fatti e delle evidenze empiriche valorizzando il rinnovato e complessivo quadro dei valori e degli obiettivi definito con il Trattato di Lisbona (all'interno del quale si moltiplicano i riferimenti alla crescita economica equilibrata ma anche alla solidarietà, alla piena occupazione, al progresso sociale e alla lotta contro l'esclusione sociale).

⁵⁷ Al riguardo, sia pur a fini diversi rispetto a quelli ora in esame, in dottrina è stato opportunamente osservato che “una concorrenza fra Stati, una concorrenza sulle regole è altra cosa da una concorrenza fra imprese sulla qualità e sui costi dei beni e dei servizi offerti. La concorrenza fra imprese dovrebbe essere generalmente benefica. Non così quella fra Stati”. Cfr. CERRI, *La crisi economica e le prospettive europee*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2014, 458.

In tale prospettiva, si deve dare atto che nell'ultimo quadriennio in ambito sovranazionale e, in particolare, nella Commissione la stabilità finanziaria nella zona euro e nell'intera UE non è più l'unica esigenza di cui tenere ossessivamente conto. Nel vocabolario europeo si fa sempre più riferimento anche alla crescita economica e alla connessa esigenza di favorire la leva degli investimenti sottoponendo a una certa tensione l'adesione incondizionata alla dottrina delle regole. Ne sono esemplari testimonianze il Piano di investimenti strategici per l'Europa (presentato dalla Commissione il 26 novembre 2014) e la comunicazione interpretativa della Commissione tesa a favorire una certa flessibilità nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme relative al Patto di stabilità e crescita⁵⁸. È evidente che il Piano di investimenti e la Comunicazione della Commissione tracciano un nuovo percorso di attuazione della c.d. strategia *Europa 2020* che, come è noto, persegue l'obiettivo di "una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" attraverso quella che viene presentata come una combinazione virtuosa di stabilità di bilancio e riforme strutturali⁵⁹. Più precisamente, il piano di investimenti strategici costituisce una delle iniziative faro astrattamente previste in *Europa 2020* per incentivare una crescita sostenibile e l'occupazione attraverso il Fondo europeo per gli investimenti strategici (FEIS), istituito con il regolamento (UE) 2015/2017 e gestito dalla Banca europea per gli investimenti (BEI). Mentre la comunicazione interpretativa della Commissione chiarisce che la spesa pubblica per investimenti produttivi (e dunque non solo gli apporti di capitale degli Stati alla dotazione finanziaria del FEIS ma più in generale quella connessa all'attuazione nazionale della politica europea di coesione) non sarà tenuta in considerazione, in presenza di una fase recessiva dell'economia, nell'ambito del braccio preventivo e correttivo del Patto di stabilità chiamati a presidiare il rispetto dei parametri relativi a deficit e debito pubblico.

Ora senza potere entrare approfonditamente nel merito delle regole di funzionamento del Piano di investimenti strategici per l'Europa, è sufficiente sottolineare che gli investimenti produttivi in esso prefigurati (e in corso di attuazione), mirano a favorire una crescita economica complessiva dell'intera Unione stimolando a tal fine l'addizionalità degli investimenti privati. Non è tuttavia prevista una specifica riserva e predeterminazione

⁵⁸ Cfr. COM(2015), *Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del Patto di stabilità e crescita*, 13 gennaio 2015.

⁵⁹ Cfr. COM(2010), *Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*.

delle destinazioni geografiche di tali investimenti produttivi la cui realizzazione viene subordinata al concorso di ingenti capitali e investimenti privati. Di talché, l'assenza di un criterio geografico nella ripartizione territoriale degli interventi, unitamente al necessario concorso di ingenti capitali privati, rendono facilmente prevedibile la destinazione territoriale di gran parte degli investimenti produttivi in esame. È infatti giocoforza presumere che gli investitori internazionali orienteranno le loro scelte in funzione di quegli investimenti produttivi che presentano più ampi margini di profitto e migliori garanzie che solo i contesti territoriali più competitivi sono maggiormente in grado di offrire. Non è un caso se la riforma del FEIS, approvata definitivamente il 12 dicembre 2017, oltre a prorogarne il funzionamento (fino alla scadenza del quadro finanziario pluriennale 2014-2020), si pone anche l'obiettivo di conseguire una ripresa *equilibrata* e sostenibile mirando ad incrementare la diffusione degli investimenti nelle "regioni meno sviluppate" e nelle "regioni in transizione"⁶⁰.

Come si può agevolmente intuire, tali iniziative, pur apprezzabili in sé, non costituiscono una decisa virata rispetto alle principali dottrine economiche, cui abbiamo fatto riferimento, e alle logiche di competizione e concorrenza tra Stati che caratterizzano le più generali regole di funzionamento della *governance* economica europea. Il rischio è quello di alimentare ulteriormente i profondi squilibri territoriali all'interno dell'Unione e di innestare nuova linfa alla tendenza di una ripresa asimmetrica delle economie nazionali. In tal senso, la nuova fase avviata dalla Commissione *Juncker* e gli itinerari di riforma intrapresi offrono una risposta debole e selettiva rispetto a tutte le criticità messe in rilievo dai 'fatti' innanzi richiamati prestando una prioritaria attenzione solo a quelle connesse alla drastica riduzione degli investimenti e della crescita economica complessiva nell'Unione. Per contro, restano tuttora inevase le questioni poste dalle crescenti diseguaglianze tra Stati membri, dall'approfondimento dei relativi divari di sviluppo economico e di competitività, dalla crescita senza precedenti delle diseguaglianze sociali e, infine, dalla significativa disomogeneità della debole ripresa complessiva del Pil. Né da tali evidenze empiriche sono state tratte coerenti indicazioni nel Rapporto dei cinque

⁶⁰ Ossia in quelle regioni che, ai sensi del Regolamento (UE) n. 1303/2013, hanno un Pil medio *pro capite* rispettivamente inferiore al 75% e ricompreso tra il 75 e il 90% del Pil medio europeo. Il che le rende destinatarie delle principali risorse dei Fondi europei strutturali di investimento nell'ambito della politica europea di coesione.

presidenti del 2015⁶¹ e nei cinque scenari delineati nel libro bianco della Commissione per la possibile evoluzione dell'UE a 27 entro il 2025. Se si prescinde dalla presa d'atto della necessità di rafforzare la procedura per gli squilibri macroeconomici⁶², il primo, come è stato sottolineato in dottrina, costituisce un tentativo di perfezionamento della dottrina delle regole attraverso l'istituzione di autorità nazionali per la competitività e di un Comitato europeo per le finanze pubbliche⁶³. Il secondo, negli scenari prospettati, non contiene alcun riferimento alla necessità di innestare nel processo integrativo una dimensione autenticamente costituzionale, assumendo il *deficit* di legittimazione costituzionale⁶⁴ “quale elemento consustanziale e non circostanziale (...) dell'Unione europea”⁶⁵. Non a caso, in dottrina, viene invocata la necessità di un sesto scenario⁶⁶. Né, infine, la recente istituzione del pilastro europeo dei diritti sociali⁶⁷ può considerarsi una sostanziale inversione di rotta rispetto alla persistente impossibilità di offrire adeguate soluzioni alla questione sociale europea. Pur non potendo soffermarci sul punto, giova solo osservare che esso, in assenza di un bilancio europeo di dimensioni adeguate e di una ridefinizione delle procedure decisionali, costituisce una mera (per quanto apprezzabile) presa d'atto della necessità di rafforzare i diritti sociali fondamentali rispetto alle libertà economiche, per il resto affidandosi prevalentemente a strumenti non vincolanti e, dunque, traducendosi in propositi dalla valenza meramente declamatoria o al più idonei a consolidare l'*acquis* sociale dell'Unione⁶⁸.

⁶¹ Il rapporto del 2015, come è noto, in continuità con quello dei quattro presidenti del 2012 (che ha registrato una parziale attuazione limitatamente all'Unione bancaria), mira a completare l'integrazione bancaria (anche in riferimento al mercato dei capitali) e a rafforzare quella di bilancio, economica e politica.

⁶² Tale rafforzamento, si afferma nel rapporto, dovrebbe avere luogo anche mediante la promozione di “riforme adeguate nei paesi che accumulano in modo persistente consistenti avanzi delle partite correnti”.

⁶³ Così, PINELLI, *L'eurozona fra dottrina delle regole e bisogno di governo*, in ANTONINI (a cura di), *La domanda inevasa*, cit., 148-152.

⁶⁴ Sul quale insiste opportunamente da tempo GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea*, Milano, 2009, 19 ss.

⁶⁵ M. BENVENUTI, *Democrazia*, cit., 45.

⁶⁶ SOMMA, *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*, Reggio Emilia, 2017, *passim*.

⁶⁷ Lanciata dalla Commissione europea, la proposta del pilastro europeo dei diritti sociali è stata fatta propria dal Consiglio europeo tenutosi a Gothenborg il 17 novembre 2017 in occasione del *Social Summit for Fair Jobs and Growth*.

⁶⁸ Sul punto, cfr. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 2017, 953-962.

Insomma, la consapevolezza di un necessario rilancio del progetto europeo, in assenza di incisive riforme del diritto primario dell'Unione, stenta ancora ad affrancarsi dal relativo orizzonte regolativo prevalentemente incentrato sulla convivenza tra stabilità finanziaria, da un lato, e obiettivi di maggiore competitività e di *crescita economica*, dall'altro. Certo, è indubbiamente apprezzabile che, soprattutto grazie alla maggiore flessibilità interpretativa nell'applicazione delle regole del Patto di stabilità e crescita, in presenza di fasi recessive del ciclo economico possono ora determinarsi scelte di politica economica orientate direttamente alla crescita del Pil e non più solo alla riduzione del disavanzo e del debito pubblico. Ma ciò non scioglie anzi fa emergere palesemente il vero nodo problematico di tale impostazione e, più in generale, della *governance* economica europea: quello di misurare il "benessere dei popoli" dell'Unione (che l'art. 3, co. 1 TUE annovera tra i primi obiettivi della stessa) e la crescita sulla base di soli indicatori economici⁶⁹.

Ora, è innegabile che "la crescita economica (...) è fondamentale per garantire la mobilità sociale e l'attuazione del principio di eguaglianza sostanziale"⁷⁰. Va però pure sottolineato che nella realtà non sempre si realizza il c.d. effetto di scorrimento secondo cui alla crescita del Pil corrisponde una riduzione delle diseguaglianze economiche e sociali. Indubbiamente, dalla crescita economica conseguirà un maggiore gettito fiscale dal quale tuttavia, in assenza di un'adeguata forza conformante del principio di solidarietà⁷¹, non discenderanno automaticamente scelte allocative delle risorse in grado di produrre una significativa riduzione delle diseguaglianze ovvero maggiori prestazioni poste al servizio dei diritti sociali. Infatti, i vincoli finanziari e di bilancio, soprattutto in presenza di un elevato debito pubblico, continuano a produrre effetti nelle fasi di cicli economici favorevoli e anche nei confronti della stessa politica europea di

⁶⁹ D'altra parte, come sostenuto autorevolmente, la crescita non può essere unicamente finalizzata alla produzione e al consumo ma al pieno sviluppo della persona umana. Cfr. SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Bologna, 2010. Sulla insufficienza del Pil come indicatore del "benessere sociale" e sulla "necessità costituzionale di integrarlo con un indice di sviluppo umano" al fine di delineare "un modello di crescita costituzionalmente orientato", cfr., da ultimo, S. POLIMENI, *Il pieno sviluppo della persona umana tra diritto e economia: alla ricerca di un indice di sviluppo economico per un welfare generativo*, in ANTONINI (a cura di), *La domanda inevasa*, cit., 388 ss.

⁷⁰ PISANESCHI, *Governance finanziaria europea. Prove generali di un accordo Franco-Tedesco?*, in *lacostituzione.info*, 2018, 1.

⁷¹ Su tale esigenza ha da tempo insistito opportunamente RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, 2014.

coesione economica, sociale e territoriale, anch'essa subordinata nel corrente ciclo programmatico (2014-2020) alla sorveglianza e alle sanzioni previste nel braccio preventivo e correttivo del patto di stabilità. Del resto, come la stessa Commissione europea ha avuto modo di precisare, lo strappo alla dottrina delle regole del patto di stabilità e crescita è ammesso solo in presenza di una fase recessiva del ciclo economico⁷² e solo per gli investimenti produttivi; pertanto, i lievi sforamenti nella spesa pubblica nazionale sono giustificabili solo se preordinati a rafforzare la competitività del sistema economico nazionale e non anche per assicurare una maggiore solidarietà, eguaglianza e coesione sociale.

5. Brevi osservazioni conclusive

Da quanto precede, risulta evidente che, sia pur con intensità diversa e con le dovute precisazioni sommariamente fatte in relazione alle singole misure analizzate, tanto nelle strategie di *crisis prevention* e di *crisis management* che nella delineazione degli scenari futuri del processo di integrazione europea sono di gran lunga prevalenti le convergenze piuttosto che le distonie con le dottrine economiche che hanno ispirato le trame normative del sistema dei trattati. Per di più, l'adesione alle indicazioni ordoliberali e monetariste continua ad andare di pari passo con il rafforzato tentativo di realizzare quelle condizioni di omogeneità indicate dalla teoria delle aree valutarie ottimali come requisiti essenziali per un'aria valutaria unica. In fondo, è questa la *ratio* delle pressanti richieste agli Stati di introdurre misure di austerità e riforme strutturali assumendo che gli effetti recessivi certi delle prime possano essere compensati da una maggiore competitività e crescita economica astrattamente assicurate dalle seconde. Cosicché, a fronte di un immutato orizzonte regolativo prevalentemente incentrato sulla convivenza tra preminenti esigenze di salvaguardia della stabilità finanziaria e obiettivi di maggiore (ma anche asimmetrica) competitività e crescita economica, restano sostanzialmente inevase le

⁷² Al riguardo, è stato opportunamente osservato che il mutamento nell'interpretazione delle disposizioni normative del Patto di stabilità e crescita di certo attribuisce più ampi "margini di discrezionalità nella valutazione degli scostamenti dello Stato membro dai percorsi di aggiustamento stabiliti per ognuno di essi". Ciò tuttavia non è sufficiente a invertire decisamente un indirizzo tanto radicato rispetto al quale la flessibilità indicata costituisce comunque una "eccezione(e) alla dottrina delle regole" e attivabile comunque "ex post, e non ex ante, come sarebbe necessario per fronteggiare tempi di crisi e di incertezza". In tal senso, PINELLI, *L'eurozona fra dottrina delle regole e bisogno di governo*, cit., 147 s.

istanze di una crescita economica maggiormente equilibrata dell'UEM e di una maggiore solidarietà/coesione sociale all'interno e tra gli Stati membri.

Le criticità emerse dalla crisi (emblematicamente attestate dalle inconfutabili evidenze empiriche cui si è fatto cenno) difficilmente potranno essere compiutamente aggredite proseguendo nel percorso tracciato dalla dottrina delle regole (con le relative implicazioni) e in assenza di una necessaria affermazione di una dimensione propriamente costituzionale della (e nella) UE. A tal fine, occorrono incisive riforme dei trattati (evidentemente impossibili nell'attuale fase storica) ed un profondo quanto complesso ripensamento della *governance* economica europea all'insegna di un maggiore riallineamento tra l'esercizio del potere e la responsabilità politica nonché di una più autentica e doverosa attenzione al complessivo quadro dei valori e degli obiettivi definito con il Trattato di Lisbona (all'interno del quale si moltiplicano i riferimenti alla crescita economica equilibrata ma anche alla solidarietà, alla coesione sociale e alla piena occupazione, al progresso sociale e alla lotta contro l'esclusione sociale). In attesa che maturino le condizioni politiche di un tale ripensamento, si può solo esprimere l'auspicio che l'edificazione del progetto europeo e il supremo valore pacifista che ne ha ispirato l'origine esibiscano formidabili *performances* di resistenza a fronte dell'affermazione di neo-protezionismi e di neo-populismi che, nutrendosi paradossalmente dei principi e delle regole di funzionamento della *governance* europea, rischiano di buttare il bambino insieme all'acqua sporca e con esso il più interessante laboratorio di una più estesa sperimentazione dei principi fondamentali del costituzionalismo al di là dei confini statali in cui essi si sono gradualmente affermati.

ALTRI SAGGI

IL SISTEMA DI TUTELE NEGLI APPALTI E SUB-APPALTI PRIVATI TRA RIFORME E CONTRORIFORME[°]*

Claudia Faleri

*Professoressa associata di Diritto del lavoro,
Università degli Studi di Siena*

Il saggio prende in esame i molteplici interventi legislativi che hanno riformato in questi ultimi anni il sistema di tutele dei lavoratori impiegati negli appalti, rivolgendo una particolare attenzione alle regole che governano il regime della responsabilità solidale dell'appaltante nei confronti dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore; la ricostruzione dell'evoluzione del dato normativo è volta a mettere in evidenza i diversi orientamenti di politica legislativa in tema di decentramento produttivo. In particolare, dopo aver esaminato i contenuti dell'obbligazione solidale ampliatisi con il susseguirsi delle riforme, l'Autore evidenzia come le modifiche che hanno riguardato l'aspetto processuale della disciplina abbiano però sostanzialmente indebolito la posizione del lavoratore. Infine, ad essere preso in esame il ruolo che oggi è riconosciuto dal legislatore all'autonomia collettiva nella governance dei processi di outsourcing.

The essay analyzes the legislative measures which have reformed the protection system for employees in contracts in the last years, with a particular focus on the rules governing the solidarity-based accountability regime; the analysis of the regulatory development aims to underline legislative political guidelines about outsourcing. Specifically, having considered the contents of the solidarity obligation after the reforms, the Author suggests that the amendments regarding procedural aspects of the discipline have substantially reduced employee condition. Finally the A. takes into account the role of the collective bargaining in the governance of the outsourcing processes.

Sommario:

1. L'evoluzione normativa e il nuovo quadro giuridico di riferimento
2. La responsabilità solidale negli appalti
 - 2.1. L'ambito di applicazione: il profilo soggettivo e oggettivo
 - 2.2. Il regime processuale
 - 2.3. La derogabilità ad opera della contrattazione collettiva
3. La responsabilità solidale nelle ipotesi di interposizione illecita di manodopera
4. Osservazioni conclusive

[°] Saggio sottoposto a double-blind peer review.

^{*} Il presente contributo costituisce una parte del più ampio saggio *Riforme e controriforme del sistema di garanzie nei rapporti interpositori* della stessa A., in corso di pubblicazione nel volume collettaneo CALCATERRA (a cura di), *La somministrazione La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2019

1. L'evoluzione normativa e il nuovo quadro giuridico di riferimento

Con il dichiarato obiettivo di modernizzare il quadro degli strumenti giuridici che presidiano il governo dei processi di *outsourcing*, a partire dalla riforma del mercato del lavoro del 2003, il legislatore è intervenuto più volte a modificare la disciplina delle diverse forme di acquisizione e utilizzazione indiretta del lavoro. È stato con il d.lgs. n. 276/2003 che, messo da parte il rigido approccio garantista proprio della l. n. 1369/1960 fondata sulla prescrizione di divieti, vincoli e limiti alla legittimità dei processi di decentramento, si è realizzata quella che è stata opportunamente definita una «regolazione [...] deregolativa»¹, essenzialmente finalizzata ad evitare un uso fittizio degli strumenti contrattuali connessi con il fenomeno del decentramento produttivo, un uso volto cioè ad eludere la disciplina protettiva del lavoro subordinato e a ridurre così i costi diretti e indiretti della manodopera subordinata.

Ripetutamente il legislatore ha in seguito ravvisato la necessità di intervenire e re-intervenire a tal riguardo, allo scopo di realizzare il miglior contemperamento possibile fra le ragioni di flessibilità, di specializzazione, di efficienza ed economicità organizzativa, nonché di competitività proprie delle imprese e le istanze di tutela dei lavoratori coinvolti dai diversi processi di esternalizzazione: nell'ultimo decennio, in particolare, si è assistito a un alternarsi continuo di interventi di riforma, aventi ad oggetto una diversa considerazione normativa dell'istituto della somministrazione e in special modo dell'appalto, dettati da contrapposte volontà politiche di affermare differentemente gli interessi sottesi a tale disciplina².

* Il presente contributo costituisce una parte del più ampio saggio *Riforme e controriforme del sistema di garanzie nei rapporti interpositori* della stessa A., in corso di pubblicazione nel volume collettaneo CALCATERRA (a cura di), *La somministrazione La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2019.

¹ Così SPEZIALE, *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 5.

² Nell'ambito della copiosa letteratura prodotta sui processi di esternalizzazione, per gli aspetti che in questa sede interessano maggiormente si rinvia, senza pretese di completezza, ai contributi di: IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, 2018, 39 ss. e della stessa A., *Appalti e responsabilità solidale*, in AIMO – IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014, 51 ss.; ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti*, in PERSIANI - LIEBMAN (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, Utet, 2013, 99 ss.; ALBI, *Appalto*, in BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, vol. IV, *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da PERSIANI – F. CARINCI, Cedam, 2012, 1595 ss.; CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento*, in *Dir. rel. ind.*,

A differenza di quanto prescritto con riferimento alla somministrazione di lavoro, il cui sistema di tutele continua a vedere pienamente operativo il principio di parità di trattamento³ a cui si affiancano strumenti di responsabilizzazione dei soggetti economici coinvolti, con riguardo all'appalto il principio della parità di trattamento sancito dalla l. n. 1369/1960 è stato invece ormai del tutto abbandonato; si ricordi come tale normativa riconosceva ai lavoratori dipendenti dell'appaltatore impiegati in un appalto il diritto a un trattamento minimo inderogabile retributivo e normativo non inferiore a quello spettante ai dipendenti dell'appaltante comparabili, impiegati cioè in mansioni simili, che gli imprenditori che appaltavano opere o servizi da eseguirsi all'interno delle aziende erano tenuti in solido a corrispondere (art. 3). Con l'approvazione dell'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 il principio di parità di trattamento è stato sostituito da un regime protettivo essenzialmente fondato sulla regola della responsabilità solidale; riconosciuto il carattere fisiologico del contratto di appalto nell'attuale sistema economico-produttivo, l'intento che ha mosso il legislatore del 2003 è stato, dunque, quello non di impedire tale scelta organizzativa o aggravarne i costi, ma piuttosto quello di accettarla

2012, 997 ss.; NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, Giappichelli, 2012; SCARPELLI, *Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazioni e decentramento produttivo*, in *Il mercato del lavoro* cit., 1421ss.. Specificatamente sulle tecniche di tutela nella somministrazione e negli appalti, cfr. D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione delle Giornate di Studio AIDLASS, Cassino, 18-19 maggio 2017, 33-34, in corso di pubblicazione per *Giorn. dir. lav. rel. ind.*; BARBERA, *Trasformazione della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 203 ss.; SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 1 ss. e in particolare 59 ss. Al riguardo si veda altresì DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 59 ss. .

³ Sul principio di parità di trattamento nelle ipotesi di somministrazione di lavoro, cfr. LAMBERTI, *La somministrazione di lavoro*, in FIORILLO – PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2015, 195; LAMBERTI – MERCURIO (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Normativa, organizzazioni e profili di tutela*, Giappichelli, 2014; LAZZERONI, *La disciplina dei contratti a termine e i regimi delle garanzie*, in DEL PUNTA - ROMEO (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2013, 162; già BANO, *Art. 23*, in GRAGNOLI – PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2004, 351; CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare e regime della solidarietà*, in M.T. CARINCI - CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento di azienda*, vol. II, *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, coordinato da F. CARINCI, Ipsa, 2004, 101-105.

regolamentandola, al fine di evitare che essa si possa ritorcere a danno dei lavoratori⁴.

Dal 2003 ad oggi numerosi sono stati, peraltro, gli interventi di modifica legislativa che hanno riformato le regole che governano il regime della responsabilità solidale negli appalti, sì da averne modificato più volte profondamente la fisionomia. Indubbiamente le ragioni che hanno indotto il legislatore a rivedere spesso la materia sono da imputarsi, in via principale, alle difficoltà che l'applicazione pratica di tale regola ha rivelato, specie in ordine alla sua capacità di soddisfare gli interessi coinvolti e protetti dalla disciplina, nonché alle numerose incertezze interpretative e di legittimità costituzionale che la normativa originaria aveva posto⁵. Certo è che l'evoluzione legislativa che ha caratterizzato questi ultimi anni è altresì ascrivibile alla diversa percezione che i legislatori da ultimo alternatisi hanno avuto dello strumento negoziale dell'appalto e delle diverse finalità di volta in volta perseguite.

Un primo intervento di modifica legislativa è stato posto in essere con il d.lgs. n. 251/2004, ad un anno dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, con l'intento di rafforzare il regime di solidarietà, ampliandone l'ambito di applicazione attraverso il superamento delle tanto discusse restrizioni previste dal testo originario del d.lgs. n. 276/2003, che escludevano l'applicabilità del regime di responsabilità solidale negli appalti aventi ad oggetto opere anziché servizi (art. 29, co. 2), così come nelle ipotesi c.d. di *insourcing* dove il contratto di appalto è finalizzato alla riacquisizione dell'attività svolta dal ramo di azienda ceduto, per la cui copertura veniva chiamato in causa l'art. 1676 c.c. (art. 32, co. 2). A compensazione di tale significativo ampliamento dell'area dei crediti assistiti dalla solidarietà, il d.lgs. n. 251/2004 consentì la derogabilità della disciplina, anche in senso peggiorativo, ad opera della contrattazione collettiva nazionale.

⁴ Di questo avviso M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, 2013, 130.

⁵ Cfr. Trib. Sanremo, ord., 26 gennaio 2012 che dichiara essere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29 d.lgs. n. 276/2003 in relazione all'art. 76 Cost., poiché la norma censurata, in ragione dell'ampiezza del suo ambito applicativo, risulta chiaramente esorbitante rispetto alla delega conferita dalla l. n. 30 del 2003; *contra* si vedano le pronunce di T. Roma, 6 marzo 2012, n. 4046 e T. Milano 9 marzo 2012, n. 1228, che riconoscono invece manifestamente infondata tale questione di legittimità costituzionale: a tal riguardo si rinvia al commento critico di ALVINO, *La responsabilità solidale nell'appalto: legittimità costituzionale e ambito di applicazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 610 ss., che segue il testo dell'ordinanza e delle due sentenze.

Tale possibilità di concordare deroghe allo schema legale della responsabilità solidale rimessa all'autonomia collettiva fu peraltro negata solo due anni dopo: a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1, co. 911, l. n. 296/2006 (c.d. Legge Finanziaria 2007), si ripristinò l'inderogabilità del regime di solidarietà, avvertita come necessaria per controllare il fenomeno sempre più diffuso della catena contrattuale dei subappalti. Inoltre, sempre in un'ottica di rafforzamento del sistema delle garanzie apprestate ai lavoratori interessati da un processo produttivo di decentramento, il legislatore della l. n. 296/2006, incidendo sulla disciplina allora contenuta nell'art. 7 del d.lgs. n. 626/1994, ora trasfusa nel d.lgs. n. 81/2008, ampliò ulteriormente le obbligazioni oggetto del vincolo di solidarietà, estendendo il vincolo della responsabilità solidale ai diritti di sicurezza della persona dei lavoratori coinvolti nell'operazione di decentramento. Tutto ciò nell'ambito di un contesto politico particolarmente attento ai rischi insiti nei processi di esternalizzazione delle attività produttive.

Una nuova «retromarcia» è stata innestata⁶ con gli interventi di riforma posti in essere nel corso del Governo Monti: si è, infatti, intervenuti sul testo dell'art. 29, co. 2, una prima volta, con l'art. 21, co. 1, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 (convertito in l. 4 aprile 2012, n. 35), al fine di puntualizzare l'ambito di applicazione della responsabilità solidale e l'area dei crediti garantiti; una seconda volta, a distanza di pochi mesi, con art. 13^{ter}, co. 1, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134), per definire e disciplinare la responsabilità solidale dell'appaltatore subcommittente relativamente al versamento all'erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente dovute dal subappaltatore in relazione alle prestazioni di lavoro effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto, riscrivendo in questi termini il comma 28 dell'art. 35 del c.d. Decreto Bersani intervenuto in materia nel 2006 e inserendo i commi 28^{bis} e 28^{ter}⁷.

Nello stesso contesto politico, a distanza di pochi giorni, il legislatore è tornato ancora una volta ad occuparsi di appalti, in occasione della riforma del mercato del lavoro attuata con la c.d. legge Fornero (l. n. 92/2012), all'interno della quale si registra un nuovo intervento volto a rivedere, in modo significativo, le modalità di funzionamento del meccanismo dell'obbligazione solidale, trasformando la responsabilità solidale posta a carico del committente da piena a sussidiaria rispetto a quella

⁶ Così efficacemente IZZI, *Appalti e responsabilità solidale* cit., 56.

⁷ Si ricordi, tra l'altro, che il comma 28 dell'art. 35 del c.d. decreto Bersani era stato da poco modificato con l'art. 2, co. 5^{bis}, d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito in l. n. 26 aprile 2012, n. 44.

dell'appaltatore (v. *infra* § 4.2) e tornando a contemplare – ai sensi dell'art. 4, co. 31, l. n. 92/2012 – la possibilità di deroga al regime legale della responsabilità solidale ad opera della contrattazione collettiva, seppur in presenza di specifiche condizioni (v. *infra* § 4.3).

Successivamente, con il Governo Letta (art. 9 d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 99) si è provveduto a estendere il regime della solidarietà anche ai crediti del lavoratore autonomo⁸, mentre continua invece ad essere escluso con riguardo ai crediti maturati nell'esecuzione di contratti di appalto stipulati con le Pubbliche Amministrazioni⁹; al contempo, si è puntualizzato l'ambito di operatività degli accordi collettivi derogatori eventualmente intercorsi, limitando la facoltà di deroga negoziale alla disciplina della responsabilità solidale per i crediti retributivi, precludendola invece per i contributi previdenziali e assicurativi.

Con gli interventi legislativi varati dal Governo Renzi a prevalere è stata piuttosto la *voluntas legis* di mediare tra gli interessi dell'impresa e i bisogni dei lavoratori e al contempo evitare che il ricorso agli strumenti interpositori, all'appalto in particolare, si potesse prospettare come una fuga dal diritto del lavoro¹⁰. Si intende, in primo luogo, riferirsi all'art. 7 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, in materia di contratto di lavoro a tutele crescenti, laddove si dispone, ai fini del calcolo dell'indennità risarcitoria cui ha titolo il lavoratore illegittimamente licenziato, che l'anzianità di servizio del lavoratore passato alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si debba computare tenendo conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata. In secondo luogo si viene a richiamare la modifica apportata all'art. 29, co. 3, d.lgs. n. 276/2003 ad opera dell'art. 30 l. 7 luglio 2016, n. 122 (Legge europea 2016), con cui il legislatore ha sostanzialmente esteso ai casi di successione di appalto il regime di maggior tutela previsto dall'art. 2112 c.c. per le ipotesi di

⁸ Contestualmente, con il c.d. *Decreto del fare* (d.l. n. 69/2013, convertito in l. n. 98/2013), dall'obbligazione solidale si è esclusa, in modo del tutto opportuno, l'Iva, contemplata invece dal d.l. n. 16/2012, sia per i problemi applicativi che si ponevano, sia per una denuncia presentata il 12 marzo 2013 da Confindustria alla Commissione europea contro la Repubblica italiana relativamente a questo aspetto specifico dell'art. 13^{ter} d.l. n. 83/2012: sul punto cfr. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale* cit., 62.

⁹ Così come da ultimo confermato da Cass. 10 ottobre 2016, n. 20327, *Archivio Foro it.*

¹⁰ Sembra, infatti, poter rilevare come il c.d. decreto sulle semplificazioni fiscali del 21 novembre 2014, n. 175, con il quale è stato soppresso il regime di solidarietà fiscale negli appalti mediante l'abrogazione dei richiamati commi 28, 28 *bis* e 28 *ter* dell'art. 35 del d.l. n. 223/2006, conv. in l. n. 248/2006, abbia assunto rilievo ed esplicitato i suoi effetti solo in ambito strettamente tributario.

trasferimento di azienda o di parte d'azienda, a meno che l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto avvenga a seguito di subentro di un nuovo appaltatore dotato di una propria struttura organizzativa e operativa e ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa¹¹.

In tale contesto giuridico ritrova peraltro piena affermazione la tendenza a far del regime di responsabilità solidale il punto fermo del nostro sistema di tutele dei lavoratori coinvolti nei processi di esternalizzazione: ci si riferisce, nello specifico, al recente d.l. 17 marzo 2017, n. 25, convertito senza modificazione dalla l. 20 aprile 2017, n. 49, con il quale si è inteso – abrogando espressamente le innovazioni introdotte dalla legge Fornero (l. n. 92/2012) – tornare, da un lato, a riconoscere una piena responsabilità in capo al committente, dall'altro lato, a precludere la potestà derogatoria alla contrattazione collettiva (v. *infra* §§ 2.2 e 2.3)

2. La responsabilità solidale negli appalti

2.1. L'ambito di applicazione: il profilo soggettivo e oggettivo

Con il superamento del principio della parità di trattamento e a seguito dell'ampliamento della categoria dei lavoratori tutelati e dei crediti assistiti dalla garanzia della solidarietà ad opera dell'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, come novellato negli ultimi anni, la responsabilità solidale è stata chiamata a ricoprire un ruolo ancora più incisivo, quasi strategico nel sistema degli appalti, tanto da essere riconosciuta quale «il paradigma generale per tutelare il lavoratore coinvolto nelle operazioni di decentramento produttivo»¹².

¹¹ Al riguardo si consenta di rinviare a FALERI, *Ciò che appalto non è. A proposito dell'intervento riformatore in materia di successione di appalti e trasferimento di azienda*, *Giur. comm.*, f. 6, 2018, in corso di pubblicazione; v. altresì ALVINO, *La nozione di trasferimento di ramo d'azienda alla prova del fenomeno dei "cambi di appalto": un cantiere ancora aperto?*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 556 ss.

¹² CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 93/2009, 13. Sul sistema di tutele negli appalti come configurato dal d.lgs. n. 276/2003, in generale, si rinvia, tra gli altri, a: CALCATERRA, *La tutela del lavoro negli appalti*, in DE LUCA TAMAJO – RUSCIANO – L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, a cura di, Editoriale Scientifica, 2004, 135 ss.; SCARPELLI, *Art. 29*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali cit.*, 435 ss.

Per quanto concerne il profilo soggettivo, novità importanti sono state introdotte nel 2012 dal lato attivo, al fine di distribuire in modo omogeneo la responsabilità tra tutti gli imprenditori coinvolti nella catena degli appalti, superando in modo definitivo il sistema fondato su regimi di responsabilità diversificati in base alla diversa posizione assunta da ciascun imprenditore all'interno della catena, previsto dalla disciplina originariamente contenuta all'art. 29 d.lgs. n. 276/2003¹³.

Allo scopo di adeguare la normativa a una realtà economica sempre più caratterizzata dalla diffusione di catene contrattuali di subappalti, ma anche di superare le resistenze manifestate da una certa giurisprudenza di merito restia a riconoscere una responsabilità solidale in capo al committente per i crediti dei dipendenti dei subappaltatori¹⁴, si è realizzata quella che è stata significativamente definita «la moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità»¹⁵. Nello specifico, con le modifiche apportate all'art. 29, co. 2, ad opera dell'art. 4, co. 31, l. n. 92/2012, in caso di appalto di opere o servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro¹⁶ è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, previdenziali e assicurativi dovuti¹⁷. Il lavoratore potrà pertanto chiedere l'adempimento delle proprie pretese creditorie non solo al proprio datore di lavoro, ma a ciascuno degli obbligati in via solidale, a tutti coloro cioè che

¹³ Sul punto, cfr. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 507 ss.

¹⁴ Nello specifico cfr. Trib. Milano 16.11.2005, *LG*, 2006, 1025.

¹⁵ M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro* cit., 129-130, ove altrettanto significativamente si afferma che «la platea dei soggetti responsabili in via solidale per il credito del lavoratore aumenta dunque in modo direttamente proporzionale all'aumentare della lunghezza della catena contrattuale».

¹⁶ Nello specifico, l'art. 29, co. 2, come già novellato dal d.lgs. n. 251/2004, ricomprende fra i soggetti solidalmente obbligati tutti i committenti di opere o servizi siano essi imprenditori oppure datori di lavoro non imprenditori, con l'esclusione solo delle persone fisiche che non esercitano attività d'impresa o professionale. Al riguardo cfr. MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in MAGNANI – VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, 2005, 296 ss.

¹⁷ Come precisato dalla giurisprudenza di merito, ad essere accordata è una tutela speciale e più estesa rispetto a quella prevista dall'art. 1676 c.c. non solo perché l'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 garantisce oltre al soddisfacimento dei crediti retributivi, anche il trattamento di fine rapporto, i contributi previdenziali ed i premi dovuti, ma anche in quanto il committente non resta obbligato nei limiti del debito verso l'appaltatore, ma risponde di tutto il credito vantato dal lavoratore; cfr. App. Lecce, sez. lav., 23 febbraio 2017, n. 527; App. Bari, sez. lav., 14 agosto 2018, n.1527, a quanto risulta inedite.

assumono la veste di subappaltanti nella catena contrattuale, fino a risalire all'appaltante parte dell'originario contratto di appalto.

Tale impostazione ha trovato conferma nei più recenti provvedimenti legislativi intervenuti, dal lato passivo, con riguardo all'identificazione dei lavoratori destinatari del sistema di tutele incentrato sul regime della responsabilità solidale; a seguito delle modifiche apportate *ex art.* 9 d. l. n. 76/2013 (convertito in l. n. 99/2013), l'area dei soggetti che possono invocare la responsabilità solidale del committente si estende, in relazione ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa, anche ai lavoratori con contratto di lavoro autonomo. Tale ampliamento risulta indubbiamente apprezzabile in quanto, da un lato, determina il superamento delle differenze di trattamento fra lavoratori utilizzati dagli appaltatori in forza di un contratto lavoro subordinato o meno, dall'altro lato, pone fine a un acceso dibattito dottrinale sulla possibilità di annoverare tra i soggetti tutelati, a fianco dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori, anche i lavoratori autonomi utilizzati nell'appalto¹⁸. Peraltro, tale disposto è stato oggetto di critiche con riferimento all'inclusione, accanto ai compensi spettanti ai collaboratori autonomi, degli obblighi di natura previdenziale e assicurativa legati alla prestazione di lavoro avvenuta in forma autonoma; come si è opportunamente rilevato¹⁹, la norma è tale da generare serie difficoltà interpretative e applicative, in considerazione del fatto che i lavoratori autonomi sono tenuti a versare a posteriori e in via diretta i propri contributi previdenziali e assicurativi, senza che si renda necessario alcun adempimento da parte dell'appaltatore.

Per quanto concerne il profilo oggettivo, con riguardo cioè all'area dei crediti assistiti dalla garanzia della solidarietà, anche in questo ambito si

¹⁸ Ad essere convalidata è stata l'opinione affermata in via minoritaria dalla dottrina, secondo la quale si poteva già estendere il concetto genericamente espresso di "lavoratore" anche ai lavoratori autonomi: così ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti* cit., 523; del resto, in tal senso anche Circ. Min. 11 febbraio 2011, n. 5 che includeva tra i lavoratori tutelati anche i collaboratori a progetto e gli associati in partecipazione impiegati per l'esecuzione dell'appalto. Di avviso contrario la posizione prevalentemente assunta in dottrina: cfr. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *Lav. giur.*, 2007, 467 ss.; IMBERTI, *Il trattamento economico e normativo*, in M.T. CARINCI – CESTER – MATTAROLO – SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Giappichelli, 2011, 74.

¹⁹ G. GAMBERINI, *Responsabilità solidale negli appalti: va' dove ti porta il Ministero*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale*, Adapt University Press, 2013, 242-246.

rinvengono importanti interventi da parte del legislatore e significative pronunce ad opera della giurisprudenza di legittimità.

Nulla quaestio, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, si è posta riguardo alla riconducibilità alla nozione di «trattamento retributivo» di tutte le somme dovute dal datore di lavoro a titolo retributivo sulla base di previsioni legislative, ma anche di contratto collettivo (del settore produttivo cui appartiene l'impresa appaltatrice o anche di livello aziendale) e di clausole del contratto individuale²⁰.

Più puntuale e chiarificata rispetto al passato risulta oggi essere la definizione legislativa di crediti garantiti: la disciplina dettata dall'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, come novellato dal d.l. n. 5/2012, convertito dalla l. n. 35/2012, stabilisce che la responsabilità solidale può essere invocata non solo per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali, come già disposto dalla formulazione originaria, ma anche per le quote di trattamento di fine rapporto e i premi assicurativi.

Con riferimento alle quote di tfr cui si estende esplicitamente la responsabilità solidale, si convalida in sede legislativa l'orientamento giurisprudenziale, il quale, già prima del 2012, includeva questa forma indiretta e differita di retribuzione nell'obbligazione solidale addossata all'appaltatore²¹. Peraltro, il legislatore precisa come ad essere garantite sono solo le quote maturate in ragione della prestazione resa per l'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto e non l'erogazione dell'intero ammontare del tfr. Tale precisazione trova il suo fondamento nella volontà legislativa di porre termine a un contenzioso giurisprudenziale generato dall'imprecisione della formulazione originaria del disposto normativo, ovvero per togliere appiglio a una certa giurisprudenza di merito, sviluppatasi nel silenzio della norma, che riteneva di dover estendere la responsabilità solidale all'intero ammontare del tfr maturato nel corso del rapporto di lavoro²²; al contempo, si convalida la posizione di quella

²⁰ Si è tuttavia precisato come la locuzione "trattamenti retributivi" debba essere interpretata in maniera rigorosa, nel senso della natura strettamente retributiva degli emolumenti che il datore di lavoro è tenuto a corrispondere ai propri dipendenti, escludendo che rientrino nel concetto di retribuzione le somme per buoni pasto o l'indennità sostitutiva di ferie, riconducendovi invece gli importi corrispondenti al compenso per riduzione dell'orario di lavoro: così Cass. 19 maggio 2016, n. 10354, *MFI*, 2016, 350.

²¹ Cfr. Cass. 19 novembre 2010, n. 23489, *FI*, 2011, I, 1437.

²² Trib. Milano, 9 marzo 2012, *RIDL*, 2012, II, 601, nt. I. ALVINO.

giurisprudenza, più equilibrata, che ricomprendeva solo la parte maturata durante il periodo di lavoro svolto²³.

Così, anche per quanto riguarda l'altra novità legislativa apportata dal d.l. n. 5/2012, convertito dalla l. n. 35/2012, relativa all'invocazione della responsabilità solidale per il versamento dei premi assicurativi, il legislatore – sempre con intento non innovativo, ma piuttosto chiarificatore²⁴ – esplicita un'interpretazione della norma già implicitamente desumibile dalla lettera della norma previgente.

L'area dei crediti garantiti dal vincolo di responsabilità solidale si completava poi con la previsione di una responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore per i debiti fiscali, configurata dall'art. 35, co. 28, 28bis e 28ter, d.l. n. 223/2006, convertito in l. n. 248/2006 (c.d. decreto Bersani) come riscritto dai provvedimenti emanati in materia nel 2013 durante il Governo Letta²⁵: tale norma configurava in capo all'appaltatore e al subappaltatore l'obbligo di versare all'erario le ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente dovute dal subappaltatore in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto, gravando invece il committente di una responsabilità amministrativa pecuniaria qualora fosse stato accertato l'inadempimento degli obblighi fiscali posti a carico dell'appaltatore e del subappaltatore. Tale disposto – da subito apprezzato dalla dottrina²⁶ in quanto non solo ampliava ulteriormente l'area dei crediti garantiti, ma, configurando a carico del committente sostanzialmente un

²³ Trib. Milano 19 maggio 2011, *D&L*, 2011, 999; Trib. Roma, 6 marzo 2012, *RIDL*, 2012, II, 600, nt. I. ALVINO.

²⁴ Così IZZI, *Appalti e responsabilità solidale* cit., 78; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro* cit., 148; IMBERTI, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento (aggiornato al decreto legge 97/2008)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 72/2008, 14 ss.

²⁵ Si intende riferirsi alle modifiche apportate all'art. 35, co. 28, 28bis e 28ter, dall'art. 9 del d.l. n. 76/2013, convertito in l. n. 99/2013, come successivamente novellato dall'art. 13ter d.l. n. 83/2013, convertito in l. n. 134/2013 (c.d. *Decreto sviluppo*) e dall'art. 50 d.l. n. 69/2013 (*Decreto del fare*), convertito in l. n. 98/2013,

²⁶ Al riguardo si rinvia a: ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti* cit., 118 ss.; IZZI, *Appalti e responsabilità solidale* cit., 68 e 102 ss.; CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento* cit., 1008 ss. Sul fatto che la moltiplicazione dei centri di responsabilità induca il committente a selezionare *partners* affidabili, v. *amplius* NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato* cit., 190; FERRANTE – BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, cit., 476; M.T. CARINCI, *Appalti pubblici e privati: modelli organizzativi e di tutela. Introduzione minima*, in *Lav. giur.*, numero speciale, 2011, 9; CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, 2004, 252 ss.

onere di controllo sull'operato dei *partners* contrattuali, contribuiva a realizzare un decentramento virtuoso, nonché a contrastare l'evasione contributiva – è stato abrogato con il c.d. decreto sulle semplificazioni fiscali (d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175), che ha soppresso il regime di solidarietà fiscale negli appalti mediante l'abrogazione dei commi 28, 28bis e 28ter dell'articolo 35 del d. l. n. 223/2006, convertito dalla l. n. 248/2006: risulta così accantonato uno dei tentativi meglio riusciti del processo di responsabilizzazione dei soggetti economici coinvolti nelle operazioni di decentramento produttivo, volto a garantire i lavoratori interessati attraverso la predisposizione di un meccanismo di controllo preventivo, piuttosto che invocando il vincolo della responsabilità solidale *ex post*, a fronte cioè di un inadempimento degli obblighi fiscali già avvenuto.

Dall'oggetto della responsabilità solidale *ex art.* 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 sembra inoltre di poter escludere, per uniforme interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, le somme spettanti al dipendente dell'appaltatore a titolo indennitario o risarcitorio²⁷.

Altresì rimangono escluse – in virtù di quanto espressamente sancito dall'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 a seguito della novella legislativa introdotta dall'art. 21 del c.d. decreto semplificazioni (d.l. n. 5/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 35/2012) – le sanzioni civili previste a favore degli enti previdenziali (Inps, Inail) nelle ipotesi di mancato versamento dei contributi ad essi dovuti, sia che questo dipenda da semplice omissione, sia nei casi di evasione. Tale puntualizzazione legislativa ha avuto un forte impatto innovativo nel quadro normativo di riferimento; per quanto parte della dottrina già ritenesse di dover escludere le sanzioni civili dall'ambito di applicazione del vincolo di solidarietà²⁸, in senso contrario si era orientata la prassi amministrativa, formatasi sulla scorta delle indicazioni ministeriali intervenute sul tema, ovvero sull'interpretazione fornita dal Ministero del Lavoro in risposta all'interpello n. 3/2010 che ricomprendeva le sanzioni civili nell'ambito di applicazione del regime di responsabilità

²⁷ In tal senso, cfr. FERRANTE – BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, cit., 463 ss. e in particolare 486; NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato* cit., 191; CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006, 206. In ambito giurisprudenziale cfr. Cass. 30 ottobre 2018, n. 27678, *MGC*, 2018; Cass. 19 maggio 2016, n. 10354, *MGC*, 2016.

²⁸ Così IZZI, *Appalti e responsabilità solidale*, cit., 78 ss.; ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti*, cit., 113-114

solidale in considerazione della loro natura risarcitoria²⁹, nonché la scarsa giurisprudenza rinvenibile in materia cui aveva dato luogo la previsione di un'obbligazione contributiva illimitata e non determinabile *ex ante*³⁰. Tra l'altro, nel momento in cui ha trovato applicazione tale nuovo regime di solidarietà che esonera il committente dalla responsabilità per le somme aggiuntive alla contribuzione previdenziale richieste a titolo di sanzioni civili a partire dall'entrata in vigore del d.l. n. 5/2012³¹, si è venuto a realizzare un differenziato regime di responsabilità solidale, per cui il committente sarà tenuto o meno a rispondere anche del debito per le sanzioni civili solamente in ragione della data in cui si colloca l'inadempimento dell'appaltatore, se antecedente o successiva all'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, rispetto al quale sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 della Costituzione: ad avviso della Corte si tratta, tuttavia, di un'ipotesi di successione nel tempo di discipline diverse, che non integra alcuna ipotesi di violazione del principio di uguaglianza³².

Trova, invece, conferma la formulazione già contenuta nell'art. 4 l. n. 1369/1960, tradotta all'interno dell'art. 29, co. 2, che condiziona l'esercizio dell'azione giudiziaria nei confronti del committente e dell'appaltatore al rispetto di un termine di decadenza, originariamente previsto nella misura di un anno, portato a «due anni dalla cessazione dell'appalto» a seguito delle modifiche operate *ex l. n. 296/2006*³³. Tale delimitazione temporale trova il

²⁹ cfr. Circ. Min. lav. 16 febbraio 2012, n. 2; al riguardo cfr. BARRACO, *Appalti: l'aggravamento della responsabilità solidale, anche sul versante fiscale*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1169 ss.

³⁰ Si rinvia a: Cass. 19 giugno 2009, n. 14475, in *Mass. Giust. Civ.*, 2009, 952; Trib. Parma, 25 settembre 2012, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, 123, nt. D'ALOISIO.

³¹ Come specificato dagli enti previdenziali intervenuti ad impartire indicazioni sulla decorrenza della regola: v. Circ. Inps 10 agosto 2012, n. 106; Circ. Inail 11 ottobre 2012, n. 52.

³² C. cost. 3 novembre 2014, n. 254, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 806, nt. FALERI, in cui i giudici richiamano la consolidata giurisprudenza costituzionale, secondo la quale un diverso regime normativo applicabile si giustifica in ragione del naturale fluire del tempo, che costituisce un valido discrimine tra situazioni analoghe: cfr. C.cost. 16 febbraio 2012, n. 25, in *Giur. cost.*, 2012, 322; C. cost. 21 luglio 2011, n. 224, in *Giur. cost.*, 2011, 2889; C. cost. 24 febbraio 2010, n. 61, in *Giur. cost.*, 2010, I, 530; C. cost. 29 maggio 2009, n. 170, in *Giur. cost.*, 2009, 1898; C. cost. 13 giugno 2008, n. 212, in *Giur. cost.*, 2008, 2368; C. cost. 28 marzo 2008, n. 77, in *Giur. cost.*, 2008, 999; C. cost. 8 giugno 2000, n. 178, in *Dir. lav.*, 2000, II, 306, nt. BOZZAO.

³³ Con la specificazione che nei rapporti tra appaltatore e subappaltatore il termine biennale va riferito al contratto di subappalto in atto tra gli stessi e decorre, quindi, dalla sua scadenza (e non dalla scadenza dell'appalto principale tra committente e appaltatore): così

suo fondamento nell'esigenza più che apprezzabile di impedire un'esposizione irragionevolmente dilatata nel tempo del committente e dell'appaltatore, specialmente nei casi di appalti di lunga durata che prevedano la successione nel tempo di diversi appaltatori³⁴.

Piuttosto, risulta oggi controversa in giurisprudenza – stante il silenzio legislativo – l'applicabilità agli enti previdenziali del termine di decadenza dei due anni dalla cessazione dell'appalto previsto in capo al lavoratore per l'esercizio del diritto di azionare la responsabilità solidale. Dopo decenni in cui la Suprema Corte si è uniformemente pronunciata nel ritenere applicabile il termine decadenziale stabilito *ex lege* anche all'ente previdenziale, considerato che la norma non distingue fra soggetti titolari dell'azione, a partire dal 2007 si è assistito a un vero e proprio *revirement* rispetto all'orientamento precedentemente espresso: con una sentenza molto discussa, la Cassazione ha escluso di poter estendere l'efficacia della disposizione legislativa ad un soggetto terzo, quale l'ente previdenziale, i cui diritti si sottraggono al termine decadenziale prescritto³⁵.

Per quanto concerne, infine, la definizione del periodo temporale di riferimento in cui la garanzia solidale è chiamata a operare, il legislatore è intervenuto circoscrivendolo al «periodo di esecuzione del contratto»; anche questa volta l'intervento del legislatore si è concretizzato essenzialmente in una precisazione volta a porre fine a una minoritaria giurisprudenza di merito, la quale, nel silenzio della norma, non rinveniva alcuna delimitazione temporale³⁶.

Min. lav. 13 aprile 2012, prot. n. 7140/2012, nonché circ. Inps n. 106/2012 e circ. Inail n. 54/2012.

³⁴ Così CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento* cit., 999-1000.

³⁵ Cass. 17 gennaio 2007, n. 996, in *Lav. giur.*, 2007, 571, nt. BARRACO. A tal riguardo, la dottrina ha, infatti, ritenuto di non poter attribuire alla mancata menzione dell'ente previdenziale il valore, dirimente, dell'esclusione dello stesso dall'obbligo di rispettare il termine decadenziale; né l'inapplicabilità del termine decadenziale alla pretesa dell'ente può essere dedotta dal principio di autonomia del rapporto previdenziale rispetto al rapporto di lavoro, richiamato dai giudici, in quanto autonomia dei rapporti non significa che questi debbano necessariamente essere sottoposti ad un differente regime giuridico, per cui i diritti derivanti da rapporti autonomi possono anche essere sottoposti al medesimo regime giuridico: in questi termini le critiche di ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti* cit., 115-117. Sulle divisioni che tale pronuncia della Corte ha generato tra la giurisprudenza di merito, cfr. IZZI, *Appalti e responsabilità solidale* cit., 87.

³⁶ Sul punto, cfr. PASQUARELLA, *La responsabilità solidale negli appalti*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 803.

Si tratta, in definitiva, di interventi che non sembra abbiano apportato significative trasformazioni rispetto alla normativa previgente, risultando piuttosto dettati dall'esigenza avvertita dal legislatore di fare chiarezza riguardo ad alcuni profili oggetto di dubbi interpretativi.

2.2. Il regime processuale

A caratterizzare gli interventi normativi di questi ultimi anni sono state essenzialmente le modifiche riguardanti l'aspetto processuale della disciplina; si intende riferirsi a quelle regole introdotte *ex novo* dall'art. 21 d. l. n. 5/2012 (convertito in l. n. 35/2012), significativamente riviste pochi mesi dopo ad opera della l. n. 92/2012, che prevedevano il litisconsorzio necessario tra committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori e il c.d. *beneficium excussionis*, in deroga al principio generale sancito dall'art. 1292 c.c. che riconosce in capo al creditore – in caso di obbligazioni solidali – il diritto a chiedere l'intero a ogni debitore, oggi espressamente abrogate dal d.l. 17 marzo 2017, n. 25, convertito senza modificazione dalla l. 20 aprile 2017, n. 49.

A seguito degli interventi di riforma del 2012, il lavoratore, che intendeva far valere la responsabilità solidale del committente, avrebbe dovuto convenirlo in giudizio unitamente all'appaltatore e con gli eventuali subappaltatori. Al contempo, il committente poteva eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori; in tal caso il giudice accertava la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva poteva essere intentata nei confronti del committente solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori.

Tale disciplina aveva sin da subito richiamato, sotto più profili, l'attenzione della dottrina, intervenuta ad evidenziare le criticità e le difficoltà applicative che, sotto il profilo processuale, questa normativa era in grado di determinare³⁷. Quello che in questa sede interessa principalmente mettere in rilievo è il fatto che, mediante l'attribuzione al committente del beneficio dell'escussione preventiva del patrimonio dell'appaltatore e degli

³⁷ Cfr. ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti* cit., 121 ss.; CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento* cit., 1005; da ultimo DE ANGELIS, *Responsabilità solidale nell'appalto e processo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 314/2016; CORDELLA, *Interventi appalti: nozione lavoristica e tutela dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 521.

eventuali subappaltatori, il legislatore era significativamente intervenuto sulla natura dell'obbligazione solidale del committente, trasformandola da responsabilità piena a responsabilità sussidiaria rispetto a quella dell'appaltatore.

Per quanto la sussidiarietà operasse esclusivamente con riferimento ai crediti previsti dall'art. 29, co. 2, si trattava di una modifica legislativa con forti implicazioni, incidendo profondamente nel sistema di tutele predisposto a vantaggio del lavoratore. A fronte di tali modifiche, volte ad alleggerire in sede esecutiva la posizione del committente, che si vedeva obbligato a pagare solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori, il lavoratore vedeva, dal suo lato, aggravare notevolmente gli oneri processuali cui era tenuto e, di conseguenza, la sua posizione risultava fortemente indebolita: tale disposto normativo poneva il lavoratore nella condizione di dover dimostrare di avere eseguito ricerche adeguate sull'ammontare dei beni del proprio datore di lavoro e di aver cercato senza successo di aggredire i beni conosciuti. Solo laddove il lavoratore fosse stato in grado di fornire tale prova, sarebbe spettato al committente dover dimostrare la sussistenza di beni del debitore principale utilmente aggredibili.

Tra l'altro, la posizione del lavoratore risultava alquanto indebolita anche in ragione dei costi e dei tempi, assai più lunghi, di un giudizio da instaurare obbligatoriamente nei confronti di una pluralità di soggetti, nonché a causa dei dubbi interpretativi che la genericità della formula legislativa poteva determinare, specie per quanto riguarda le modalità tramite le quali il committente poteva esercitare il *beneficium excussionis*³⁸. Si era perfino prospettato che potesse risultare maggiormente conveniente per il lavoratore, laddove il committente non avesse ancora erogato all'appaltatore, almeno parzialmente, il corrispettivo a questi spettante, agire direttamente invocando l'art. 1676 c.c., riconoscendo un rinnovato vigore alla norma codicistica, che sembrava ormai destinata a svolgere un ruolo del tutto marginale³⁹.

³⁸ Tra gli altri, nello specifico cfr. ancora PASQUARELLA, *La responsabilità solidale negli appalti* cit., 811, laddove si rileva che il lavoratore non può tra l'altro più contare sull'onere del coobbligato che intenda avvalersi del *beneficium excussionis*, di indicare i beni del debitore principale sui quali il creditore possa valersi.

³⁹ Sull'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente e sull'attualità dell'art. 1676 c.c. si rinvia a CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 10/2004, 77; da ultimo M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro* cit., 140 ss.; RAIMONDI, *La garanzia dei crediti dei lavoratori negli appalti*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, 226 ss.

Inoltre, se l'intento del legislatore era quello di scongiurare fenomeni di de-responsabilizzazione, di fatto le modifiche del 2012 rischiavano di incentivare comportamenti di opportunismo contrattuale⁴⁰, come la creazione di lunghe catene di appalti finalizzate a diluire le responsabilità degli imprenditori c.d. capofila.

Pertanto, a fronte di tali criticità, nonché allo scopo di evitare il referendum indetto dalla Cgil e ammesso dalla Corte costituzionale⁴¹, il legislatore con il d.l. 17 marzo 2017, n. 25, convertito senza modificazione dalla l. 20 aprile 2017, n. 49, ha formalmente abrogato quella parte dell'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 in cui trovavano affermazione le regole del litisconsorzio necessario e del *beneficium excussionis*, ripristinando l'impostazione originaria del regime di responsabilità solidale, che torna così ad essere piena.

2.3. La derogabilità ad opera della contrattazione collettiva

Come ricordato (v. *supra* § 1), di grande rilievo si prospettava il ruolo attribuito all'autonomia collettiva nella *governance* del decentramento produttivo nei termini in cui questa fu ri-legittimata dalla l. n. 92/2012 a derogare al regime legale di solidarietà mediante i contratti collettivi nazionali stipulati dalle associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative del settore⁴². Per quanto tale potestà risulti oggi *formalmente* (corsivo di chi scrive) disconosciuta dal d.l. 17 marzo 2017, n. 25, convertito senza modificazione dalla l. 20 aprile 2017, n. 49, si ritiene opportuno ripercorrere il suo *excursus* normativo per comprendere quali siano oggi i suoi margini di intervento.

Il regime di solidarietà, dopo una serie di altalenanti passaggi legislativi, era stato riconosciuto derogabile da parte della contrattazione collettiva con

⁴⁰ Sia permesso rinviare a FALERI, *Opportunismo contrattuale (modello principal/agent)*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, vol. I, 2010, 89 ss. e *amplius* ID., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007, *passim*.

⁴¹ Riguardo a tale quesito referendario e alla sua rilevanza, cfr. TREU, *La corte costituzionale e i referendum sull'art. 18, i voucher e la responsabilità negli appalti*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 554.

⁴² Tale possibilità di deroga ad opera dell'autonomia collettiva, già introdotta con il d.lgs. n. 251/2004 (art. 6, co. 1), abrogata al cambio di governo dalla l. n. 296/2006 (art. 1, co. 911), è stata nuovamente introdotta *ex art.* 4, co. 31, l. n. 92/2012. Sul ruolo ascrivibile alla contrattazione collettiva nella gestione dei processi di decentramento produttivo, cfr. LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 213 ss.

la riforma Fornero, a compensazione della trasformazione della responsabilità solidale da piena a sussidiaria. Peraltro, le eventuali diverse disposizioni contenute nei contratti collettivi – come successivamente puntualizzato dall’art. 9, co. 1, d.l. n. 76/2013 (conv. da l. n. 99/2013) – potevano esplicitare i propri effetti solo con riferimento ai trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori impiegati nell’appalto o subappalto. Il legislatore aveva, infatti, espressamente escluso che potessero costituire oggetto di possibile deroga i crediti relativi ai contributi previdenziali e ai premi assicurativi, risolvendo così i dubbi interpretativi sorti al riguardo⁴³; pertanto, un’eventuale diversa disciplina introdotta dalla contrattazione collettiva non era comunque tale da poter compromettere il diritto degli istituti previdenziali e assicurativi di avvalersi del regime di solidarietà ai fini della riscossione della contribuzione non versata⁴⁴.

L’intento legislativo sotteso a tale legittimazione risultava, dunque, essere sostanzialmente quello di consentire l’introduzione di discipline specifiche settoriali, permettendo un adattamento della regolazione generale alle peculiari caratteristiche dei diversi settori produttivi⁴⁵. A tal riguardo, si era posta la questione se l’espressione “*salva diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali*” si riferisse alla contrattazione collettiva sottoscritta da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore di appartenenza dell’appaltatore ovvero di quello del committente: a tal riguardo, il Ministero del lavoro, nel considerare l’istituto della responsabilità solidale una garanzia per i lavoratori impiegati nell’appalto (ovvero i lavoratori dipendenti dell’appaltatore/subappaltatore), aveva ritenuto, in conformità alla *ratio* legislativa, che gli eventuali regimi derogatori potessero essere disciplinati dai contratti collettivi loro applicati⁴⁶.

Tale disposto non si configurava, tuttavia, come una norma in bianco: alle parti si consentiva di predisporre modifiche in senso migliorativo, ma anche peggiorativo, rispetto alla disciplina di cui all’art. 29, a condizione che contestualmente si individuassero «metodi e procedure di controllo e di

⁴³ Sul punto si rinvia a IZZI, *Appalti e responsabilità solidale* cit., 96. Altresì i poteri derogatori del contratto collettivo non possono riguardare i debiti fiscali e i crediti derivanti da danni da infortunio, in quanto oggetto di regole autonome collocate fuori dell’area di applicazione dell’art. 29 d.lgs. n. 276/2003: al riguardo cfr. ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti* cit., 132.

⁴⁴ Come specificato dalla circ. Min. lav. 29 agosto 2013, n. 35.

⁴⁵ Al riguardo si rinvia a NUZZO, *L’utilizzazione di manodopera altrui in agricoltura e in edilizia: possibilità, rischi e rimedi sanzionatori*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 357/2018.

⁴⁶ Cfr. Interpello del 17 aprile 2015, n. 9.

verifica della regolarità complessiva degli appalti». Pertanto, potevano essere proposti, da un lato, interessanti spazi di intervento migliorativo, come la re-introduzione per via negoziale del principio di parità di trattamento, dall'altro lato, ipotesi di esclusione o alleggerimento della responsabilità solidale del committente e/o dell'appaltatore, solo però in conseguenza dell'introduzione di meccanismi di controllo e accertamento *ex ante* del corretto e diligente adempimento da parte del soggetto obbligato degli obblighi retributivi verso i lavoratori⁴⁷.

Attraverso la previsione di uno scambio negoziale tra l'accantonamento del regime legale di corresponsabilizzazione del committente e la predisposizione di misure di verifica dell'assolvimento degli obblighi economici da parte dell'appaltatore, ad essere introdotto era stato «un meccanismo premiale»⁴⁸, ovvero una tecnica di tutela ispirata da una logica di direzione, più che di protezione; si rinveniva da parte del legislatore un interessante ripensamento delle regole del gioco, la costituzione cioè di un diverso rapporto tra soggetti e regole, in cui il soddisfacimento dei diritti avviene non mediante norme imperative di legge, ma attraverso la configurazione di precondizioni poste a garanzia del loro pieno ed effettivo godimento.

Tuttavia, a fronte di tale previsione, nessun contratto collettivo è mai intervenuto a contemplare un qualche meccanismo di controllo e accertamento; del resto, non risultavano specificate *ex lege* le conseguenze in caso di mancato funzionamento di un eventuale meccanismo di controllo e verifica, posto in alternativa alla responsabilità solidale.

Inoltre, tale opzione legislativa presentava un'importante limite: le garanzie negozialmente previste potevano non trovare applicazione nelle ipotesi, non certo remote, in cui i soggetti che partecipavano alla filiera non appartenessero al medesimo settore produttivo e, dunque, non fossero tutti vincolati dalla stessa disciplina collettiva nazionale; era, pertanto, sufficiente anche soltanto un parziale disallineamento tra disposizioni contrattuali

⁴⁷ Sul punto cfr. CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento* cit., 1002; sui rischi di una disciplina di tutela dei diritti del lavoratore al ribasso, cfr. GAMBERINI – VENTURI, *La responsabilità solidale negli appalti*, in MAGNANI – TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, 206; MARCUCCI – GARIBOLDI – GHIDONI, *Le modifiche alla disciplina della solidarietà negli appalti*, in FEZZI – SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero*, Quaderni di wikilabour, 2012, 1 ss.

⁴⁸ Così IZZI, *Appalti e responsabilità solidale* cit., 97.

derogatorie e soggetti tenuti ad applicarle a far venire meno il complessivo equilibrio astrattamente perseguito dal legislatore⁴⁹.

Tali criticità hanno indotto il legislatore a voler ripristinare l'inderogabilità del regime di responsabilità solidale, attraverso l'abrogazione dell'espressione "*salva diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali*" ad opera del d.l. 17 marzo 2017, n. 25, convertito senza modificazione dalla l. 20 aprile 2017, n. 49.

Ora, se a seguito di tale abrogazione è stato evitato il confronto referendario con il quale si chiedeva fosse preclusa alla contrattazione collettiva nazionale la possibilità di derogare *in peius* il regime legale di responsabilità solidale, non si può altresì affermare che il carattere inderogabile di tale regime sia stato effettivamente ripristinato. Occorre, infatti, ricordare la presenza, nel nostro ordinamento giuridico, di una norma di ampia portata quale è l'art. 8 l. n. 148/2011, il quale prevede – tra le materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione, rispetto alle quali si attribuisce alla c.d. contrattazione di prossimità la facoltà di derogare anche *in peius* la disciplina legislativa – il regime di solidarietà negli appalti. Tra l'altro, tale facoltà derogatoria viene riconosciuta alla contrattazione collettiva di prossimità senza la previsione di meccanismi, che condizionino la legittimità della deroga negoziale alla sussistenza di determinati contenuti regolativi, come predisponessa l'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, nella versione previgente.

Considerato come il rapporto intercorrente tra l'art. 8 l. n. 148/2011 e l'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 come modificato dalla l. n. 92/2012, sia condivisibilmente da ricondurre ad un rapporto tra norma generale preesistente e norma speciale sopravvenuta⁵⁰, per cui la modifica apportata dalla Riforma Fornero è da ritenere che introducesse una puntuale e specifica regolamentazione della derogabilità collettiva della materia della solidarietà negli appalti del tutto incompatibile con il regime generale contemplato

⁴⁹ In questi termini le critiche di CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento* cit., 1003.

⁵⁰ Si vedano NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato* cit., 191-192; PASQUARELLA, *La responsabilità solidale negli appalti* cit., 808; ALBI, *Appalto* cit., 1638 ss.; CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento* cit., 1004, il quale ritiene possa essere considerato implicitamente abrogato l'art. 8 nella parte relativa al regime della solidarietà negli appalti; infine, cfr. GAMBERINI – VENTURI, *La facoltà derogatoria della contrattazione collettiva nella responsabilità solidale negli appalti*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 207, che rinvengono la *ratio* ispiratrice dell'intervento del 2012 nella volontà di realizzare un processo di armonizzazione del quadro giuridico che si era delineato in materia di appalti con l'art. 8 l. n. 148/2011.

dall'art. 8 l. n. 148/2011, in quanto riservata alla contrattazione nazionale e finalizzata al perseguimento di un preciso obiettivo, quale la regolarità degli appalti, oggi tale norma generale torna ad esplicare pienamente i suoi effetti, consentendo alla contrattazione di prossimità di derogare a quanto stabilito dalla legge in materia di responsabilità solidale negli appalti senza alcun limite o condizionamento.

3. La responsabilità solidale nelle ipotesi di interposizione illecita di manodopera

Un particolare profilo problematico si pone riguardo all'eventuale configurazione di un vincolo di responsabilità solidale tra committente e appaltatore nelle ipotesi di interposizione illecita di manodopera.

La questione posta in passato con riferimento all'art. 1 l. n. 1369/1960, che disponeva il divieto di affidare in appalto o in subappalto l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, considerando i lavoratori occupati in violazione di tale divieto dipendenti a tutti gli effetti dell'imprenditore che ne ha utilizzato la prestazione, è stata successivamente ridiscussa in giurisprudenza alla luce della rinnovata disciplina adottata in tema di somministrazione e di appalti dal d.lgs. n. 276/2003. La *querelle* giurisprudenziale che si è sviluppata a tal riguardo ha visto contrapporsi due orientamenti. Secondo una parte della giurisprudenza la nullità del rapporto di intermediazione di manodopera non comporta l'esonero del soggetto interposto dalla responsabilità per gli obblighi retributivi, contributivi e assicurativi derivanti dal rapporto di lavoro, dovendo questi rispondere assieme all'imprenditore che si è avvalso della prestazione di lavoro⁵¹. Ad avviso di altra giurisprudenza le prestazioni retributive, contributive e previdenziali gravano, invece, solo sull'interponente e non sull'interposto, in considerazione del fatto che, a seguito della nullità del contratto, i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'imprenditore che ne abbia utilizzato la prestazione⁵². Su tale contrasto giurisprudenziale sono intervenute le Sezioni Unite, accogliendo questo secondo indirizzo, affermando cioè che «solo sull'appaltante (o interponente) gravano gli

⁵¹ Cfr. Cass. 27 marzo 2004, n. 6144, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 380; Cass. 5 aprile 2004, n. 6649, in *Mass. Foro it.*, 2004.

⁵² Cfr. Cass. 21 gennaio 2004, 970, in *Mass. Foro it.*, 2004; già Cass. 14 giugno 1999, n.5901, in *Mass giur. lav.*, 1999, 1321, nt. CAMMALLERI.

obblighi in materia di trattamento economico e normativo scaturenti dal rapporto di lavoro nonché gli obblighi in materia di assicurazioni sociali, non potendosi configurare una (concorrente) responsabilità dell'appaltatore (o interposto) in virtù dell'apparenza del diritto e dell'apparente titolarità del rapporto di lavoro stante la specificità del suddetto rapporto e la rilevanza sociale degli interessi ad esso sottesi»⁵³.

La questione torna a presentare oggi nuovi elementi di problematicità. La soluzione delle Sezioni Unite, accolta anche dalla giurisprudenza di legittimità successiva⁵⁴, viene a scontrarsi con il nuovo assetto normativo come delineatosi dopo gli interventi di riforma del 2012, in forza dei quali si afferma la regola della responsabilità solidale nelle ipotesi di interposizione illecita di manodopera. A tal proposito, il legislatore è, infatti, intervenuto con riguardo alle ipotesi di somministrazione irregolare, disponendo all'art. 38, co. 3, d.lgs. n. 81/2015 (riaffermando sostanzialmente quanto già sancito dall'art. 27, co. 2, d.lgs. n. 276/2003), in primo luogo, che tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata, salvo poter il somministratore rivalersi sull'utilizzatore ai sensi dell'art. 2041, in forza cioè dell'azione di ingiustificato arricchimento; in secondo luogo, questi stabilisce che tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione, capovolgendo così la regola generale secondo la quale gli atti di gestione posti in essere da un soggetto diverso dal datore di lavoro (somministratore, ma anche pseudo-appaltatore) sono da considerarsi inesistenti e improduttivi di effetti⁵⁵. Del resto, con specifico riferimento alle ipotesi di appalto irregolare, già era stata riconosciuta – ai sensi dell'art. 29,

⁵³ Cass., Sez. Un., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 2011, nt. M.T. CARINCI.

⁵⁴ Cfr. Cass. 25 gennaio 2008, n. 1666, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 91; Cass. 16 febbraio 2009, n. 3707, in *Lav. prev.*, 2009, 1350; Cass. 23 settembre 2010, n. 20143, in *Guida dir.*, 2011, 2, 69; Cass. 15 febbraio 2013, n. 3795, in *Mass. Foro it.*, 2013.

⁵⁵ In tal senso v. SCARPELLI, *Art. 27*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali* cit., 427 ss.; cfr. altresì M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro* cit., 92-93; ZILIO GRANDI – SFERRAZZA, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 162-166; COSTA, *Solidarietà e codatorialità negli appalti*, cit., 16-20; di avviso contrario, in giurisprudenza, Cass. 23 novembre 2010, n. 23684, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 1088, nt. VASCCELLO.

co. 3bis, d.lgs. n. 276/2003, introdotto dal d.lgs. n. 251/2004 – la facoltà al lavoratore interessato di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di chi ne ha utilizzato effettivamente la prestazione.

Occorre, peraltro, precisare che, a differenza di quanto era previsto dalla l. n. 1369/1960 per cui il lavoratore assunto in violazione del divieto di interposizione si intendeva «a tutti gli effetti» alle dipendenze dell'imprenditore che ne aveva utilizzato la prestazione di lavoro, tale effetto – alla luce della normativa attualmente vigente – è previsto solo in alcune e più gravi ipotesi⁵⁶, richiedendo nelle altre l'accertamento giudiziario⁵⁷. Ciò significa che solo in presenza di un'azione di accertamento giudiziario promossa dal lavoratore interessato potrà essere costituito un nuovo e distinto rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con l'utilizzatore⁵⁸; diversamente, il rapporto di lavoro (seppur formale e apparente) con l'impresa che ha illecitamente posto in essere l'appalto (così come la somministrazione) non è da ritenere che venga automaticamente meno. L'eventuale azione promossa dal lavoratore, volta ad accertare l'effettiva titolarità del rapporto di lavoro in capo al committente di un appalto non genuino (ovvero in capo all'utilizzatore nelle ipotesi di somministrazione irregolare), è assoggettata al termine decadenziale di sessanta giorni⁵⁹.

Ampliamente si è discusso in giurisprudenza se il fatto che si costituisca un nuovo e distinto rapporto di lavoro con l'utilizzatore e non si proceda a imputare in capo a questo il precedente rapporto escludesse che in questi casi potesse essere invocato l'art. 32, co. 5, l. n. 183/2010 (c.d. Collegato lavoro), ora abrogato dal d.lgs. n. 81 del 2015. Secondo buona parte della

⁵⁶ Come dispone il legislatore *ex art.* 38, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 nelle ipotesi di contratto di somministrazione riconosciuto nullo per mancanza della forma scritta, recuperando quanto già affermato dall'art. 21, co. 4, d.lgs. n. 276/2003.

⁵⁷ Si rinvia a quanto espressamente previsto ai sensi dell'art. 38, co. 2, d.lgs. n. 81/2015 con riguardo alla somministrazione e ai sensi dell'art. 29, co. 3bis, d.lgs. n. 276/2003 con riguardo all'appalto.

⁵⁸ Così Cass. 8 maggio 2012, n. 6933, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 816, nt. LUCIANI, ove si sottolinea che è la sentenza che accerta l'irregolarità della somministrazione a ordinare la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore.

⁵⁹ Si rinvia a: con riguardo alla somministrazione Trib. Padova, 23 maggio 2012, *De Jure*; Trib. Milano 5 giugno 2013 e Trib. Pisa 4 dicembre 2012, entrambe in *Riv. crit. dir. lav.*, 2013, 55, nt. PIRONTI; con riguardo all'appalto App. Milano 23 maggio 2013, n. 643 in http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/23605App_Mi_643_2013%28.pdf; Trib. Trieste 23 luglio 2013, n. 187, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 557, nt. MUTARELLI, ove tra l'altro si specifica che il *dies a quo* dal quale inizia a decorrere il termine dei sessanta giorni per l'impugnazione è costituito dalla data di cessazione del contratto di appalto.

giurisprudenza di merito, nelle ipotesi di interposizione illecita di manodopera, tale norma non avrebbe potuto trovare applicazione, in quanto relativa solo ai casi di conversione del contratto a tempo determinato, mentre – nei casi di somministrazione irregolare – a configurarsi è la costituzione di un nuovo e diverso rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore⁶⁰. Ad avviso di altra giurisprudenza, avvalorata anche da pronunce della suprema Corte, tale disposto avrebbe, invece, dovuto trovare attuazione in presenza di tutte le fattispecie in cui il lavoratore, superando l'apparenza formale, intendesse azionare il diritto all'imputazione del rapporto di lavoro in capo al datore sostanziale, ovvero nelle ipotesi di somministrazione illegittima, di appalto illecito, nonché di violazione delle norma sul comando, rinvenendo di fatto in ciascuno di questi casi una conversione di un contratto a tempo determinato⁶¹.

L'abrogazione dell'art. 32, co. 5, l. n. 183/2010 ad opera del d.lgs. n. 81 del 2015 avvalorata la tesi per cui, anche nelle ipotesi di somministrazione e di appalto nullo o irregolare, l'interposto è da considerarsi solidalmente responsabile con l'interponente per gli obblighi retributivi e contributivi⁶²: si conferma così ancora una volta la regola della responsabilità solidale quale strumento principale di tutela del lavoratore.

⁶⁰ Così Trib. Bergamo 10 marzo 2011, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 855; si vedano altresì App. Roma 6 giugno 2013, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, 304, nt. LEPORE; Trib. Napoli 3 febbraio 2011, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 348, nt. LUCIANI; Trib. Napoli 8 febbraio 2011, in *Notiz. giur. lav.*, 2011, 175; Trib. Roma 21 febbraio 2013, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, 196, nt. SALVAGNI; Trib. Milano 28 novembre 2011, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 861, nt. BONSIGNORIO; Trib. Milano 23 dicembre 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 100; Trib. Milano 2 dicembre 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 1040.

⁶¹ Per la giurisprudenza di merito si rinvia a: Trib. Padova 4 febbraio 2011, in *Foro pad.*, 2012, I, 115; App. Firenze 13 dicembre 2011 e Trib. Firenze 14 febbraio 2012, entrambe in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 452, nt. ROMOLI; App. Firenze 13 dicembre 2011, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 452; Trib. Milano 22 novembre 2013, in *Giur. it.*, 2014, 1685, nt. GIULIANI; con riguardo agli interventi della S.C. si rinvia a: Cass. 17 gennaio 2013, n. 1148, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 331, nt. FIORILLO; Cass. 3 aprile 2013, n. 8120, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 827, nt. MARTELLONI; Cass. 29 maggio 2013, n. 13404, in *Foro it.*, 2013, I, 2127, nt. PERRINO; Cass. 1 agosto 2014, n. 17540, in *Foro it.*, 2014, I, 3139. In merito a tale dibattito si vedano le considerazioni critiche di M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro* cit., 94; LAMBERTI, *La somministrazione di manodopera dopo il c.d. Collegato lavoro: spunti di riflessione*, in *Mass giur. lav.*, 2011, 123.

⁶² In tal senso già circ. Min. 7/2015, laddove si afferma che i lavoratori, come anche gli enti previdenziali, possono rivolgersi indifferentemente e cumulativamente al somministratore o all'utilizzatore, ritenuti solidalmente responsabili degli adempimenti posti a carico del datore di lavoro.

4. Osservazioni conclusive

La regola della responsabilità solidale si conferma, dunque, quale strumento principe di governo dei processi di decentramento produttivo. Gli interventi di riforma legislativa posti in essere nell'ultimo decennio sono stati orientati a favorire forme di responsabilizzazione degli attori economici e di trasparenza dei processi di decentramento delle imprese: mediante la moltiplicazione dei centri di responsabilità, il legislatore ha inteso non solo rafforzare la tutela del credito dei lavoratori, ma anche – come ha rilevato la dottrina più attenta⁶³ – indurre il committente a selezionare *partners* affidabili e a controllarne l'operato per tutta la durata del rapporto contrattuale, a perseguire cioè come obiettivo la realizzazione di un decentramento virtuoso.

Ciò risulta ancor più vero oggi, a seguito cioè della modifica abrogativa apportata all'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 dal d.l. n. 25/2017, convertito senza modificazione dalla l. n. 49/2017, con la quale è stato ripristinato l'impianto originario del regime di responsabilità: come ricordato (v. *supra* § 2.2), è stata disposta l'abrogazione del principio del litisconsorzio necessario e del beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore introdotti ad opera dei provvedimenti del 2012, che avevano determinato un notevole alleggerimento degli oneri previsti a carico del committente e un contestuale depotenziamento delle garanzie di solidarietà poste a tutela dei lavoratori.

Tuttavia, il sistema di garanzie dei lavoratori coinvolti dai processi di esternalizzazione potrebbe oggi subire un notevole alleggerimento qualora la contrattazione collettiva di prossimità intervenisse in funzione derogatoria, legittimata in tal senso dall'art. 8 l. n. 148/2011, senza essere sostenuta da una puntuale definizione di metodi e procedure di controllo della regolarità degli appalti, come risultava prescritto all'*incipit* dell'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, prima della modifica abrogativa del 2017, in precedenza ricordata (v. *supra* § 2.3).

Allo stato attuale non si rinviene alcun sistema in grado di consentire al committente che si trova al vertice della catena contrattuale di poter

⁶³ Cfr. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato* cit., 190; FERRANTE – BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, cit., 476; M.T. CARINCI, *Appalti pubblici e privati: modelli organizzativi e di tutela. Introduzione minima*, in *Lav. giur.*, numero speciale, 2011, 9; CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, 2004, 252 ss.

effettuare un efficace e capillare controllo preventivo sulla regolarità dell'assolvimento degli obblighi economici da parte dell'appaltatore; mancano cioè quei meccanismi che consentano una verifica *ex ante*, necessaria perché il ricorso alla responsabilità solidale si configuri – secondo l'intento legislativo – come *extrema ratio*. Del tutto estranea alla dinamica regolativa è rimasta, infatti, la definizione delle modalità di emersione della conoscenza della filiera, integrandosi in tal modo ipotesi di asimmetria informativa⁶⁴. Si pensi, nello specifico, alla condizione di estraneità in cui versano soggetti terzi rispetto al rapporto contrattuale, quali gli enti previdenziali e assicurativi, con riferimento all'andamento e ai contenuti della filiera esecutiva dell'appalto e dei lavoratori ad essa addetti.

La mancanza di strumenti di osservabilità e verificabilità del corretto operare dei vari imprenditori coinvolti nella catena di appalti può così essere sfruttata come fonte di turbativa contrattuale e di squilibrio tra le parti negoziali. Perché, dunque, possa realizzarsi realmente un decentramento virtuoso nell'ambito di un sistema normativo sempre meno caratterizzato da strumenti di tipo coercitivo e sanzionatorio, fondato sulla garanzia della solidarietà tra utilizzatore e somministratore, ovvero tra committente e appaltatore, si impone l'introduzione di momenti di osservabilità e verificabilità che consentano, in forza del principio di trasparenza, effettive forme di controllo e accertamento *ex ante* da estendere a fronte di qualunque scelta di frammentazione organizzativa e di esternalizzazione del ciclo produttivo.

⁶⁴ Si rinvia a GAMBERINI – VENTURI, *La facoltà derogatoria della contrattazione collettiva nella responsabilità solidale negli appalti* cit., 198-200, laddove propongono la certificazione di *standard* contrattuali e organizzativi nell'impiego della manodopera quale strumento di controllo sulla correttezza dei comportamenti assunti dalle parti coinvolte.

IL REGOLAMENTO C.D. *GEOBLOCKING* NEL QUADRO DELLA DISCIPLINA SUL COMMERCIO ELETTRONICO[°]

Gabriella Gimigliano

*Ricercatrice di Diritto commerciale,
Università degli Studi di Siena*

Nel quadro della disciplina armonizzata sul commercio elettronico, l'articolo esamina il regolamento 2018/302/UE sui blocchi geografici indiscriminati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno, privilegiando la prospettiva del diritto dell'impresa.

Within the European framework for e-commerce, this paper analyses, from a business law perspective, the European regulation 2018/302/EU on unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market.

Sommario:

1. Introduzione
2. La base giuridica e la finalità del regolamento *geoblocking*
3. L'ambito soggettivo di applicazione
4. L'ambito oggettivo di applicazione
5. Blocchi geografici, diversità nelle condizioni generali di accesso e negli strumenti di pagamenti accettati
6. Conclusioni

[°] Saggio sottoposto a double-blind peer review.

1. Introduzione

Secondo un'indagine svolta da un gruppo di esperti su incarico della Commissione europea, il *geoblocking* è una prassi contrattuale che di regola consta nel i) rifiuto di contrarre, ii) reindirizzamento automatico ad altro sito e nella iii) differenziazione delle condizioni generali contrattuali. Accade, così, che il professionista desuma dall'indirizzo IP del cliente il suo luogo di residenza e, limitatamente ad alcuni Stati membri, blocchi l'invio dell'ordine di acquisto di un bene o di un servizio; ancora, può darsi il caso che il professionista, avvalendosi del sistema di rilevazione satellitare, individui la posizione del cliente e lo reindirizzi automaticamente alla versione domestica della propria vetrina virtuale, associando, però, a quel negozio virtuale, prezzi e prodotti differenti; da ultimo, è diffusa la prassi delle applicazioni di confronto dei prezzi, che includono nel paniere dei risultati soltanto quei prodotti o servizi per i quali il cliente può concludere la transazione in ragione della localizzazione geografica del suo IP e, quindi, della presunta nazionalità o del presunto luogo di residenza o di stabilimento¹.

Il regolamento europeo n. 302 del 2018² (di seguito, regolamento *geoblocking*) intende promuovere il «*buon funzionamento del mercato interno non consentendo blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate, direttamente o indirettamente, sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti*»³.

In vigore dal 3 dicembre 2018⁴, questo regolamento è stato adottato nel quadro del Mercato Unico Digitale (di seguito, MUD), inteso come «*un mercato in cui è garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e in cui, quale che sia la loro cittadinanza o nazionalità o il luogo di residenza, persone e imprese non incontrano*

¹ SZMIGIELSKI, *Sector inquiry into cross-border e-commerce: the challenges and principal implications for European Union completion law*, in Adam Mickiewicz University Law Review, 2017, 235 – 248; SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, Directorate General For Internal Policies, 2013, 12 ss.

² Reg. 302/2018/UE del 28 febbraio 2018, pubblicato in G.U.C.E. L 60 I/1 del 2.03.2018.

³ Art. 1, § 1, reg. *geoblocking*. Cfr.: COM (2015) 192, 6 s. (la c.d. “Strategia per il mercato unico digitale in Europa”), ha evidenziato che il 72% delle denunce alla rete dei centri europei per i consumatori concernenti le differenze di prezzo o altre discriminazioni interessa gli acquisti online transfrontalieri. Solo in alcuni casi – evidenzia la Comunicazione – queste limitazioni possono essere giustificate, ad esempio da obblighi giuridici specifici prescritti al professionista.

⁴ Cfm.: art. 11, reg. *geoblocking*.

ostacoli all'accesso e all'esercizio delle attività online in condizioni di concorrenza leale e potendo contare su un livello elevato di protezione dei consumatori e dei dati personali»⁵.

Con il MUD, la Commissione delinea una strategia pluriennale secondo tre linee di azione strategica: i) «migliorare l'accesso online ai beni e servizi in tutta Europa per i consumatori e le imprese»; ii) «creare un contesto favorevole nel quale le reti digitali possano svilupparsi»; iii) «massimizzare il potenziale di crescita della rete digitale europea»⁶.

Il regolamento sui blocchi geografici è stato adottato nel quadro dell'azione strategica *sub i*) che associa questo tipo di intervento ad altre iniziative che direttamente o indirettamente lo coadiuvano⁷:

a) rafforzare la fiducia dei consumatori e delle piccole e medie imprese nelle opportunità della rete, semplificando il quadro giuridico di riferimento sulla disciplina dei contratti e la tutela dei consumatori, soprattutto in merito ai rimedi disponibili quando il prodotto digitale, acquistato online, si riveli difettoso⁸;

⁵ COM (2015) 192, 3. Nelle comunicazioni della Commissione europea si fa riferimento al “mercato unico digitale”, rapportando il concetto di mercato unico alla dimensione delle comunicazioni e degli scambi attuali, quotidianamente basati sul protocollo di rete Internet. In altri termini, non sembra che la Commissione volesse suggerire l'esistenza di un solo mercato. Al contrario, la dottrina ha criticamente osservato che l'espressione “mercato unico digitale” rappresenta una mera astrazione, “una sorta di metafora per indicare un insieme di mercati tra loro distinti, anche se collegati e reciprocamente interagenti”. Sotto questo profilo il mercato digitale rappresenta un “aggregato macroeconomico” articolato in diversi comparti, e che rappresentano per il diritto della concorrenza distinti mercati. In questi termini: OLIVIERI, *Del mercato delle cose al mercato delle idee*, in *Riv. Soc.*, 2017, 815 ss.

⁶ *Amplius*: COM (2017) 228 “Sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia del mercato unico digitale”.

⁷ Oltre le aree di intervento elencate di seguito, la Comunicazione del 2015 contempla anche un'azione sui regimi IVA che, per la loro diversità, aggiungono un ulteriore ostacolo al commercio transfrontaliero, *online ed offline*. COM (2015) 192, 8 s.

⁸ Al momento del varo del MUD nel 2015 (COM (2015) 4 ss.), vi erano due dati interessanti: 1) solo il 7% delle PMI europee vendeva oltrefrontiera; 2) il 61% dei consumatori si sente sicuro se acquista online da un imprenditore che ha sede nello stesso Stato membro, mentre solo il 31% dei consumatori europei si sente sicuro effettuando un acquisto online transfrontaliero. Per migliorare l'armonizzazione del diritto dei contratti e della disciplina a tutela dei consumatori nelle transazioni a distanza, la Commissione europea progettava di presentare una proposta modificata sugli aspetti essenziali del contratto di vendita, che consenta ai venditori di applicare la disciplina del proprio Paese d'origine, in aggiunta ad una proposta di revisione del regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori.

b) migliorare il servizio di consegna transfrontaliera in termini di rapporto tra costo e qualità, promuovendo l'interoperabilità tra gli operatori che intervengono in un'unica operazione di consegna⁹;

c) predisporre una disciplina del diritto d'autore che superi il requisito della territorialità della tutela, in modo tale da facilitare l'accesso e la portabilità dei contenuti digitali nel mercato interno¹⁰.

A ben vedere, però, il processo di armonizzazione della disciplina sul commercio elettronico risale al 1996, promosso con una serie di comunicazioni della Commissione europea che ne accoglievano una nozione ampia, atta a comprendere ogni attività commerciale svolta per via elettronica, dalla vendita dei beni o servizi all'assistenza post-vendita, dall'attività di ricerca dati alla pubblicità, dalla prestazione di servizi giuridici o finanziari all'espletamento di gare pubbliche di appalto, e così di seguito¹¹.

⁹ Secondo i dati forniti dalla Comunicazione sulla "Strategia per il mercato unico digitale in Europa", il 62% delle imprese lamentava l'esosità dei costi di consegna, stimando che le tariffe transfrontaliere dei plichi tendenzialmente quintuplicavano le tariffe applicate dagli stessi operatori per le consegne nazionali. La Commissione si orientava a migliorare la trasparenza tariffaria ed il potenziamento della sorveglianza regolamentare sui mercati dei pacchi transfrontalieri. *Amplius*: COM (2015), 192, 5 s.

¹⁰ Nella Comunicazione del 2015 (supra, nota 2), è evidenziato che circa il 45% degli imprenditori che progetto di sperimentarsi nelle vendite online di servizi digitali individualizzati riscontrano come un problema le restrizioni dipendenti dalla tutela del diritto d'autore e, contestualmente, è emerso che meno del 4% di tutti i contenuti video è accessibile a richiesta oltrefrontiera all'interno dell'Unione europea.

La Comunicazione richiamata registra un impegno della Commissione per superare le differenze tra i diversi ordinamenti nazionali in materia di diritto d'autore, formulando proposta in tema di "i) portabilità dei contenuti di provenienza lecita; ii) accesso oltre frontiera ai servizi online di provenienza lecita, sempre nel rispetto della valenza dei diritti nel settore audiovisivo; iii) maggiore certezza del diritto, mediante deroghe armonizzate, circa l'uso oltre frontiera di contenuti per finalità specifiche (ad es., ricerca, finalità educative, estrazione di testo e dati, ecc.); iv) precisazione delle norme sull'attività degli intermediari in relazione ai contenuti coperti da diritto d'autore e, nel 2016, v) applicazione più moderna dei diritti di proprietà intellettuale, con particolare riguardo alle violazioni su scala commerciale (principio inteso a seguire la traccia dei soldi) e all'applicabilità transfrontaliera". Cfr.: COM (2015) 192, 7 s.

¹¹ CORVESE – GIMIGLIANO (a cura di), *Profili interdisciplinari del commercio elettronico*, Pisa, 2016; un quadro d'insieme della disciplina comunitaria del commercio elettronico in: LODDER – MURRAY (a cura di), *EU regulation of e-commerce. A Commentary*, Edward Elgar Publishing: Cheltenham, Glos, UK, 2017; SARRACCO, *Il fenomeno e-commerce e i recenti sviluppi del mercato unico digitale in Europa*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2016, 89 – 115.

Anche in quella sede la Commissione si poneva il problema di costruire e sostenere la fiducia del consumatore e dell'imprenditore nelle potenzialità della *rete*, rafforzando le infrastrutture e smussando quelle differenze normative tra l'uno e l'altro Stato membro che potessero diventare un ostacolo all'esercizio di attività per loro natura transfrontaliere¹².

Il progetto è stato svolto di pari passo con il processo di armonizzazione degli standard tecnici e regolativi sul trasferimenti di fondi, per rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei pagamenti e promuoverne l'*elettronificazione*, senza però predisporre una disciplina dedicata prettamente ai pagamenti *online* e *mobile*¹³. Questa tecnica legislativa è stata ampiamente adottata nel processo europeo di armonizzazione¹⁴, con la conseguenza di privilegiare provvedimenti applicabili ad ogni forma di transazione a distanza ed a qualsiasi tipo di bene o di servizio, come dimostra anche la più recente revisione della disciplina a tutela dei consumatori¹⁵.

Assumendo la prospettiva dell'imprenditore digitale - che il regolamento *geoblocking* in qualche modo limita nella sua libertà di iniziativa economica -, l'analisi prova a dar conto degli aspetti essenziali, evidenziandone continuità e discontinuità di metodo e di merito rispetto alle direttive sul

¹² Tra le diverse comunicazioni adottate dalla Commissione nella seconda metà degli anni novanta in tema di commercio elettronico, si segnalano: DOC/96/8 e la COM (97) 157 def. Cfm: LODDER – MURRAY, *The European Union and e-commerce*, in LODDER – MURRAY (a cura di), *EU regulation of e-commerce*, Cheltenham, UK, 2017, 1 – 14.

¹³ Dir. 2015/2366/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, sui servizi di pagamento nel mercato interno, pubblicata in G.U.C.E. L 337/35, del 23 dicembre 2015 (la c.d. PSD2). La direttiva PSD2, che la sostituisce la PSD1 del 2007, rappresenta il provvedimento principale in un quadro più complesso che combina fonti di etero- ed auto-regolamentazione, nonché raccomandazioni e norme dell'Autorità Bancaria Europea. Interessante come analisi del punto di partenza del processo di armonizzazione del diritto dei pagamenti: D'ORAZIO, *Il codice europeo di autodisciplina bancaria sul pagamento elettronico*, in *Dir. Inf.*, 1990, 863 – 884.

¹⁴ Sulla tecnica legislativa privilegiata, Gustavo Olivieri ha osservato che la "sostanziale anomia", intesa come mancanza di regole ad hoc, che caratterizza lo sviluppo dei mercati digitali rappresenta una "situazione che – secondo Durkheim, si può riscontrare solo in periodi di grave crisi, ovvero – ed è questo, parrebbe il caso di Internet – di boom economico, durante i quali la rapidità del mutamento sociale non consente alle norme di tenere il passo con le molteplici sollecitazioni e istanze emergenti nel sistema sociale". OLIVIERI, *Del mercato delle cose al mercato delle idee*, cit.

¹⁵ Dir. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, pubblicata in G.U.C.E. L 304/4 del 22 novembre 2011. Questa direttiva modifica le precedenti sui diritti dei consumatori, della quale è svolto un esame dettagliato in: BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi" diritti*, in *Europa e Diritto Privato*, 2014 (3), 927 - 1015.

commercio elettronico¹⁶, la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari¹⁷ e la direttiva sui servizi nel mercato interno¹⁸.

Come nota organizzativa, si precisa che ogniqualvolta questa analisi fa riferimento alla discriminazione, si intende quella basata sulla nazionalità, sul luogo di residenza o di stabilimento, che non saranno più ripetuti, salvo lo richieda la chiarezza del discorso

2. La base giuridica e la finalità del regolamento *geoblocking*

Il regolamento *geoblocking* ha la propria base giuridica nell'art. 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) che legittima la Commissione, il Parlamento europeo ed il Consiglio ad adottare, secondo il ruolo loro proprio nella procedura legislativa ordinaria, le misure di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, per la costruzione di un "mercato interno"¹⁹.

L'art. 26 TFUE definisce il mercato interno come uno «*spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati*»²⁰. Il Piano per un Mercato Unico Digitale prova a calibrare il principio del mercato interno sulle specificità del commercio elettronico e, dunque, sugli ostacoli che possono essere eretti al pieno esercizio delle libertà

¹⁶ Dir. 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 8 giugno 2000, concernente alcuni aspetti giuridici della società dell'informazione, pubblicata in G.U.C.E. L 178/1, del 17 luglio 2000.

¹⁷ Dir. 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, pubblicata in G.U.C.E. L 271/16 del 9.10.2002.

¹⁸ Dir. 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, pubblicata in G.U.C.E. L 376/36 del 27 dicembre 2006.

¹⁹ La preoccupazione che queste forme di discriminazione possano minare il corretto funzionamento del principio del mercato interno sono espresse in più punti del regolamento in esame, in particolar modo, si segnalano i considerando (1), (18), (19).

Questa base giuridica, che ricade in un ambito di competenza condivisa tra l'Unione e gli Stati membri, rende necessario giustificare l'iniziativa rispetto ai principi di proporzionalità e di sussidiarietà, come il regolamento fa al considerando (42).

²⁰ Le espressioni "mercato comune", "mercato interno", "mercato unico" sono praticamente equivalenti e possono essere utilizzate indistintamente. Cfm: TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 380.

fondamentali quando i prodotti o i servizi sono acquistati o sono fruiti *on-line*²¹.

Con il regolamento *geoblocking*, il legislatore europeo vieta agli imprenditori di discriminare tra l'uno e l'altro cliente, professionista o consumatore, in ragione della nazionalità, del luogo di residenza o di stabilimento²².

Questo aspetto rappresenta una novità rispetto all'approccio invalso nel processo di integrazione, negativa e positiva, del mercato interno.

Sembra opportuno ricordare che, in una prima fase, il processo di liberalizzazione è stato affidato essenzialmente all'integrazione negativa e la Corte di giustizia ha interpretato i divieti agli artt. 49, 56 e 67 TFUE (secondo la numerazione attualmente in vigore) come prescrizioni riferite agli Stati membri ed alle istituzioni europee²³. L'interpretazione è stata, in certo qual modo, bilanciata dal riconoscimento alle disposizioni richiamate dell'efficacia diretta, legittimando il singolo cittadino europeo ad agire in giudizio qualora ritenesse che un atto legislativo o amministrativo, dello Stato membro o delle istituzioni europee, comprimesse o rendesse più oneroso l'esercizio del diritto alla libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi²⁴.

Al contrario, quando la discriminazione era di tipo orizzontale e, quindi, aveva origine in un comportamento, unilaterale o collettivo, degli imprenditori, la giurisprudenza della Corte ammetteva soltanto il ricorso alle norme *anti-trust*, sempre che ve ne fossero le condizioni²⁵.

²¹ La nozione di riferimento è quella di «servizi prestati tramite mezzi elettronici», che sarà approfondita al § 4, che rappresenta il termine oggettivo di riferimento del regolamento (cfr.: art. 2, n. 1, Reg. *geoblocking*).

²² Precisamente, il regolamento si propone di «contribuire al buon funzionamento del mercato interno, impedendo i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate, direttamente o indirettamente, sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti» (art. 1, § 1, Reg. *geoblocking*).

²³ L'art. 49, § 1, TFUE, dispone che «le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro»; secondo l'art. 56 TFUE «le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione vengono vietate»; infine l'art. 67 TFUE ha vietato tutte le restrizioni ai movimenti di capitale ed ai pagamenti tra Stati membri e tra Stati membri e Paesi terzi.

²⁴ TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 394.

²⁵ Possono esser segnalati due casi recenti nei quali accordi di distribuzione verticale perché gli accordi di distribuzione selettiva integravano intese verticali illecite. È appunto il caso della Guess, multata dalla Commissione europea nel dicembre 2018 per aver, tra le altre cose, impedito ai dettaglianti autorizzati alla vendita di distribuire online prodotti con il

In via generale, anche il processo di integrazione positiva ha fatto ricorso allo stesso approccio²⁶. Può anche destare sorpresa, ma dopo vent'anni dalle prime direttive di armonizzazione del mercato interno, la direttiva sul commercio elettronico ha applicato la clausola del mercato interno in maniera verticale, riferendola agli atti amministrativi e legislativi.

L'art. 3, infatti, prescrive agli Stati membri il reciproco riconoscimento della disciplina e del sistema dei controlli sui prestatori dei servizi della società dell'informazione, assumendo come tale «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi»²⁷.

Con la clausola del mercato interno, è la disciplina ed il sistema dei controlli dello Stato membro di stabilimento a prevalere su quella dello o

proprio marchio, se i clienti erano stabiliti nell'Europa centrale o orientale. Altra vicenda recente, che però ha interessato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, concerne la Cadel s.r.l. e le indicazioni date ai propri distributori nel commercio elettronico di apparecchiature per il riscaldamento e la obtura a pellet e a legna. Nella circolare inviata, la Cadel dava le seguenti indicazioni: i) le vendite online devono essere effettuate esclusivamente sui siti Internet in lingua italiana con dominio “.it”, ii) nel commercio elettronico non possono essere utilizzate lingue diverse da quella italiana, iii) le consegne devono essere limitate al territorio italiano, iv) solo i rivenditori autorizzati Cadel possono ricorrere alla promozione ed alla vendita online. L'AGCM ha configurato un'ipotesi di intesa verticale illecita, ex art. 101 TFUE, evidenziando, tra le altre cose, che “si tratta di condotte (...) che sembrano idonee a scoraggiare l'espansione dell'attività dei distributori oltre gli ambiti nazionali limitare e/o impedire l'acquisto da parte di consumatori stabiliti all'estero dei prodotti Cadel venduti dalla rete italiana dei distributori online”. La vicenda si è chiusa con l'accertamento dell'infrazione e l'assunzione di impegni ad opera dell'imprenditore interessato. Cfr.: Provvedimento n. 266616, www.agcm.it

Un commento più generale sui profili antitrust del geoblocking, cfr: SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 57 – 85; HELBERGER, *Refusals to serve consumers because of their nationality or residence. Distortions in the Internal Market for e-commerce transactions?*, Institute for Information Law: Amsterdam, 2007, www.ssrn.com

²⁶ Anche per effetto dell'integrazione positiva, il mercato comune è «il quadro giuridico complessivo, su scala europea, dello svolgimento dei rapporti economici. Come tale esso dà corpo e tutela all'insieme degli interessi, delle esigenze e dei valori che a quei rapporti si ricollegano». TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 384.

²⁷ L'art. 2, lett. a), dir. 2000/31/CE rinvia all'art. 1, n. 2, della dir. 98/34/CE, così come modificata dalla dir. 98/48/CE. La nozione di servizio della società dell'informazione è molto ampia, anche se non priva di ambiguità²⁷. In prima approssimazione, può dirsi che comprende operazioni di commercio, con la conclusione di contratti online, ma anche attività economiche diverse, come quelle di ricerca, trasmissione o custodia dei dati, di marketing, intrattenimento, e così di seguito, che possono anche non prescrivere all'utilizzatore il pagamento di un prezzo, a fronte di altre forme di remunerazione, come la raccolta e l'utilizzo dei dati personali o la pubblicità online. Cfr.: considerando (18), direttiva sul commercio elettronico.

degli Stati membri di destinazione del servizio. La disciplina concerne le condizioni, generali e particolari, di accesso al mercato rilevante, ma anche la disciplina sulle comunicazioni commerciali, dei contratti online, del contenuto dei servizi da prestare, a meno che questi ambiti non siano stati in altra sede armonizzati.

Una conferma di questa ricostruzione si coglie attraverso le deroghe consentite. Infatti, l'art. 3, co. 4, della direttiva sul commercio elettronico consente agli Stati membri di destinazione del servizio di impedirne l'esercizio transfrontaliero se corrono ragioni di ordine pubblico, tutela della sanità pubblica, difesa nazionale, purché il provvedimento – e, dunque, il limite posto alla libertà di circolazione dei servizi – è proporzionale alla minaccia e consta l'inefficacia dei provvedimenti assunti o addirittura l'inerzia dello Stato membro d'origine del prestatore²⁸.

Nel 2006, con la direttiva “Servizi”, è compiuto un primo, incerto, cambiamento di approccio, che interessa un settore considerato di peculiare importanza nello sviluppo del mercato interno dalla Commissione²⁹.

Escluse le deroghe operate all'art. 2, co. 2, questa direttiva presenta un'applicazione generale, perché l'accezione di “servizio” accolta - «qualsiasi attività economica non salariata di cui all'art. 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione»³⁰ - non opera differenze tra attività del mercato reale o del mercato digitale, né distingue tra l'una o l'altra tipologia di destinatari, individuati in «qualsiasi persona fisica che sia cittadino di uno Stato membro o che goda di diritti conferitile da atti comunitari o qualsiasi persona giuridica, di cui all'art. 48 del trattato, stabilita in uno Stato membro che, a scopo professionale o per altri scopi, fruisce o intende fruire di un servizio»³¹.

Nel capo IV, dall'art. 16 all'art. 21, la clausola del mercato interno è applicata agli Stati membri. Tra l'altro, è disposto che gli Stati membri «(...) rispettano il diritto dei prestatori di fornire un servizio in uno Stato membro

²⁸ Dunque, lo Stato membro di destinazione, che voglia avvalersi della deroga, deve dapprima chiedere un'iniziativa dello Stato membro di origine e, solo subordinatamente all'inerzia o all'insufficiente risposta di questo, adottare il provvedimento limitativo, dandone comunicazione preliminare alla Commissione europea.

²⁹ Il considerando (4) della direttiva servizi ha evidenziato che i servizi costituiscono il motore della crescita economica e rappresentano il 70% del PIL e dei posti di lavoro nella maggioranza degli Stati membri.

³⁰ Art. 4, n. 1, direttiva servizi. Sulla direttiva servizi, DE MINICO – VIGGIANO, *Directive 2006/123/EC on services in the internal market*, in LODDER – MURRAY (a cura di), *EU regulation of e-commerce*, cit., 128 – 145.

³¹ Art. 4, n. 3, direttiva servizi.

*diverso da quello in cui sono stabiliti*³² e «(...) non possono subordinare l'accesso a un'attività di servizi o l'esercizio della medesima sul proprio territorio a requisiti che non rispettano» il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità o della sede³³.

In questo stesso capo, soltanto la disposizione all'art. 20 sembra generalizzare un'applicazione orizzontale del principio di non-discriminazione, anticipando – limitatamente al mercato dei servizi- le scelte che saranno operate una decina di anni dopo con il regolamento *geoblocking*.

L'art. 20, co. 1, dispone che «*Gli Stati membri provvedono affinché al destinatario non vengano imposti requisiti discriminatori fondati sulla sua nazionalità o sul suo luogo di residenza*». La dottrina ha sostenuto che questa disposizione conferma un'applicazione di tipo verticale del principio di non discriminazione, argomentando la conclusione dall'accezione del termine “requisiti” (discriminatori), che solo apparentemente presenterebbe una valenza neutra, generica. Infatti, l'art. 4, n. 7, della direttiva servizi, dispone che il requisito indica “*qualsiasi obbligo, divieto, condizione o limite stabilito dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri o derivante dalla giurisprudenza, dalle prassi amministrative, dalle regole degli organismi o ordini professionali o dalle regole collettive di associazioni o organizzazioni professionali adottate nell'esercizio della propria autonomia giuridica (...)*”³⁴.

Forse, *stiracchiando* l'art. 20, co.1, potrebbe dirsi si assiste ad una generalizzata applicazione orizzontale del principio di non discriminazione perché gli Stati membri “provvedono” svolgendo un'attività di monitoraggio e di vigilanza sull'attività normativa delle associazioni di categoria o, in alternativa, “provvedono” perché sono tenuti ad un ripensamento della disciplina generale sui contratti pertinenti, come quelli di distribuzione selettiva, per imporre, *expressis verbis*, ai privati, il principio di non discriminazione, anche quando non si configura una violazione delle norme *antitrust*.

Più semplicemente, potrebbe essere sostenuto che l'art. 20, co. 1, imprime portata generale ad un orientamento interpretativo già ampiamente

³² Il concetto di “stabilimento” accolto nella direttiva servizi non è diverso da quello posto nella direttiva sul commercio elettronico. Cfr.: art. 4, n. 5, direttiva servizi ed il considerando (19) della direttiva sul commercio elettronico.

³³ Art. 16, co. 1, direttiva servizi. Il co. 3 consente agli Stati membri di porre degli ostacoli se ricorrono motivi di salute pubblica, pubblica sicurezza, sanità pubblica, o tutela dell'ambiente, sulla falsariga di quanto già previsto dalla direttiva sul commercio elettronico.

³⁴ Sul punto, SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 26-50.

invalso presso la giurisprudenza della Corte di giustizia, a tenore del quale il principio di non discriminazione di cui all'art. 18 TFUE³⁵ rappresenta un principio base del diritto dell'Unione europea, sotteso all'interpretazione ed all'applicazione delle libertà fondamentali di circolazione, consentendo un'equilibrata costruzione del mercato interno. Da tanto consegue che il principio di non discriminazione³⁶ si considera sotteso ad ogni provvedimento sulle libertà fondamentali e, quindi, anche all'applicazione della direttiva servizi, nonostante non sia espressamente richiamato come base giuridica³⁷. Del resto, ben si salda con l'accezione di "requisiti", l'orientamento della Corte di giustizia che riconosce l'efficacia diretta dell'art. 18 TFUE anche con riferimento alle norme prodotte da organizzazioni di categoria o professionali, che concretamente esercitano un influente potere regolamentare, come nella vicenda Angonese³⁸.

Detto questo, la direttiva servizi ammette, nonostante le incertezze interpretative, una forma di applicazione orizzontale del principio di non discriminazione, limitatamente al mercato dei servizi: il co. 2, dell'art. 20, dispone che «*Gli Stati membri provvedono affinché le condizioni generali di accesso a un servizio che il prestatore mette disposizione del grande pubblico non contengano condizioni discriminatorie basate sulla nazionalità o sul luogo di residenza del destinatario, ferma restando la possibilità di preveder condizioni di accesso differenti allorché queste sono direttamente giustificate da criteri oggettivi*». Il regolamento geoblocking, a sua volta, dovrebbe colmarne le eventuali lacune ed estenderne l'applicazione al mercato dei beni.

³⁵ L'art. 18 TFUE dispone che «*1. Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni*».

³⁶ La Corte di giustizia ha tendenzialmente accolto un'interpretazione estensiva del co. 1: infatti, ha incluso nell'ambito di applicazione dell'art. 18 anche le discriminazioni in ragione del luogo di residenza, che rappresenterebbero discriminazioni indirette basate sulla nazionalità. Cfm.: SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 31 s.

³⁷ SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 30.

³⁸ «*In the light of the case law of the ECJ the direct application of Article 18 between private persons can only be assumed if private actors either have power and influence comparable to states with the effect that other private actors have hardly any chance of avoiding discrimination*». SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 39.

Diversamente il diritto europeo dei pagamenti al dettaglio – richiamato all'art. 5, del reg. *geoblocking* – ha applicato orizzontalmente il principio di non-discriminazione in tempi risalenti, svolgendo una strategia normativa complessa che ha abbinato iniziative regolamentari ad altre di auto-regolamentazione³⁹.

Il primo degli atti istituzionali in questo solco è stato il reg. n. 2561 del 2001⁴⁰, secondo il quale «*Dal 1° luglio 2002 le commissioni applicate da un ente sulle operazioni transfrontaliere di pagamento elettronico in euro fino a un massimo di 12500 EUR sono eguali a quelle addebitate dallo stesso ente sui pagamenti corrispondenti in euro eseguiti nello Stato membro dove è stabilito detto ente*». Analoga disposizione era prevista in merito alle commissioni applicate ai bonifici transfrontalieri in euro, entro la stessa soglia, ma a decorrere dal 1° luglio 2003 (art. 3, Reg. 2560/2001). A questo regolamento seguiranno molti altri indirizzati a banche e intermediari finanziari, tutti tesi ad uniformare tariffe applicate e tempi di esecuzione, ma che interessano anche altri strumenti di pagamento.

Contestualmente, l'Unione è intervenuta sulla diversità dei costi a monte, diversità che avrebbe potuto obiettivamente giustificare l'applicazione di condizioni economiche meno vantaggiose. Infatti, ricorrendo alla collaborazione delle associazioni di intermediari bancari e finanziari, è stata promossa la *Single Euro Payment Area* (SEPA), nel quadro della quale sono stati elaborati standard regolativi e tecnici uniformi per i trasferimenti in euro, nella forma del bonifico o dell'addebito diretto, a loro volta raccolti in *rulebooks*.

³⁹ Tra la fine degli anni novanta ed i primi anni duemila, infatti, l'Unione ha preso atto di una diffusa prassi contrattuale che applicava tariffe differenti in ragione dello Stato membro d'origine dell'ordine di pagamento, operando una netta distinzione tra pagamenti domestici e transfrontalieri. Le ricadute sul buon funzionamento del mercato interno erano evidenti, accentuate negli Stati membri che avevano aderito alla terza fase dell'unione monetaria. A quel punto, è stata promossa una strategia legislativa complessa, che ha prescritto ai prestatori di servizi di pagamento l'applicazione delle stesse tariffe e degli stessi tempi di esecuzione nei trasferimenti elettronici domestici e transfrontalieri di fondi, quale che fosse lo Stato membro dal quale l'ordine di pagamento aveva origine. *Amplius*: MANCINI – PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, n. 63, Banca d'Italia: Roma, 2008.

⁴⁰ Reg. 2560/2001/CE del 19 dicembre 2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro, pubblicato in G.U.C.E. del 28 dicembre 2001 L 344/13.

3. L'ambito soggettivo di applicazione

Il regolamento *geoblocking* si applica ai rapporti tra imprenditore e cliente, senza distinzione tra commercio elettronico e commercio a distanza *off line*⁴¹.

Il cliente è definito come «*un consumatore che ha la cittadinanza o la propria residenza in uno Stato membro o un'impresa che il proprio luogo di stabilimento in uno Stato membro e che riceve un servizio o acquista un bene, o intende farlo, all'interno dell'Unione al fine esclusivo dell'uso finale*»⁴².

Come nella direttiva servizi, nella direttiva sul commercio elettronico e nei diversi provvedimenti sui servizi di pagamento, anche nel regolamento in commento, il cliente può essere un consumatore, una PMI o un imprenditore medio-grande. Tuttavia, quando non è un consumatore, la disciplina (armonizzata) del rapporto contrattuale può essere convenzionalmente derogata⁴³.

L'imprenditore è il professionista, inteso come «*qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisca nel quadro dell'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto*»⁴⁴.

Come imprenditore, la nozione di professionista esclude soltanto le imprese non-profit⁴⁵, ma comprende i professionisti intellettuali, in linea con

⁴¹ Esaminando le disposizioni agli artt. 3, 4, 5, si ha l'idea di un'applicazione generale del regolamento, ma anche di un peso specifico rivestito dal commercio elettronico, soprattutto nelle fattispecie all'art. 3.

⁴² Art. 2, n. 18), Reg. *geoblocking*.

⁴³ La possibilità di deroga convenzionale è espressamente contemplata all'art. 10 della direttiva sul commercio elettronico, ovvero dall'art. 38, dir. 2015/2366/UE.

Si ricorda che la Corte di giustizia applica un approccio prettamente funzionale alla nozione di "consumatore": in questa prospettiva non è affatto dirimente lo status soggettivo del contraente, ma i contenuti, la natura e la finalità del contratto. Pertanto, soltanto se i contratti sono diretti a soddisfare bisogni personali nella forma di consumi privati, il contraente è trattato come un consumatore. Cfm.: DE SOUSA GONÇALVES, *The e-commerce International consumer contract in the European Union*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol 9 (1), 5 – 20.

⁴⁴ Art. 2, n. 18), reg. *geoblocking*.

⁴⁵ de LUCA, *European Company Law*, Cambridge University Press: Cambridge, 2016, 12 s. Nell'inquadramento dell'imprenditore digitale, un problema diverso, ma aperto, è rappresentato dall'inquadramento delle piattaforme digitali, come la UBER, ad esempio. Il problema diventa stabilire quando la piattaforma di collaborazione si comporta come un semplice intermediario (che appunto eroga un servizio della società dell'informazione, secondo

un consolidato orientamento della Corte giustizia europea e con la direttiva sul commercio elettronico⁴⁶.

Nulla è precisato sulla cittadinanza del professionista (e del cliente) ma è ragionevole sostenere che il regolamento si applichi esclusivamente ai professionisti “europei” ai sensi dell’art. 54 TFUE⁴⁷. In questi termini è espressamente declinata anche la direttiva servizi, che rappresenta l’antecedente più prossimo del regolamento *geoblocking*, ma questa conclusione appare anche coerente con la finalità perseguita dal regolamento in esame, di rimuovere gli ostacoli al pieno esercizio delle libertà di circolazione nel mercato interno, che sono riservate ai cittadini europei ovvero ai soggetti che godono di un trattamento equivalente⁴⁸.

La disciplina armonizzata del commercio elettronico non adotta una definizione *ad hoc* di imprenditore digitale, ma ha cura di distinguere, in termini di responsabilità nei confronti degli Internauti, l’imprenditore che propone o vende servizi o beni online, dall’imprenditore che offre servizi di accesso e di navigazione sulla rete Internet, nella forma del servizio di semplice trasporto (*mere conduit*), di memorizzazione temporanea (*caching*) o di memorizzazione protratta (*hosting*)⁴⁹.

Quale che sia la natura dell’attività economica esercitata, la figura del professionista presenta un tratto caratterizzante nella disciplina della trasparenza e, proprio questo aspetto, rende particolarmente importante il regolamento in commento⁵⁰.

la definizione accolta dalla direttiva sul commercio elettronico), ovvero fornisce essa stessa il servizio sottostante avvalendosi dei prestatori che diventano suoi dipendenti. Un approfondimento in: Quarta, Il ruolo delle piattaforme digitali nell’economica collaborativa, *Contratto e impresa/Europa*, 2017, 554 – 571.

⁴⁶ Una rassegna della giurisprudenza a supporto: LOURI, “*Undertaking*” as a *jurisdictional element for the application of EC competition rules*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2002 (9), 143 – 176.

⁴⁷ Diverso sarebbe se la discriminazione fosse basata su ragioni di razza o per origini etniche: in tal caso, soccorrerebbe l’art. 19 TFUE che si applica a tutti, anche non cittadini europei. Anche: SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 28.

⁴⁸ SCHULTE-NÖLKE ET AL., *Discrimination of consumers in the Digital Market Union. A Study*, cit., 27.

⁴⁹ Artt. 12 – 15, direttiva sul commercio elettronico. *Amplius*: CORVESE, *L’e-commerce ed i profili di diritto dell’impresa: il quadro normativo*, in CORVESE – GIMIGLIANO (a cura di), *Profili interdisciplinari del commercio elettronico*, Pisa, 2016, 39 – 55.

⁵⁰ BATTELLI, *L’attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e “nuovi” diritti*, cit., 950 ss.) ha evidenziato come nella nuova direttiva sui consumatori il legislatore ha attribuito un rilievo centrale agli obblighi di informazione pre-contrattuale in vista della “corretta autodeterminazione del consumatore”, ruolo che in

Infatti, l'imprenditore ha una serie di obblighi di informazione sulla propria organizzazione, sulle modalità di conclusione, le condizioni economiche e normative del contratto, l'eventuale diritto di recesso, se il cliente è un consumatore -, o ancora sulle caratteristiche del prodotto o del servizio offerto.

Secondo la direttiva sul commercio elettronico, le informazioni generali comprendono il nome del prestatore, il luogo di stabilimento, il registro delle imprese nel quale il professionista è eventualmente iscritto, l'autorità di controllo o l'ordine professionale, se investiti del controllo. Sono tutte informazioni che devono essere «*facilmente accessibili in modo diretto e permanente*» per i destinatari del servizio e per le autorità competenti⁵¹.

Rispetto alla singola transazione, il professionista deve fornire, «*in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile*», le informazioni specifiche sulle modalità di conclusione ed archiviazione del contratto da concludere, prima che l'ordine sia inoltrato online dal destinatario⁵².

Analoga impostazione consta nella direttiva sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, che distingue le informazioni di natura generale alle quali si è già fatto cenno dalle altre, concernenti lo specifico servizio finanziario offerto⁵³.

Più che nella direttiva sul commercio elettronico, la dir. 2002/65 sulla prestazione a distanza dei servizi finanziari lascia intuire la finalità della disciplina della trasparenza, che diverrà ancora più chiara nel tempo: consentire al consumatore di operare scelte con cognizione di causa e,

precedenza era assolto soltanto dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, almeno al di fuori di precisi tipi contrattuali o specifiche modalità di contrattazione.

⁵¹ Art. 5, direttiva sul commercio elettronico.

⁵² È molto severa l'attenzione prestata dalla direttiva nel distinguere tra informazioni generali e comunicazioni commerciali. Cfr.: art. 6, direttiva sul commercio elettronico.

⁵³ L'art. 3 prescrive al professionista di fornire al consumatore "in tempo utile" prima che sia vincolato da un contratto a distanza le informazioni riguardanti: l'identità del fornitore e del suo rappresentante stabilito nello Stato membro di residenza del consumatore, il registro nel quale il fornitore è eventualmente iscritto e, se l'attività è soggetta ad autorizzazione, l'autorità di controllo competente; inoltre, le informazioni devono contenere una descrizione delle principali caratteristiche del servizio offerto, il "prezzo totale" applicato al consumatore, che comprende tutti gli "oneri, commissioni e spese e tutte le imposte versate tramite il fornitore" o, subordinatamente, la base di calcolo del prezzo complessivo, l'eventuale esistenza di imposte aggiuntive non versate tramite il professionista, le modalità ed i tempi di pagamento del prezzo del servizio; l'esistenza del diritto di recesso e le modalità di esercizio; l'esistenza di procedure extragiudiziali di ricorso accessibili al consumatore.

confrontando le varie offerte, sollecitare la concorrenza tra gli operatori del settore⁵⁴.

Seguendo lo stesso approccio pro-competitivo, le direttive PSD hanno diversamente calibrato il contenuto e le modalità di prestazione delle informazioni distinguendo le informazioni preliminari dalle informazioni successive alla conclusione del contratto o all'esecuzione della singola operazione di pagamento nei contratti quadro, le informazioni da fornire su iniziativa del professionista o del cliente, le informazioni su eventuali modifiche apportate dal professionista alle condizioni normative ed economiche originariamente convenute⁵⁵. Nella stessa logica pro-competitiva, la direttiva sui conti di pagamento ha prescritto agli Stati membri di assicurare ai consumatori l'accesso gratuito ad almeno un sito Internet, indipendente, che consentisse il confronto delle spese addebitate dai prestatori di servizi di pagamento⁵⁶.

Considerando l'impianto della disciplina della trasparenza contrattuale, l'intero meccanismo pro-competitivo si incepperebbe, se i siti di confronto dei prezzi non offrirono un quadro completo in ragione di meccanismi di *geoblocking* ovvero, una volta selezionata l'offerta più conveniente o più adatta alle proprie esigenze in un altro Stato membro, il cliente si vedesse bloccare l'ordine di pagamento o applicare un prezzo diverso in ragione della sua nazionalità, del luogo di residenza o di stabilimento. Questo aspetto evidenzia l'importanza del regolamento in esame, ma ne suggerisce anche i limiti, colti soprattutto nel delicato bilanciamento tra il principio di non discriminazione e la libertà di iniziativa economica, riconosciuta come un diritto fondamentale dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea⁵⁷ e che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, può

⁵⁴ Come evidenzia il considerando (54) della direttiva PSD2, le informazioni fornite dall'intermediario dovrebbero consentire all'utente dei servizi di pagamento di «fare scelte con cognizione di causa ed essere in grado di scegliere liberamente in tutta l'Unione».

⁵⁵ Cfm. Artt. 38 – 58, Dir. PSD2.

⁵⁶ Dir. 2014/92/UE del 23 luglio 2014, pubblicata in G.U.U.E. L 257/214 del 28.8.2014. Il considerando (22) precisa che «I siti Internet di confronto indipendenti sono un mezzo efficace per consentire ai consumatori di valutare in un unico spazio i pro e i contro delle diverse offerte di conto di pagamento. Tali siti Internet (...) dovrebbero mirare a includere la più vasta gamma possibile di offerte, in modo da fornire una panoramica rappresentativa coprendo nel contempo una parte significativa del mercato». Cfr.: considerando (20) – (23), art. 7.

⁵⁷ Art. 16, Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

essere compressa – tra l’altro - per salvaguardare il buon funzionamento del mercato interno, senza però compromettere la “sostanza del diritto”⁵⁸.

Scegliere se concludere un contratto o con chi farlo, fissarne le condizioni, ad esempio, stabilirne il prezzo, sono tutte valutazioni riconducibili all’autonomia organizzativa dell’imprenditore. Fino a che punto una sua compressione sarà legittima? La giustificazione non può essere di taglio *antitrust*, di quelle che giustificano la disapplicazione dell’art. 101 TFUE, perché il regolamento *geoblocking* intende evitare sovrapposizioni con le norme sulla concorrenza⁵⁹, soprattutto per quanto concerne le vendite passive⁶⁰ o attive⁶¹.

In compenso, la compressione dell’autonomia organizzativa potrebbe essere giustificata dalla tutela di quegli interessi generali che consentono allo Stato membro di derogare al principio del mercato interno, quali, la tutela della salute o dell’ordine pubblico, la tutela dei consumatori, purché la

⁵⁸ Sulla valenza della locuzione “sostanza stessa del diritto” non v’è chiarezza in giurisprudenza. Sul punto: LOTTINI, *La libertà d’impresa come diritto fondamentale*, in *Foro amm. TAR*, fasc. 2, 2004, 541 - 553; ancora sulla libertà di impresa, il diritto di proprietà e l’ordinamento europeo, v., NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”*, in *Europa e diritto privato* (3), 2011, 575 – 624.

⁵⁹ Art. 6, co. 1, ed il considerando (34), reg. *geoblocking*.

⁶⁰ Le vendite passive sono tutte quelle transazioni concluse in conseguenza dell’iniziativa assunta dal cliente. In questo caso, non vi sono state sollecitazioni specifiche del distributore: ad esempio, le campagne pubblicitarie generali o le promozioni di portata generale adottate dal distributore. In questo tipo di vendite, le restrizioni territoriali alla distribuzione via Internet sono valutate con maggior rigore e considerate lesive delle norme sulla concorrenza. RUOTOLO, *La lotta alla frammentazione geografica del mercato unico digitale: tutela della concorrenza, uniformità, diritto internazionale privato*, in *Diritto del Commercio Intern.*, 2018 (1), 501 ss.

⁶¹ Le vendite attive sono intese verticali nelle quali il distributore svolge “attività di marketing mirate a potenziali clienti al di fuori del suo territorio, i quali, proprio in conseguenza di tale attività divengono poi clienti effettivi: sono tali, quindi, tutte le vendite effettuate in conseguenza di pubblicità online specificamente indirizzate a clienti determinati, come i banner che mostrano un collegamento territoriale su siti Internet di terze parti, l’invio di messaggi di posta elettronica non sollecitati, il pagamento di motori di ricerca perché questi forniscano certi risultati invece di altri (o li forniscano in un determinato ordine), o il pagamento di Internet service provider (ISP) e social network affinché vengano presentate inserzioni pubblicitarie specificamente rivolte agli utenti situati in un particolare territorio e con determinate caratteristiche. Le vendite attive configurano una restrizione della concorrenza nel rapporto produttore/distributore che è considerata compatibile con le norme sulla concorrenza, secondo il regolamento di esenzione di categoria sulle intese verticali. Cfm: RUOTOLO, *La lotta alla frammentazione geografica del mercato unico digitale: tutela della concorrenza, uniformità, diritto internazionale*, cit.

misura sia contraddistinta dai requisiti di “necessità” e di “proporzionalità” rispetto all’interesse da tutelare⁶².

4. L’ambito oggettivo di applicazione

Il regolamento *geoblocking* si applica alle offerte e agli scambi su beni e servizi. Sono escluse le attività economiche che già erano estranee all’ambito di applicazione della direttiva servizi⁶³: precisamente, i servizi non economici di interesse generale o altri per i quali è prevista una disciplina ad hoc perché sollevano questioni di stabilità micro- e macro- economica, come l’attività bancaria, l’attività di assicurazione e di riassicurazione, la prestazione di servizi di investimento⁶⁴. Sono altresì escluse le attività economiche collegate alla tutela del diritto d’autore o alla scommessa o al gioco d’azzardo, confermando una scelta già operata con la direttiva sul commercio elettronico⁶⁵.

L’art. 1, co. 2, dispone che il regolamento *geoblocking* non si applica se la pratica discriminatoria – posto che sia discriminatoria – presenta una rilevanza puramente domestica, coerentemente con la base giuridica e la finalità del regolamento stesso⁶⁶.

Secondo la disposizione richiamata, sono situazioni prettamente interne quelle nelle quali «*tutti gli elementi della transazione siano limitati ad un solo Stato membro*». Il criterio proposto è in linea con una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, che riconosce il carattere transfrontaliero della prestazione del servizio quando consta lo spostamento

⁶² Come già osservato rispetto all’art. 3, co. 4, della direttiva sul commercio elettronico. Supra, § 2. Il reg. *geoblocking* intende coprire i margini non interessati né dalle direttive a tutela dei consumatori né dalla direttiva sulle clausole commerciali scorrette nei rapporti professionista-consumatore.

⁶³ Art. 1, co. 3, reg. *geoblocking*.

⁶⁴ Art. 2, co. 2, direttiva servizi. Individuata nella libertà di gestione dell’impresa ovvero l’autonomia organizzativa uno dei due contenuti della libertà di impresa (l’altro è la libertà di accesso al mercato), la dottrina ha evidenziato che la Corte di giustizia ne considera legittima la compressione in ragione del “buon funzionamento del mercato”, dell’esigenza di garantire “un pari accesso al mercato a tutti gli operatori”, la “tutela ambientale”. Sul punto: LOTTINI, *La libertà d’impresa come diritto fondamentale*, in *Foro amm. TAR*, cit.

⁶⁵ Art. 1, co. 5, reg. *geoblocking*. Il regolamento fa anche salva la materia fiscale. Cfr.: art. 1, co. 5, direttiva sul commercio elettronico.

⁶⁶ Supra, § 2. Si ritiene che la verifica della rilevanza non meramente interna della pratica discriminatoria o del blocco geografico consta nelle fattispecie tipiche ed atipiche, come precondizione all’applicazione del regolamento.

del *i*) prestatore del servizio in uno Stato membro diverso da quello nel quale è stabilito, *ii*) destinatario del servizio nello Stato in cui è stabilito il prestatore, *iii*) servizio, diffuso via satellite, etere o Internet⁶⁷.

Il caso più delicato appare l'ultimo, soprattutto quando il contatto tra imprenditore digitale e cliente è concluso *online*, anche se la consegna o alla prestazione del servizio è materialmente svolta nel luogo concordato. Proprio rispetto a questa ipotesi, si potrebbe sostenere che un sito Internet presenti sempre natura transfrontaliera perché universalmente raggiungibile. Ma potrebbe anche dirsi che la creazione di un sito web indichi di per sé la volontà dell'imprenditore di esercitare un'attività transfrontaliera.

I dubbi sollevati influenzano non soltanto la disciplina europea in tema di cooperazione giudiziaria, che è fatta salva dal regolamento in commento, ma proprio l'applicazione dei divieti di pratiche discriminatorie ovvero degli obblighi di informazione dell'imprenditore digitale, prima ed a prescindere dalla conclusione di un contratto.

Il regolamento *geoblocking* contiene una norma alquanto sibillina. Infatti, l'art. 1, co. 6, dispone che l'attività di un professionista non può considerarsi "diretta" verso lo Stato membro del consumatore soltanto perché il professionista non infrange nessuno dei divieti agli artt. 3, 4 e 5⁶⁸. Inoltre, puntualizza che «(...) non si dovrebbe ritenere che un professionista, (...) diriga le attività verso lo Stato membro della residenza abituale o del domicilio del consumatore, qualora fornisca informazioni e assistenza al consumatore dopo che il contratto è stato stipulato in conformità agli obblighi che incombono sul professionista in virtù del presente regolamento»⁶⁹.

La giurisprudenza comunitaria non offre molti elementi di riflessione: solo nel 2010 la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 15, n. 1, lett. c), n. 3, reg. n. 44/2001⁷⁰, si è

⁶⁷ TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 548 ss.

⁶⁸ Art. 1, co. 6, reg. *geoblocking*.

⁶⁹ Considerando (13), reg. *geoblocking*.

⁷⁰ Reg. n. 44/2001/CE del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, L'art. 15 dispone che «(...) la competenza in materia di contratti conclusi da una persona, il consumatore, per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale è regolata dalla presente sezione: (...) c) in tutti gli altri casi, qualora il contratto sia stato concluso con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono in uno Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, purché il contratto rientri nell'ambito di dette attività».

soffermata per la prima volta sul significato della nozione “attività commerciale o professionale “diretta” verso lo Stato membro in cui è domiciliato il consumatore⁷¹.

Al riguardo la Corte, come già l’Avvocato Generale, ha concluso che l’uso di un sito web interattivo non rappresenta un fatto sufficiente a manifestare l’intenzione dell’imprenditore di dirigere la propria attività verso uno o più Stati membri diversi da quello di stabilimento⁷². A tal fine saranno necessari una serie di indizi, non tutti egualmente importanti, dalla lingua nella quale il sito Web è leggibile all’indicazione del prefisso internazionale, dalle indicazioni stradali per raggiungere la sede del professionista da altri Stati alla menzione di feedback da parte di una clientela internazionale, giusto per fare degli esempi⁷³.

Un secondo dubbio sull’applicazione del regolamento in esame concerne la giustificazione obiettiva, di cui all’art. 1, co. 1, a tenore del quale «*Il presente regolamento mira a contribuire al buon funzionamento del mercato interno, impendendo i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate, direttamente o indirettamente, sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti, nonché chiarendo ulteriormente talune situazioni in cui un trattamento diverso non può essere giustificato a norma dell’art. 20, paragrafo 2, della direttiva 2006/123/CE*»⁷⁴.

La disposizione contempla la disapplicazione del divieto se la pratica discriminatoria è giustificata. La “giustificazione” è letteralmente associata ai blocchi discriminatori, ma sembra generalizzabile ad ogni comportamento discriminatorio, come già visto all’art. 20, co. 2, direttiva servizi.

Un ventaglio più ampio o più ristretto di giustificazioni legittime determina l’equilibrio tra il corretto funzionamento del mercato interno e la libertà di impresa⁷⁵.

⁷¹ Sentenza della corte di giustizia, 7 dicembre 2010, causa C-585/08 e C-144/09; Conclusioni dell’Avv. Generale Verica Trstenjak del 18 maggio 2010. Un commento in: DE SOUSA GONÇALVES, *The e-commerce international consumer contract in the European Union*, cit., 13 ss.

⁷² Sentenza della Corte, cit., § 69; parere dell’Avv. Gen., cit., § 63-70.

⁷³ Ad esempio, l’uso di una lingua particolarmente diffusa negli scambi internazionali, come l’inglese, non è sufficiente a concludere che il professionista avesse intenzionalmente diretto la sua attività verso Stati membri diversi da quello di stabilimento. Cfr.: in particolare, Parere dell’Avv. Gen., cit. 78-84.

⁷⁴ Art. 1, co. 1, reg. *geoblocking*.

⁷⁵ *Supra*, § 3.

Potrebbero essere addotte come giustificazioni condizioni di mercato – ad esempio, la diversità nei costi dei trasporti -, ma potrebbe anche essere data una giustificazione concernente l’assetto organizzativo della propria attività di impresa. Ad esempio, accettare ordini dai clienti di un certo Stato membro comporterebbe l’adeguamento dell’assetto organizzativo con la predisposizione di un servizio di assistenza postvendita ed un personale munito di una competenza linguistica di nicchia e tecnica specialistica, che rappresentano un costo non risibile per una PMI, qual è il professionista dell’esempio. Così veniamo alla domanda: può il divieto di discriminazione prescrivere la presenza capillare su tutto il mercato interno? Si possono imporre al professionista certi cambiamenti organizzativi per il buon funzionamento del mercato interno?

Una questione analoga si è posta in sede di applicazione della direttiva sul commercio elettronico⁷⁶. La Corte di giustizia è stata chiamata ad esprimersi, in sede di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, sull’interpretazione dell’art. 5, n. 1, lett. c), che prescrive ai prestatori di servizi della società dell’informazione, di rendere «*facilmente accessibili in modo diretto e permanente ai destinatari del servizio e alle competenti autorità almeno le seguenti informazioni: (...) c) gli estremi che permettono di contattare il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lui, compreso l’indirizzo di posta elettronica*». Su un piano letterale l’interpretazione si è appuntata sul termine “compreso”: se significa “almeno” allora, sarà sufficiente che il sito web del professionista contenga l’indirizzo di posta elettronica e- solo nel caso in cui l’email non garantisca una comunicazione diretta ed efficace- sarebbe richiesto un ulteriore strumento di contatto; al contrario, se è colto come “tra l’altro” o “compreso”, la posta elettronica sarebbe soltanto uno dei canali di comunicazione ed il professionista sarebbe tenuto dalla direttiva a fornire ai

⁷⁶ Procedimento C-298/07, Sentenza della Corte di giustizia, 16 ottobre 2008. Il caso interessava una compagnia assicurativa per autoveicoli, che offriva servizi esclusivamente online. Il sito web della società conteneva l’indicazione dell’indirizzo posta e dell’indirizzo di posta elettronica, ma non il recapito telefonico che veniva comunicato solo dopo la stipula di un contratto di assicurazione. Tuttavia, gli interessati potevano sottoporre dubbi e richieste di informazioni tramite una maschera su Internet, alle quali la società rispondeva per posta elettronica. Un’associazione di consumatori ha convenuto in giudizio la compagnia assicurativa sostenendo in base alla legge tedesca sul commercio elettronico, che recepiva la corrispondente direttiva, che il professionista avrebbe dovuto esporre sul sito anche un recapito telefonico, asserendo che la comunicazione telefonica sarebbe “l’unico strumento che garantisce una comunicazione diretta tra un cliente potenziale e tale compagnia di assicurazioni”. Procedimento, C-298/07, § 6 – 7.

destinatari del servizio anche un canale di comunicazione alternativo, “*diretto e permanente*”, su tutti un recapito telefonico.

L’avvocato generale sembra fugare i dubbi valorizzando la libertà di impresa e l’autonomia organizzativa del prestatore del servizio. Il ragionamento può essere sintetizzato nei seguenti termini: se la direttiva 2000/31 intende promuovere lo sviluppo del commercio elettronico, non si può prescrivere un assetto organizzativo preciso – la predisposizione di call center interni – e costoso, soprattutto perché il digitale rappresenta il privilegiato ambiente di sviluppo delle piccole e medie imprese, “spesso le più innovative per l’economia”; pertanto, si sostiene, il consumatore che cerca anche un contatto telefonico, potrà rivolgersi ad un diverso imprenditore digitale che, *sua sponte*, abbia predisposto anche un centro di assistenza telefonica pre-vendita⁷⁷.

Al riguardo, il ragionamento della Corte di giustizia ha toni più sfumati. In sostanza, la Corte svolge tre considerazioni preliminari:

1. il commercio elettronico non è una forma di mercato “isolata” dal resto del mercato interno, pertanto, la prescrizione obbligatoria dell’indirizzo email non vuol dire che il legislatore europeo abbia inteso «rinunciare ad altri tipi di comunicazione, non elettronici, utilizzabili in via complementare»;
2. la tutela degli interessi dei consumatori deve essere garantita ad ogni stadio della contrattazione;
3. la comunicazione elettronica è lo strumento fisiologico di comunicazione soprattutto nel commercio online;
4. «Offrire ai destinatari del servizio una via supplementare di comunicazione, se del caso, di tipo non elettronico, non può del resto essere considerato un grave onere economico per un prestatore di servizi che offre i suoi servizi su Internet»⁷⁸.

Detto questo, la Corte sembra orientata a prescrivere al professionista un adeguamento dell’assetto organizzativo. Non proprio: la Corte non richiede all’imprenditore la predisposizione di un servizio di assistenza telefonica o un servizio fax – due forme analogiche di comunicazione considerate «*dirette ed efficaci*», ma solo di organizzarsi per far fronte alla richiesta – individuale, ma eccezionale- di una forma non elettronica di comunicazione, avanzata da un destinatario del servizio, “privato, per varie ragioni, quali un

⁷⁷ Conclusioni dell’avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, 15 maggio 2008, § 42. Del resto, evidenzia l’avvocato generale, questo livello di protezione non è richiesto neppure dalle direttive sui consumatori.

⁷⁸ Cfm: § 20 – 31, Sentenza Corte di Giustizia, 16 ottobre 2008.

viaggio, un congedo o una missione di lavoro, dell'accesso alla rete elettronica", cosicché anche l'utilizzo di una maschera di richiesta di informazione elettronica non può più considerarsi efficace ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. c), della direttiva⁷⁹..

5. Blocchi geografici, diversità nelle condizioni generali di accesso e negli strumenti di pagamenti accettati

Il primo dubbio da affrontare concerne la relazione tra l'ammissibilità di una giustificazione e l'operatività dei divieti sanciti agli art. 3, 4, e 5.

Secondo una prima ipotesi, le fattispecie di cui agli artt. 3, 4 e 5, del regolamento, specificano la norma introduttiva. Pertanto, si considerano discriminatorie solo le pratiche disciplinate in quegli articoli, che saranno sanzionate se non soccorre una giustificazione, che può essere adottata per qualsiasi comportamento discriminatorio, non soltanto nel caso di blocchi geografici, ai quali è sintatticamente riferita.

La generalizzazione del ricorso alla "giustificazione" trova conferma nell'art. 20, co. 2, come già ricordato nel paragrafo precedente. In quella sede, i si era interrogati sul significato e l'ampiezza del termine, in questo paragrafo l'esame si sposta sulla relazione tra l'art. 1, co. 1, e le fattispecie agli artt. 3, 4, 5, che rispettivamente interessano pratiche discriminatorie nella fase preliminare alla conclusione del contratto, ovvero concernenti la conclusione e l'esecuzione del contratto stesso.

i) Fase preliminare alla conclusione del contratto

L'art. 3 concerne una fase precedente alla conclusione di un contratto e dispone che

- *«un professionista non può bloccare o limitare, attraverso l'uso di strumenti tecnologici o in altro modo, l'accesso di un cliente alla sua interfaccia online per motivi legati alla nazionalità, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento»⁸⁰;*

⁷⁹ Sentenza Corte di Giustizia, 16 ottobre 2008, Cfr.: § 37 – 40. In particolare, nel § 39 la Corte statuisce che "(...) in tali situazioni (n.d.r.: quelle rappresentate nel corpo del testo) su domanda del destinatario del servizio, il prestatore di servizi deve fornire a quest'ultimo l'accesso ad una via di comunicazione non elettronica che gli consenta di mantenere una comunicazione efficace".

⁸⁰ Art. 3, co. 1, reg. *geoblocking*.

- «un professionista non può, per motivi legati alla nazionalità, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento di un cliente, reindirizzare tale cliente ad una versione della sua interfaccia online diversa da quella cui il cliente desiderava accedere inizialmente, per via della sua struttura, della lingua usata o di altre caratteristiche che la rendono specificamente destinata ai clienti con una particolare nazionalità, luogo di residenza o luogo di stabilimento», salvo il cliente non abbia prestato specificamente il proprio consenso⁸¹.

La norma non fa cenno ad alcuna giustificazione, né può considerarsi tale la disposizione al co. 3, secondo il quale il divieto non opera se il blocco geografico, il reindirizzamento automatico, l'applicazione di condizioni contrattuali da quelle generali, rappresentano l'adempimento di un «*requisito giuridico*» o l'adempimento di una prescrizione legislativa o amministrativa di uno Stato membro o di una fonte comunitaria. Due notazioni: l'accezione accolta di requisiti è coerente con quella proposta dalla direttiva servizi; il professionista deve, in ogni caso, offrire online al cliente una spiegazione «*chiara e specifica*» dei motivi della limitazione all'accesso ovvero del reindirizzamento.

ii) Fase contrattuale

L'art. 4, co. 1, dispone che «*Un professionista non può applicare diverse condizioni generali di accesso a beni o servizi per motivi legati alla nazionalità, al luogo di residenza o al luogo di stabilimento del cliente (...)*» quando il cliente si propone di

«*a) acquistare da un professionista beni che sono consegnati in un luogo di uno Stato membro ove il professionista ne offre la consegna ai sensi delle sue condizioni generali di accesso o che sono ritirati presso un luogo concordato tra il professionista ed il cliente in uno Stato membro in cui le predette condizioni generali di accesso offrono tale opzione;*

b) ricevere da un professionista servizi tramite mezzi elettronici (...);

c) ricevere da un professionista servizi diversi da quelli prestati tramite mezzi elettronici in un luogo fisico nel territorio di uno Stato membro in cui il professionista esercita la sua attività».

In tutte le ipotesi elencate, la percezione della nazionalità, del luogo di stabilimento o di residenza come unica ragione della differenziazione è intuibile: *sub b)*, la natura digitale del servizio o del bene azzera i costi di

⁸¹ Art. 3, co. 2, reg. *geoblocking*.

distribuzione, mentre nelle ipotesi *a)* e *c)* la consegna o la distribuzione del bene avviene in un luogo già contemplato dalle condizioni generali di contratti predisposte dal professionista⁸².

Con il co. 2, l'art. 4 dispone che *«Il divieto di cui al paragrafo 1 non impedisce ai professionisti di offrire condizioni generali di accesso, ivi compresi prezzi di vendita netti, che siano diverse tra Stati membri o all'interno di uno Stato membro e che siano offerte ai clienti in un territorio specifico o a gruppi specifici di clienti su base non discriminatoria»*. Considerando che la libertà di impresa e la libertà contrattuale rappresentano, nell'ordinamento europeo, la regola e non l'eccezione, sembra potersi dire che questa disposizione riafferma, forse pleonasticamente, un principio generale, un diritto fondamentale, piuttosto che introdurre una deroga al divieto di discriminazioni.

In conclusione, il co. 5, dell'art. 4 - come già visto nell'analisi dell'art. 3 - dispone che il divieto di discriminazione geografica non opera quando il professionista applica condizioni generali differenziate in ottemperanza ad obblighi di legge. In questo caso, però, non è richiesta alcuna spiegazione.

iii) Fase esecutiva del contratto

L'art. 5, co. 1, del reg. *geoblocking*, rubricato *«Non discriminazione per motivi legati al pagamento»*, dispone che, nel ventaglio degli strumenti di pagamento accettati, il professionista non può applicare condizioni diverse ad un'operazione di pagamento, per motivi collegati alla nazionalità, al luogo di stabilimento o di residenza, all'ubicazione del conto di pagamento, al luogo di stabilimento del prestatore del servizio o di emissione dello strumento di pagamento all'interno dell'Unione europea. Sono comportamenti che si traducono in clausole contrattuali, nel rifiuto di contrarre, o nel blocco dell'ordine di pagamento.

Il divieto all'art. 5, co. 1, opera se ricorrono le seguenti condizioni: *a)* l'operazione di pagamento è una transazione elettronica eseguita con bonifico, addebito diretto o carta di pagamento, *«avente lo stesso marchio di pagamento e appartenente alla stessa categoria»* degli strumenti che il professionista dichiara di accettare; *b)* sono soddisfatti i requisiti di

⁸² Sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 4 i servizi che forniscono accesso ad opere coperte dal diritto d'autore, sul quale è ancora *in itinere* l'approvazione di una nuova direttiva.

autenticazione di cui alla direttiva PSD2; c) le operazioni di pagamento sono eseguite in una valuta accettata dal professionista⁸³.

La condizione *sub a)* si appunta sulla “*honour all cards rule*”, una clausola contrattuale che prescrive agli esercenti di accettare tutte le carte di pagamento, veicolate dal medesimo circuito, quale che sia l’identità dell’emittente, la natura della transazione ed il tipo di carta utilizzato.

La validità di questa clausola, che tradizionalmente accedeva ai contratti tra esercente ed ente convenzionatore, era stata messa in dubbio per una presunta violazione delle norme sulla concorrenza, ex art. 101 TFEU (secondo la numerazione attuale). Nel 2001, la Commissione ha stimato infondato il dubbio evidenziando, tra l’altro, la strumentalità della clausola esaminata rispetto all’universale spendibilità della carta, con positive ricadute a valle anche per i detentori della stessa⁸⁴.

Con il reg. 2015/751/UE⁸⁵, l’art. 10 ha in parte confermato ed in parte superato la “*honour-all-cards rule*”⁸⁶. Il superamento è nel co. 1⁸⁷, al quale segue, però, un temperamento al co. 2⁸⁸, ed una disapplicazione del divieto al

⁸³ Art. 5, rubricato “Non discriminazione per motivi legati al pagamento”, co. 1, reg. *geoblocking*.

⁸⁴ Decisione della Commissione UE del 9 agosto 2001, pubblicata in G.U.C.E. del 10.11.2001, L 293/24, § 66-69.

⁸⁵ Reg. 2015/751/UE di 29 aprile 2015, pubblicato in G.U.U.E. del 19.5.2015, L 123/1.

⁸⁶ L’art. 10, co. 4, Reg. 2015/751/UE, dispone che se i «*beneficiari decidono di non accettare tutte le carte o gli altri strumenti di pagamento di uno schema di carte di pagamento ne informano i consumatori in modo chiaro e inequivocabile, informandoli contestualmente delle carte di pagamento e degli altri strumenti di pagamento dello schema di carte di pagamento che accettano*». Tali informazioni sono affisse in “*bella vista all’ingresso del negozio o alla cassa*» ovvero – se il negozio è virtuale – figurano sul sito web.

⁸⁷ Il co. 1, art. 10, segna un superamento della clausola “*honour-all-cards rule*” disponendo che «*Gli schemi di carte di pagamento e i prestatori di servizi di pagamento non applicano regole che obblighino i beneficiari che accettano uno strumento di pagamento basato su carta emesso da un emittente ad accettare anche altri strumenti di pagamento basati su carta emessi nell’ambito dello stesso schema di carte di pagamento*», sanzionando un effetto legante che è già illecito nel diritto antitrust.

⁸⁸ L’art. 10, co. 2, dispone che «*Il paragrafo 1 non si applica agli strumenti di pagamento basati su carta ad uso dei consumatori dello stesso marchio della stessa categoria di carte prepagate, di carte di debito o di carte di credito soggette a commissioni interbancarie di cui al capo II del presente regolamento*», precisamente, le operazioni di pagamento nazionali tramite carte di debito o di credito. Del pari, secondo l’art. 11 del medesimo regolamento, «*Sono vietate le clausole nei contratti di licenza, nelle regole del circuito applicate dagli schemi di carte di pagamento e negli accordi conclusi tra i soggetti convenzionatori di carte e i beneficiari che impediscono a questi ultimi di orientare verso l’uso di un qualsiasi strumento di pagamento preferito dal beneficiario*».

co. 3. In quest'ultima ipotesi, i prestatori di servizi di pagamento su carta possono inserire nei contratti di convenzionamento una clausola che vieti agli esercenti o ai professionisti di rifiutare una carta veicolata dal circuito «*sulla base dell'identità dell'emittente o del titolare della carta*» – regola che sembra generalizzata dall'art. 5, reg. *geoblocking* a tutti gli strumenti di pagamento contraddistinti dal medesimo marchio -.

In merito alla condizione *sub b)*, dell'art. 5, un professionista non può discriminare l'uno dall'altro strumento di pagamento quando è stata osservata la procedura di autenticazione che ciascun prestatore di servizi di pagamento è chiamato a predisporre, per verificare l'identità di un utente del servizio o la validità di uno specifico strumento di pagamento, compreso l'uso delle credenziali di sicurezza personalizzate dell'utente⁸⁹.

Infine, non sono ammesse discriminazioni nel ventaglio degli strumenti di pagamento che il professionista ha dichiarato di accettare se – condizione *sub c)* - le operazioni sono effettuate in una valuta accettata dal professionista. L'ipotesi si riallaccia al co. 1, dell'art. 59, direttiva PSD2, a tenore del quale «*I pagamenti sono effettuati nella valuta concordata dalle parti*»⁹⁰.

Rispetto al divieto di discriminazione *ex art. 5*, «*motivi oggettivi*» giustificano soltanto che il professionista ritardi la consegna dei beni o l'erogazione del servizio, «*finché non avrà ricevuto la conferma del fatto che l'operazione di pagamento sia stata correttamente avviata*»⁹¹. Tuttavia, il ricorso alla sospensione può divenire una pratica residuale quanto più diviene comune il servizio di disposizione di ordine di pagamento, istituzionalizzato nella direttiva PSD2⁹².

L'art. 5, ult. co., non considera come discriminatoria l'applicazione di spese diverse nei pagamenti con carta, se si tratta di pagamenti transfrontalieri su carta, di debito o di credito⁹³, che non soggiacciono al

⁸⁹ Tuttavia, l'art. 4, n. 29), direttiva PSD2. Si richiama, in via indiretta e mediata, la disciplina dell'autorizzazione dei prestatori di servizi di pagamento, di cui all'art. 5, direttiva PSD2.

⁹⁰ SANTORO, *La valuta dei pagamenti e il servizio di conversione*, in FALCONIO - FIMMANÒ – GUIDA (a cura di), *Scritti in onore di G. Laurini*, vol. II, 1899-1910, Napoli.

⁹¹ Art. 5, co. 2, Reg. *geoblocking*.

⁹² Secondo la definizione offerta dall'art. 4, n. 15, direttiva PSD2, il servizio di disposizione di ordine di pagamento è un «*servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente ad un conto detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento*».

⁹³ Si tratta della c.d. “*non-discrimination-rule*”, esaminata dalla Commissione europea nella decisione Visa del 2001 (supra, nota 82) che precludeva agli esercenti convenzionati di offrire uno sconto sul prezzo di vendita per i pagamenti con altro strumento di pagamento o in

capo II, reg. 2015/751/UE, che stabilisce un tetto alle commissioni interbancarie multilaterali: precisamente, «a) alle operazioni tramite carte aziendali; b) ai prelievi presso i distributori automatici per il prelievo di contante (ATM) o presso gli sportelli di prestatori di servizi di pagamento; e c) alle operazioni tramite carte di pagamento emesse dagli schemi di carte di pagamento a tre parti»⁹⁴.

Né è considerata discriminatoria l'applicazione di spese diverse per servizi di pagamento non interessati dal reg. 2012/260/UE⁹⁵. In questo caso, si considera che i costi a monte possono essere molto diversi perché il servizio offerto non è stato interessato da quel processo di armonizzazione che, attraverso provvedimenti istituzionali ed atti di autoregolamentazione, ha inteso livellare le condizioni di concorrenza nei trasferimenti transfrontalieri di fondi, in parte promovendo ed in parte prescrivendo l'adozione di standard tecnici e regolamentari uniformi⁹⁶.

Stesso discorso vale per la disposizione di chiusura dell'art. 5, ult. co., che esclude la possibilità di differenziare le condizioni economiche nell'uso dell'uno o dell'altro strumento di pagamento, allorché è il diritto dello Stato membro, al quale è soggetto l'attività del professionista, ad aver vietato o limitato la possibilità di imporre spese per l'utilizzo di strumenti di pagamento, ex art. 62, co. 5, direttiva PSD2⁹⁷. Il riferimento è alla c.d. *non-discrimination rule*, una clausola contrattuale particolarmente diffusa nei sistemi internazionali di carte di pagamento e considerata valida nella decisione della Commissione europea sul caso *Visa International*, nel 2001. Questa clausola è stata superata già con la prima direttiva PSD, nel 2007⁹⁸.

iv) Rapporto tra art. 1, co. 1, e le ipotesi sub art. 3, 4, 5, reg. *geoblocking*:

contanti. Un commento in ARDIZZI – CONDEMI, *La tutela della concorrenza nei sistemi di pagamento*, in CARRIERO – SANTORO (a cura di), *Il diritto del sistema dei pagamenti*, Milano, 2005, 615 – 700.

⁹⁴ Art. 1, co. 3, reg. n. 751 del 2015.

⁹⁵ Questo provvedimento, in continuità con il reg. 2560/2001/CE, stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro. Sono tappe del processo di armonizzazione europeo per la costruzione di un mercato interno dei pagamenti.

⁹⁶ *Supra*, § 2.

⁹⁷ Art. 62, co. 5, direttiva PSD2.

⁹⁸ Pertanto, ammesso che lo Stato abbia consentito, l'art. 60, co. 1, della direttiva PSD2, ha disposto che il «beneficiario, qualora imponga una spesa o proponga una riduzione per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento, informa in proposito il pagatore prima di disporre l'operazione di pagamento».

Le fattispecie agli artt. 3, 4, 5, concretizzano ed esauriscono, il divieto di discriminazione, di cui all'art. 1, co. 1, del reg. *geoblocking*? Se così fosse, il quadro giuridico sarebbe troppo rigido per coprire ogni altra forma di discriminazione alimentata dall'evoluzione tecnica, per non parlare dell'incoerenza rispetto al principio di neutralità tecnica generalmente applicato dal diritto europeo nei rapporti economici.

Diversamente, si accede alla contrapposizione tra forme discriminatorie tipiche ed atipiche: il primo gruppo è formalizzato agli artt. 3, 4 e 5; il secondo comprende ogni altra pratica discriminatoria che non sia obiettivamente giustificabile. Delle due l'una: o le pratiche discriminatorie sono sempre vietate perché si assumono ingiustificate oppure sono vietate se il professionista non offre una giustificazione oggettiva, in applicazione del criterio generale. Consideriamo la prima: risponde alla logica della "tipizzazione" legislativa, già nota, ad esempio, nella direttiva europea sulla pratiche commerciali aggressive o decettive⁹⁹. In questo caso, le fattispecie agli artt. 3, 4 e 5, configurerebbero pratiche discriminatorie e non *giustificabili*. Diversamente, per ogni altra pratica, che possa essere considerata discriminatoria in ragione della nazionalità, del luogo di residenza o stabilimento, del cliente, il divieto opera solo se il professionista non può offrire una giustificazione obiettiva¹⁰⁰.

6. Conclusioni

Il regolamento *geoblocking* può essere complementare alla disciplina della concorrenza sulle intese verticali, ma solleva diversi dubbi sulla compressione delle libertà degli imprenditori, l'interpretazione delle condizioni obiettive che giustificano le discriminazioni basate sulla nazionalità o sul luogo di residenza o di stabilimento, nonché sul carattere "transfrontaliero" di un'impresa digitale. Sarà interessante seguire al riguardo l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia che, allo stato, non ha ancora avuto occasione per esprimersi neppure sull'art. 20 della

⁹⁹ La stessa logica è stata utilizzata nella convenzione internazionale stipulata a Parigi nel 1883. Il testo originario venne emendato con un atto addizionale del 14 dicembre 1900, che aggiunge l'art. 10 bis con il quale si accordava a tutti i cittadini degli Stati aderenti stessa tutela rispetto agli atti di concorrenza sleale. Questa disciplina è stata recepita nel codice civile agli artt. 2598 ss. in maniera piuttosto fedele. Cfm.: TROIANI, *La regolamentazione della concorrenza tra regole per le imprese e gli interessi dei consumatori*, https://www.tb.camcom.gov.it/uploads/CCIAA/Corsi/Atti/2005_05_13/Troiani_2.pdf

¹⁰⁰ Nessun obbligo di motivazione sussiste rispetto all'art. 4.

direttiva servizi, che rappresenta un provvedimento antesignano del regolamento in esame.

L'altro profilo da monitorare è rappresentato dai servizi che offrono accesso a opere tutelate dal diritto d'autore o altri beni immateriali protetti, un'area al momento esclusa dall'applicazione del regolamento *geoblocking*, sulla quale però pende l'approvazione di una nuova direttiva e che potrebbe, ai sensi dell'art. 9, co. 2, giustificare una revisione di questo regolamento¹⁰¹.

In ultimo, sarà importante esaminare le modalità di applicazione nazionale per quelle disposizioni che sono indirizzate agli Stati membri: l'art. 7, co. 1, che prescrive loro di designare uno o più organismi responsabili di verificare l'adeguata ed efficace applicazione; l'art. 7, co. 2, che investe i governi nazionali del compito di predisporre un sistema di sanzioni efficaci; l'art. 8 che attribuisce agli Stati membri il compito di individuare uno o più organismi competenti a dare assistenza pratica ai consumatori in una eventuale controversia con un professionista nel quadro del regolamento *geoblocking*.

¹⁰¹ L'altra ipotesi di revisione contemplata dall'art. 9, co. 1, riguarda «*l'impatto complessivo del regolamento sul mercato interno e sul commercio elettronico transfrontaliero, compreso, in particolare, l'onere amministrativo e finanziario supplementare che potrebbe gravare sui professionisti a causa dell'esistenza di regimi diversi applicabili in materia di diritto contrattuale dei consumatori*».

**LA RIPETIZIONE DELL'INDEBITO DI COSA DETERMINATA
PERITA O ALIENATA, TRA SOSTANZIALE DISAPPLICAZIONE
DOTTRINALE ED EFFETTIVA INAPPLICAZIONE
GIURISPRUDENZIALE^o**

Flavio Rocchio

*Professore a contratto,
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

Un recente intervento della Corte di cassazione sull'art. 2038 c.c. stimola a fare il punto di dottrina e giurisprudenza sulla disciplina dell'indebito di cosa determinata di cui sia impossibile la restituzione in natura (artt. 2037-2038 c.c.), inducendo a prospettare l'inoperatività di detta disciplina, almeno stando alla sua interpretazione letterale e sistematicamente coerente.

A recent decision held by the Corte di Cassazione gives the chance to examine both case law and legal doctrine on the artt. 2037-2038 of the Italian civil code concerning the limitations met by the recovery of undue performance in case of impossibility to return the good in kind.

Sommario:

1. Una nuova applicazione dell'art. 2038 c.c.
2. La proprietà dell'*accipiens indebiti* ai sensi degli artt. 2037 e 2038 c.c.
3. La dottrina sugli artt. 2037 e 2038 c.c.
4. La giurisprudenza sugli artt. 2037 e 2038 c.c.
5. Conclusioni

^o Saggio sottoposto a double-blind peer review.

1. Una nuova applicazione dell'art. 2038 c.c.

Di recente la giurisprudenza è tornata a pronunciarsi con riferimento all'art. 2038 c.c. Poiché le applicazioni di questa norma sono rarissime, è inevitabile che sia sorta curiosità; presto sopita, però.

Infatti, la pronuncia in questione ha ritenuto che l'alienazione prevista dall'art. 2038 c.c. implichi anche la vendita forzata¹. Nel caso di specie, era accaduto che l'acquirente di un bene in forza di un contratto poi dichiarato nullo, aveva nel frattempo subito l'esecuzione forzata per espropriazione di quel bene. Sul presupposto della mala fede dell'acquirente, questo è stato condannato a pagare all'alienante il valore del bene, ai sensi dell'art. 2038, comma 1°, c.c. Sennonché, come detto, quella decisione non interessa più di tanto, perché probabilmente non è corretto considerare alienazione anche la vendita forzata; ma ne viene comunque l'impossibilità della restituzione in natura da parte dell'*accipiens indebiti* e, ogni volta che ciò avvenga, l'*accipiens indebiti* in mala fede è tenuto alla restituzione del valore della cosa ricevuta, ai sensi degli artt. 2037 e 2038 c.c.

Sarebbe stata più interessante, la decisione, se l'alienante avesse agito sì in via di ripetizione dell'indebitato di cosa determinata, ma non per conseguire il valore della cosa indebitamente consegnata, bensì, sul presupposto del mancato acquisto della proprietà da parte dell'*accipiens indebiti*, chiedendo il risarcimento del danno in misura superiore al valore della cosa; oppure chiedendo l'indennizzo da arricchimento senza causa, nonostante il perimento fortuito del bene, nei confronti dell'*accipiens indebiti* che fosse stato in buona fede; oppure ancora se l'alienante avesse agito contro il soggetto acquirente nell'ambito dell'esecuzione forzata, a cui la nullità fosse opponibile ai sensi dell'art. 2652, n. 6, c.c.

Anche negli altri casi che risulta abbiano fatto applicazione dell'art. 2038 c.c., così come dell'omologo art. 2037 c.c., non si sono verificate queste ipotesi di maggiore interesse: vuoi perché la *restitutio in integrum* non era stata impedita dal caso fortuito, oppure l'alienante non aveva chiesto il risarcimento del danno in misura superiore al valore della cosa²; vuoi perché l'invalidità comunque non era opponibile al terzo acquirente dall'*accipiens indebiti*³.

¹ Cass., 28 marzo 2017, n. 7867, in *Giur. it.*, 2018, 2101, con nota di ZANCHI, *Esecuzione forzata e applicazione oggettiva dell'art. 2038 c.c.*

² Cass., 17 aprile 1993, n. 4553, in *Foro it.*, 1994, I, 1752, un caso di alienazione; Cass., 28 aprile 1992, n. 5056, un caso di trasformazione; Cass., 5 agosto 1988, n. 4849, un caso di alienazione; mentre di Cass., 15 dicembre 1982, n. 6918 si conosce solo la massima.

³ Cass., 1° febbraio 2002, n. 1289, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2808.

2. La proprietà dell'*accipiens indebiti* ai sensi degli artt. 2037 e 2038 c.c.

Il perché del minore interesse che destano i richiamati precedenti giurisprudenziali risiede nel fatto che, in tutti quei casi, la tutela giurisdizionale richiesta e accordata ai sensi degli artt. 2037 e 2038 c.c. avrebbe potuto essere richiesta e accordata anche in forza di altre previsioni dell'ordinamento: non è quindi venuta in considerazione la "esclusività" e la "straordinarietà" della disciplina degli artt. 2037 e 2038 c.c. in tema di impossibilità di restituzione in natura della cosa consegnata indebitamente; straordinarietà dovuta al fatto che, nonostante la *solutio indebiti* non abbia efficacia traslativa, quella disciplina presuppone invece a livello testuale che l'*accipiens* sia proprietario della cosa ricevuta indebitamente.

Infatti, innanzitutto l'*accipiens* di mala fede, anche in caso di alienazione (di per sé fatto proprio dell'*accipiens*) e in caso di perimento dipendente da un suo fatto proprio (distruzione, trasformazione o consumazione), non è tenuto al risarcimento del danno subito dal *solvens*, eventualmente anche in misura superiore al valore della cosa, come dovrebbe essere se il perimento riguardasse una cosa del *solvens*, bensì è tenuto solo al pagamento di un importo pari al massimo al valore della cosa⁴.

Inoltre, l'*accipiens* di buona fede è tenuto al pagamento di un indennizzo da arricchimento senza causa anche in caso di perimento fortuito del bene, appunto in quanto proprietario della cosa perita fortuitamente, in ossequio al principio *res perit domino*⁵. Mentre, se il proprietario della cosa fosse il *solvens*, allora sarebbe lui a dover sopportare il rischio del fortuito e nulla gli sarebbe dovuto dall'*accipiens* di buona fede, neppure a titolo di arricchimento senza causa.

Infine, l'acquisto del terzo dall'*accipiens indebiti* è salvo immediatamente e in ogni caso, a prescindere dal suo stato di buona fede, il

⁴ Non si fa il caso dell'*accipiens* di buona fede, in quanto questo stato psicologico comunque esclude la responsabilità risarcitoria.

⁵ Non si fa il caso dell'*accipiens* di mala fede, in quanto la sua responsabilità si può spiegare comunque con una sua condizione di mora (GALLO, *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Dig. it. IV civ.*, XVIII, Torino, 1988, 6; CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingeri, Napoli, 2004, 189), ordinaria per fatto illecito ex art. 1219, comma 2°, c.c. secondo alcuni (BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 134 ss.) o straordinaria (BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, 177), o una situazione assimilabile alla mora (BARGELLI, *op. cit.*, 358).

che dimostra che il terzo ha acquistato dall'*accipiens indebiti* quale proprietario, non richiedendosi i presupposti per un acquisto *a non domino*.

3. La dottrina sugli artt. 2037 e 2038 c.c.

Senonché, come anticipato e come del resto è noto, il trattamento come proprietario dell'*accipiens indebiti* è incompatibile col principio di causalità, per cui il vizio del rapporto fondamentale (da cui dipende la natura indebita della consegna) vizia a sua volta l'atto di trasferimento, sicché l'inefficacia originaria o sopravvenuta di un contratto impedisce che chi abbia consegnato in esecuzione di quel contratto abbia perso la proprietà della cosa consegnata.

A fronte di questa antinomia, gli atteggiamenti possono essere due. Il primo, è di ritenere che gli artt. 2037 e 2038 c.c. siano un refuso se non un relitto "storico", ossia siano stati introdotti nel codice civile mutuandoli puramente e semplicemente dalla tradizione romanistica in tema di efficacia traslativa, pur essendo detta tradizione stata superata dal principio di causalità.

Il secondo atteggiamento è invece quello di sforzarsi di rendere compatibili i predetti articoli col principio di causalità. Sforzo cui si è dedicata la dottrina producendo risultati pregevoli, articolati in due direzioni.

La prima direzione è quella di chi⁶, proprio considerando gli artt. 2037 e 2038 c.c. come presupponenti la proprietà dell'*accipiens indebiti* (con una serie di serratissime argomentazioni che qui vengono condivise e riportate, anche se non integralmente in quanto filtrate dalla sensibilità di chi scrive), ritiene applicabili dette norme ai soli casi in cui si manifesti un'esigenza di equità (la stessa che, storicamente, aveva portato alla nascita dell'azione di ripetizione) in quanto l'*accipiens indebiti* abbia acquistato la proprietà in deroga al principio di causalità⁷.

⁶ ARGIROFFI, *Sul concorso delle azioni di rivendicazione e di ripetizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 608 ss.; ID., *Ripetizione di cosa determinata e acquisto "a non domino" della proprietà*, Milano, 1980; ID., *Caducazione del contratto ad efficacia reale*, Napoli, 1984; ID., *La rivendica del venditore*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 1 ss.; ID., *Delle azioni a difesa della proprietà, Artt. 948-951*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2011.

⁷ Casi che, lo si ammette, sono rarissimi; per chi scrive, neppure configurabili. Infatti, si fa il caso di un acquisto per accessione in forza di un contratto di superficie nullo: caso in cui, però, gli impoverimenti hanno già una regolamentazione specifica nell'art. 936 c.c. Altro caso che si fa è quello della mancanza dei presupposti per l'annullamento, per errore sull'esatto importo del debito (che è di 50 anziché di 100 come ritenuto), di una prestazione (del valore

La seconda direzione è quella di chi (ossia la dottrina maggioritaria, di cui di sèguito si dà conto), considerando invece gli artt. 2037 e 2038 c.c. come non presupponenti la proprietà dell'*accipiens indebiti*, ritiene di integrare gli artt. 2037 e 2038 c.c. in modo da ricondurli a sistema ma, al contempo, “manipolandoli”, neppure riuscendo totalmente nell'intento. Ricondurli a sistema, in questa seconda direzione, significa cercare di conciliare la disciplina testuale degli artt. 2037 e 2038 c.c. con il ritenuto mancato acquisto del diritto di proprietà in capo all'*accipiens indebiti*.

In dettaglio, la non responsabilità risarcitoria dell'*accipiens indebiti* di mala fede (in tesi) non proprietario (oltre il valore della cosa), ai sensi degli artt. 2037 e 2038 c.c. (che invece limitano la responsabilità al valore della cosa), e ciò anche nel caso in cui l'impossibilità della restituzione in natura dipenda da un fatto proprio dell'*accipiens*, viene superata ammettendo comunque il concorso, con la responsabilità restitutoria, della responsabilità risarcitoria secondo le regole generali⁸. Ciò però in qualche modo forzando la volontà del legislatore; che invece, quando ha voluto prevedere la responsabilità risarcitoria dell'*accipiens indebiti* di mala fede (senz'altro) non proprietario, oltre il valore del bene irrestituibile, l'ha fatto espressamente (art. 948 c.c.: «corrispondergliene il valore, *oltre a risarcirgli il danno*»; v. anche artt. 935, 937 e 939 c.c.).

Dall'altro lato, la responsabilità per il caso fortuito dell'*accipiens indebiti* di buona fede (in tesi) non proprietario, ai sensi dell'art. 2037 c.c., viene semplicemente negata, ritenendo imprecisa la formulazione della norma in questione⁹, ossia fornendole un'interpretazione antiletterale.

Infine, la salvezza dell'acquisto del terzo acquirente dall'*accipiens indebiti* (in tesi) non proprietario, ai sensi dell'art. 2038 c.c., viene spiegata ritenendo che detta norma presupponga comunque un acquisto a titolo

di 100) in luogo di adempimento: se davvero si trattasse di un annullamento privo di presupposti, a mio parere l'arricchimento avrebbe una causa, non ne sarebbe privo, per cui non ci sarebbe da regolamentare la corresponsione di un indennizzo; peraltro, nel caso di specie, si tratterebbe di un errore sulla c.d. *causa solvendi*, che sarebbe fonte di nullità, ossia l'*accipiens* non avrebbe acquistato la proprietà.

⁸ SIRENA, *La ripetizione dell'indebitito*, in *Diritto civile*, a cura di Lipari e Rescigno, vol. III, t. 1, *Obbligazioni. Il rapporto obbligatorio*, coordinato da Zoppini, Milano, 2009, 534 ss.; BARGELLI, *Perimento e deterioramento della cosa indebitamente ricevuta*, in AA.VV., *Ripetizione d'indebitito*, a cura di Bargelli, Torino, 2014, 359.

⁹ TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 140; SIRENA, *La ripetizione dell'indebitito*, cit., 534 ss.

originario da parte del terzo¹⁰. Il che comporta l'ennesima forzatura della norma, che non richiede né la buona fede né il decorso di un certo termine per la salvezza del diritto del terzo; né prevede una qualche condizione possessoria dei terzi; né è prevista la trascrivibilità dell'azione di ripetizione dell'indebito nei confronti dei terzi che non abbiano acquistato a titolo originario. Al contempo, questa forzatura potrebbe non considerarsi del tutto riuscita, in quanto l'acquisto del terzo è fatto salvo anche se gratuito, mentre la donazione di cosa altrui (essendo in tesi l'*accipiens indebiti* non proprietario) non può essere considerata titolo idoneo al trasferimento di proprietà, ai fini di un acquisto *a non domino*, secondo l'attuale configurazione giurisprudenziale che la ritiene valida al più quale donazione obbligatoria¹¹. Mentre nessun pregio ha il richiamo agli artt. 1776 e 535, comma 2°, c.c.¹², come altre ipotesi di salvezza dell'acquisto del terzo *a non domino*, in quanto queste norme regolano solo la responsabilità dell'alienante in buona fede, non anche i presupposti e gli effetti dell'acquisto del terzo.

4. La giurisprudenza sugli artt. 2037 e 2038 c.c.

Venendo alla giurisprudenza, non si può dire che essa non abbia mai applicato o anche solo richiamato gli artt. 2037 e 2038 c.c.: ma non li ha mai applicati in modo tale da aver consapevolmente trattato l'*accipiens indebiti* come un proprietario o meno.

In particolare (v. sopra, § 1), la giurisprudenza non risulta mai essersi occupata di un'azione *ex artt. 2037 o 2038 c.c.* di risarcimento del danno contro l'*accipiens indebiti* di mala fede, per il caso di distruzione, consumazione, trasformazione o alienazione della cosa, in cui il danno del *solvens* fosse superiore al valore della cosa: non risulta esserle mai capitato di accogliere quell'azione sul presupposto del concorso della responsabilità restitutoria dell'arricchimento con la responsabilità risarcitoria; né di rigettarla negando quel concorso.

La giurisprudenza non risulta essersi mai occupata di un'azione *ex art. 2037 c.c.* contro l'*accipiens indebiti* di buona fede in caso di perimento fortuito della

¹⁰ MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, III ed., Milano, 1975, 224, nota 108; NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, 95.

¹¹ Cass., S.U., 15 marzo 2016, n. 5068 in *Riv. notariato*, 2016, 521.

¹² BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 59.

cosa: non risulta esserle mai capitato di accogliere quell'azione contro l'*accipiens* di buona fede secondo l'interpretazione letterale dell'art. 2037 c.c., né di rigettarla secondo l'interpretazione antilettale dell'art. 2037 c.c.

Infine, la giurisprudenza non risulta essersi mai occupata di un'azione restitutoria ex art. 2038 c.c. contro il terzo acquirente da *accipiens indebiti*: non risulta esserle mai capitato di accogliere quell'azione sul presupposto del mancato perfezionamento di un acquisto a titolo originario da parte del terzo, né di rigettarla nonostante il mancato perfezionamento di un acquisto a titolo originario da parte del terzo.

5. Conclusioni

Visto, dunque, che la dottrina è costretta a forzate e comunque insoddisfacenti interpretazioni antilettali degli artt. 2037 e 2038 c.c., e visto che la giurisprudenza di fatto non si è posta il problema dell'interpretazione antilettale o meno di dette norme, vale allora la pena quantomeno chiedersi se non sia piuttosto opportuno riconoscere agli artt. 2037 e 2038 c.c. la natura di relitti storici, nati con riferimento a un sistema di *solutio indebiti traslativa* ed erroneamente conservati in un sistema fondato, all'opposto, sul principio causalistico¹³.

Superando così i noti problemi di coordinamento degli artt. 2037 e 2038 c.c. con le impugnative contrattuali, che tanto hanno impegnato e impegnano la dottrina senza arrivare a un punto d'approdo condiviso¹⁴. E lasciando così regolare l'impossibilità della restituzione di cose determinate dalle norme, già presenti e coerenti col principio causalistico, in tema di rivendicazione, risarcimento del danno per inadempimento dell'obbligo di custodia (art. 1177 c.c.: obbligo incluso in quello di *riconsegna* di fonte legale), e arricchimento senza causa.

Vediamo quindi quale sarebbe la regolamentazione della restituzione dell'indebito di cosa determinata, affidata unicamente alle norme che sicuramente presuppongono il mancato acquisto della proprietà da parte dell'*accipiens indebiti*, anche in antitesi agli artt. 2037 e 2038 c.c.

¹³ Mi pare che, nella sostanza, sia questa la posizione di BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 173 ss.

¹⁴ Cfr. BARGELLI, "*Sinallagma rovesciato*" e *ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 87 ss.

1) Perimento della cosa per caso fortuito: nulla è dovuto, salvo il caso e la disciplina della mora (art. 1221 c.c.).

2) Perimento della cosa per causa imputabile all'*accipiens indebiti* consapevole dell'obbligo di restituirla (in mala fede): è dovuto il risarcimento del danno anche oltre il valore della cosa.

3) Perimento della cosa per causa imputabile all'*accipiens indebiti* ignaro dell'obbligo di restituirla (in buona fede originaria e persistente fino al momento del perimento): non è dovuto il risarcimento del danno ma solo un indennizzo per arricchimento senza causa.

4) Alienazione della cosa conoscendo l'obbligo di restituirla (mala fede originaria o sopravvenuta al momento dell'alienazione): è dovuto il risarcimento del danno anche oltre il valore della cosa.

5) Alienazione della cosa senza conoscere l'obbligo di restituirla (buona fede originaria e persistente fino al momento dell'alienazione): non è dovuto il risarcimento del danno ma solo un indennizzo per arricchimento senza causa.

6) In ogni caso il terzo acquirente dall'*accipiens indebiti* è tenuto alla restituzione della cosa ai sensi dell'art. 948 c.c., nei limiti in cui la mancanza del debito gli sia opponibile (alla luce della disciplina delle invalidità e delle risoluzioni nei confronti dei terzi, nonché della disciplina della trascrizione) e salvo sempre un suo acquisto a titolo originario.

GIURISPRUDENZA

IL CASO BAWAG E GLI OBBLIGHI INFORMATIVI NEL CONTRATTO DI SERVIZI DI PAGAMENTO

Nota a sentenza della Corte di giustizia, causa C-375/15,
del 25 gennaio 2017

Gabriella Gimigliano

*Ricercatrice di Diritto commerciale,
Università degli Studi di Siena*

Corte di giustizia: Sez. III; sentenza del 25 gennaio 2017, causa C-375/15; Presidente di sezione: L. Bay Larsen; Parti: BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG c. Verein für Konsumenteninformation

Rinvio pregiudiziale — Direttiva 2007/64/CE — Servizi di pagamento nel mercato interno — Contratti quadro — Informazioni generali preliminari — Obbligo di fornire tali informazioni su supporto cartaceo o su altro supporto durevole — Informazioni trasmesse a mezzo di casella di posta elettronica integrata in un sito internet di servizi bancari online

Sommario:

1. Introduzione
2. Il caso Bawag ed il Titolo III della direttiva PSD
3. Osservazioni conclusive: quali cambiamenti con la direttiva PSD2?

1. Introduzione

Con la sentenza del 25 gennaio 2017 (in seguito, caso Bawag)¹, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata sulla domanda presentata dalla Corte Suprema Austriaca *ex art. 267* del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito, TFUE), in merito all'interpretazione dell'art. 36, co. 1, e dell'art. 41, co. 1, della direttiva sui servizi di pagamento nel mercato interno (direttiva PSD)².

I dubbi interpretativi si appuntano sugli obblighi di informazione pre-contrattuale e contrattuale, ai quali la direttiva PSD imprime carattere cogente e generale. E, infatti, una direttiva di armonizzazione piena, che si applica a tutti i prestatori di servizi di pagamento e ad ogni attività economica indicata in allegato alla direttiva come servizio di pagamento³.

La disciplina degli obblighi di informazione, contenuta al Titolo III della direttiva PSD, dà compimento al processo di armonizzazione senza soluzione di continuità con il passato⁴, al fine di rimuovere le barriere giuridiche che ostacolano il pieno esercizio delle libertà di circolazione delle merci, dei servizi, delle persone dei capitali e migliorare il funzionamento del mercato interno⁵.

Sono legislativamente standardizzati il contenuto, le modalità e la tempistica degli obblighi di informazione, preliminari alla conclusione di un contratto di servizi di pagamento, ma anche quelli da assolvere nella fase

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 2017, Causa C-375/15.

² Dir. 2007/64/CE del 13 novembre 2007, pubblicata in G.U.U.E. del 5 dicembre 2007, L 319/1.

³ Un primo commento sulla disciplina della trasparenza nella direttiva PSD: GIMIGLIANO, *La trasparenza dei servizi di pagamento: profili ricostruttivi della disciplina comunitaria*, in MANCINI – PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, n. 63, Banca d'Italia: Roma, 77 – 94.

⁴ Al riguardo, il processo di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri era stato affidato dapprima a strumenti di *soft law* - in particolare, la racc. 97/489/CE sui rapporti tra l'emittente ed il titolare della carta (pubblicata in G.U.C.E. n. L 208 del 2 agosto 1997) - e successivamente tradotto in atti cogenti dall'oggetto circoscritto quali la dir. 97/5/CEE, concernente i rapporti tra l'intermediario e l'ordinante ovvero il beneficiario di un bonifico transfrontaliero (del 27 gennaio 1997, pubblicata in G.U.C.E. n. L 43 del 14 febbraio 1997). *Amplius*: SCIARRONE ALIBRANDI, *I bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al d.lgs. 28 luglio 2000, n. 253*, in *Banca e Borsa*, 2001, 763 ss.; OLIVIERI, *Prime riflessioni a margine alla direttiva (97/5/CE) sui bonifici transfrontalieri*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, 143 ss.

⁵ Infatti, la base giuridica della direttiva PSD è individuata nell'art. 114 TFUE (vecchio art. 95 Trattato dell'Unione Europea).

esecutiva del rapporto contrattuale⁶, in forma episodica o periodica. In questo modo, la direttiva PSD intende non soltanto livellare le condizioni di concorrenza nel mercato interno⁷, ma anche proteggere il cliente – professionista o consumatore⁸ – contro il rischio di concludere un contratto senza cognizione di causa⁹, o ancora contro i rischi di *sorprese* nel passaggio dalla proposta contrattuale al contratto ovvero nel passaggio dall'accordo quadro alle singole operazioni di pagamento delle quali consta un rapporto di durata¹⁰.

Il titolo III della direttiva PSD consta di un *pugno* di disposizioni comuni ai contratti quadro ed ai contratti per l'esecuzione di una singola operazione di pagamento, alle quali segue una disciplina diversificata per l'una e l'altra ipotesi.

⁶ Il contratto di servizio di pagamento è un contratto quadro, di cui all'art. 4, n. 7): un «*contratto di servizi di pagamento che disciplina la futura esecuzione delle operazioni di pagamento individuabili e successive e che può comportare l'obbligo di aprire un conto di pagamento e le relative condizioni*». Questo rapporto contrattuale, naturalmente di durata, è disciplinato dalla dir. PSD in contrapposizione con il contratto avente ad oggetto la singola operazione di pagamento, definito dall'art. 3, n. 5), come «*l'atto, disposto dal pagatore o dal beneficiario, collocare, trasferire o ritirare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra il pagatore o il beneficiario*».

⁷ Alla disciplina della trasparenza è dedicato il titolo III, che si applica secondo il principio della “doppia gamba”, dunque, quando entrambi i prestatori di servizi di pagamento coinvolti sono stabiliti nell'Unione europea. Art. 2, dir. PSD.

⁸ La qualità di “consumatore” assume rilevanza quando il contratto è concluso online (o in altro modo a distanza). In tal caso, si applica la dir. 2002/65/CE, ma non completamente. Infatti, il contenuto delle informazioni va ricostruito integrando le disposizioni dell'una e dell'altra direttiva, ma resta ferma il diritto di recesso come disciplina della dir. 2002/65/CE. Al contrario, non trova applicazione la dir. 2011/83/UE, che espressamente esclude dal proprio ambito i contratti finanziari, nozione nella quale sono inclusi anche i contratti di prestazione di servizi di pagamento.

La qualità di consumatore assume rilevanza anche sotto un altro profilo: i contraenti non possono derogare alla disciplina europea della trasparenza se il cliente o un consumatore ovvero se è una micro-impresa, nel caso in cui gli Stati membri hanno equiparato i consumatori alle micro-impresae agli effetti dell'art. 30, co. 2, dir. PSD.

⁹ Ovunque sia residente stabilito nel territorio dell'Unione, il cliente si porrà il problema se concludere o meno un contratto di servizio di pagamento, come orientarsi tra l'offerta A o B, se prediligere l'operazione nazionale o un altro, stabilito in un diverso Stato membro, del quale ha letto l'offerta online.

¹⁰ In questi termini: RISPOLI FARINA, *Informazione e servizi di pagamento*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2015 (1), 175 – 200. L'Autrice individua, infatti, una doppia funzione di garanzia del cliente, che concretamente avrebbe avuto la conseguenza di riequilibrare le posizioni nel rapporto contrattuale a tutela del contraente debole (in particolare, p. 178).

La disciplina comune prescrive ai prestatori di servizi di pagamento di assumere i costi dell'informazione standard¹¹, rimettendo agli Stati membri ogni scelta in merito all'allocazione dell'onere della prova sull'esatto adempimento degli obblighi informativi.

Il punto di partenza di questa breve analisi è la vicenda *Bawag* - particolarmente interessante perché rappresenta una delle poche pronunce sulla direttiva PSD, l'unica, per giunta, in tema di obblighi di informazione – , per approdare ad un conciso confronto tra il titolo III nella direttiva PSD e PSD2.

Con la direttiva PSD2¹², che ha sostituito la precedente, le disposizioni richiamate nella vicenda *Bawag* sono state semplicemente rinumerate¹³. Tuttavia, da uno sguardo d'insieme al nuovo titolo III, consta che le maggiori novità interessano gli obblighi di informazione associati alle attività economiche introdotte *ex novo* come servizi di pagamento nell'elenco, di cui in allegato alle direttive¹⁴.

¹¹ Ciò non toglie che, prestatore e cliente possano concordare informazioni ulteriori o più frequenti, convenendo in tal caso sulle spese. Cfm: art. 30, co. 1, dir. PSD. Il co. 2, dell'art. 30, dir. PSD, consente agli Stati membri di equiparare le micro-imprese ai consumatori, così da rendere inderogabile anche per le medesime la disciplina della trasparenza.

¹² Dir. 2015/2366/UE del 25 novembre 2015, pubblica in G.U.U.E. del 23 dicembre 2015, L 337/35.

¹³ Gli artt. 36 e 44 della dir. PSD1 sono, rispettivamente, rinumerati come artt. 44 e 51, dir. PSD2.

¹⁴ L'allegato alla dir. PSD2 ha conservato lo zoccolo duro delle attività economiche considerate servizi di pagamento nella precedente direttiva: i servizi che permettono di depositare il contante e tutte le operazioni di gestione conto; i servizi di prelievo, l'esecuzione di operazioni di pagamento su un conto di pagamento nella forma dell'addebito diretto, del bonifico e dei pagamenti su carta; la concessione di una linea di credito funzionale all'esecuzione di addebiti diretti, pagamenti su carta e bonifici; le rimesse di denaro e l'attività di emissione e convenzionamento.

È stato soppresso il n. 7 del vecchio allegato, che dava una separata rilevanza alle operazioni di pagamento quando il consenso all'esecuzione dell'ordine è dato mediante un dispositivo di telecomunicazione (a) e l'operazione di pagamento è eseguita da un operatore di sistema o di rete che «agisce esclusivamente come intermediario tra l'utente di servizi di pagamento e il fornitore di beni o servizi» (b). Questa scelta si spiega nel generalizzato ricorso a queste forme tecniche per l'esecuzione di operazioni di pagamento che sarebbe stata irragionevole dare loro una separata rilevanza. Non sono neppure da sottovalutare i dubbi ricostruttivi che aveva sollevato la parte (b) della definizione.

Infine, sono stati inclusi, ai numeri 7 e 8, i servizi di disposizione di ordine di pagamento e i servizi di informazione sui conti di pagamento.

2. Il caso Bawag ed il Titolo III della direttiva PSD

La vicenda in esame coinvolge Bawag PSK Bank (di seguito, *Bawag*) e l'Associazione per l'informazione dei consumatori (*Verein für Konsumenteninformation*): l'Associazione contesta la legittimità di una clausola contrattuale applicata dalla banca austriaca nelle condizioni generali di contratti per servizi di pagamento offerti in *e-banking*. Precisamente, secondo la clausola contrattuale controversa, “il cliente che accetta l'*e-banking* riceve le comunicazioni e i messaggi (in particolare le informazioni sul conto, estratti conto relativi alla carta di credito, comunicazioni di modifiche, ecc.) che la banca deve trasmettere o rendere disponibili al cliente per posta o mediante visualizzazione o invio elettronico nell'ambito del sistema di *e-banking* della [Bawag]”.

Con un'azione inibitoria, l'Associazione ha chiesto al Tribunale Commerciale di Vienna di vietare l'impiego di quella clausola o altra equivalente, per la presunta violazione della legge federale sui servizi di pagamento, che aveva trasposto nell'ordinamento austriaco la direttiva PSD¹⁵.

Accolta dal Tribunale commerciale di Vienna, la sentenza è stata poi parzialmente riformata dal Tribunale regionale superiore di Vienna, finché l'*Oberster Gerichtshof* (la Corte Suprema, Austria) non ha esercitato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sostenendo che la soluzione della controversia dipendeva dall'interpretazione della direttiva PSD.

Parafrasando il giudice di rinvio, i quesiti sono formulati nei seguenti termini: 1) se l'art. 41, co. 1, in combinato disposto con l'art. 36, co. 1, direttiva PSD, deve essere interpretato nel senso che un messaggio di posta elettronica recapitato alla casella di posta elettronica del cliente costituisce

¹⁵ La disciplina di recepimento, senza discostarsi dalla direttiva, disponeva all'art. 26 che «*Il prestatore dei servizi di pagamento deve comunicare all'utente di servizi di pagamento, in tempo utile, prima che l'utente di servizi di pagamento sia vincolato da un contratto o dall'offerta a concludere un contratto, le informazioni e le clausole contrattuali: 1) nel caso di un contratto quadro di cui all'articolo 28, su supporto cartaceo oppure, previo consenso dell'utente dei servizi di pagamento, su altro supporto durevole (...); 2) Le informazioni e le clausole contrattuali devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile (...)*». Inoltre, l'art. 29 di tale legge prescrive al prestatore di servizi di pagamento, tra le altre cose, di «*proporre le modifiche al contratto quadro all'utente dei servizi di pagamento con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data di applicazione prevista, nelle modalità previste dall'art. 26, paragrafo 1, punto 1, e paragrafo 2 (...)*».

La direttiva PSD, come la successiva direttiva PSD2, compiono un'armonizzazione piena, che non lascia margini di discrezionalità agli Stati membri in sede recepimento, salvo che non sia stata la stessa direttiva a concederli.

un'informazione comunicata dalla banca su un supporto durevole, laddove la comunicazione è inviata alla casella di posta elettronica attivata sul sistema *e-banking* della banca ed il cliente deve fare accesso al sito *web* della banca per poter controllare i messaggi; 2) in caso di risposta negativa al primo quesito, la corte referente chiede se il combinato disposto di cui sopra deve essere interpretato nel senso che, nella situazione rappresentata, «a) l'informazione venga sì resa accessibile dall'istituto di credito su un supporto durevole, senza essere peraltro fornita al cliente, [essendo] soltanto messa a disposizione del medesimo, ovvero, b) l'informazione sia solo messa a disposizione, senza utilizzazione di un supporto durevole»¹⁶.

Con i quesiti sollevati, sono poste sotto esame le modalità di trasmissione o acquisizione delle informazioni: il concetto di “supporto durevole” e la contrapposizione tra informazioni “fornite” al cliente ed informazioni “messe a disposizione” del cliente.

Può – rispetto al primo quesito - un sito *web* essere considerato come un “supporto durevole”? Secondo la definizione offerta dalla direttiva PSD, un supporto durevole è «qualsiasi strumento che permetta all'utente di servizi di pagamento di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere utilizzate per un periodo di tempo adeguato ai fini cui sono destinate le informazioni, e che consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate»¹⁷.

È stabilita una relazione di equivalenza funzionale tra il documento scritto, digitale o cartaceo, ed ogni altro veicolo annoverato come “supporto durevole”: entrambi consentono al cliente di conservare ed esaminare con calma le condizioni contrattuali¹⁸. L'importanza del supporto cartaceo o durevole è evidente all'art. 41, co. 3, direttiva PSD, secondo il quale il prestatore di servizi di pagamento può ottemperare agli obblighi di informazione preliminare anche fornendo una «copia della bozza del contratto quadro con le informazioni e le condizioni di cui all'art. 42», bozza che, quindi, non potrà discostarsi dalle informazioni e condizioni rappresentate nella fase di trattativa o variamente pubblicizzate¹⁹.

¹⁶ Caso *Bawag*, § 33.

¹⁷ Negli stessi termini, anche la definizione di “supporto durevole” nella dir. 2011/83/UE: cfr.: art. 2, n. 10).

¹⁸ Il riferimento al supporto cartaceo o al suo equivalente ricorre agli artt.: 36, co. 1, art. 43, dir. PSD (oltre alla disposizione richiamata nel testo).

¹⁹ Un'attenta dottrina ha evidenziato che, nel sistema della direttiva in esame, l'informazione preventiva assolve ad una duplice funzione di garanzia: il primo livello corrisponde alla fase di formazione del contratto, perché il contenuto del contratto non è liberamente determinato dalle parti, bensì «è vincolato alle condizioni preventivamente

Nel caso di specie, la Corte di giustizia ha statuito che anche i siti Internet possono essere considerati un supporto durevole se consentono di recuperare le informazioni «agevolmente durante un periodo di tempo adeguato ai fini informativi» e di effettuare la «riproduzione immutata» delle informazioni memorizzate²⁰. La riproduzione immutata fa riferimento non soltanto alla possibilità tecnica che il cliente ne faccia copia, sia dei limiti tecnici ad ogni tentativo di un terzo – il prestatore del servizio o un professionista intermedio, come potrebbe essere il prestatore di servizi di connessione Internet – di modificare le informazioni memorizzate²¹.

Il secondo quesito ha riguardo alla contrapposizione tra informazioni «fornite» ed informazioni «messe a disposizione», che rappresenta un tratto costante della disciplina della trasparenza contrattuale, più sfumato quando il contratto ha ad oggetto l'esecuzione di singole operazioni di pagamento, per le quali la direttiva PSD ha posto *in alternativa* le due modalità nel presupposto – può dirsi- che il pagatore sia fisicamente presente allo sportello²².

Infatti, nella fase preliminare alla conclusione di un contratto sulla singola operazione di pagamento, le informazioni sono «messe a disposizione» dal prestatore del servizio e, una volta eseguita l'operazione, il medesimo «fornisce» o «mette a disposizione» del pagatore le informazioni necessarie a svolgere gli opportuni controlli sull'importo trasferito, le spese addebitate, la data di ricevimento dell'ordine di pagamento e, se del caso, il tasso di cambio applicato²³. Informazioni dello stesso tenore sono «messe a disposizione» o «fornite» al beneficiario dal suo intermediario in relazione all'ordine di pagamento ricevuto²⁴.

pubblicizzate; in sede di prestazione del servizio, in quanto l'intermediario non solo non può applicare condizioni diverse da quelle oggetto di informazione preventiva, ma neppure può rifiutare la prestazione del servizio alle predette condizioni». RISPOLI FARINA, *Informazione e servizi di pagamento*, cit., 177 s.

²⁰ Caso *Bawag*, § 41.

²¹ Posto il criterio, la Corte rinvia al giudice nazionale per accertare se anche il sito web in esame presenti queste caratteristiche, che non sono generalizzabili. Caso *Bawag*, § 44.

²² Anche per i contratti di esecuzione della singola operazione di pagamento, può accadere che il pagatore non sia presente fisicamente allo sportello quando – “su richiesta” dell'utente – il contratto è concluso con una tecnica di comunicazione a distanza: in tal caso, il prestatore potrà adempiere agli obblighi informativi o subito dopo aver eseguito la prestazione (nel caso di operazione di pagamento singola) ovvero subito dopo la conclusione del contratto quadro. Il problema, però, è stabilire quando la conclusione del contratto online, in particolare, avvenga “su richiesta dell'utente” ovvero dietro sollecitazione del prestatore del servizio.

²³ Artt. 36 e 37, dir. PSD.

²⁴ Art. 39, dir. PSD.

Al contrario, la disciplina degli obblighi di trasparenza nei contratti quadro prescrive al prestatore di “fornire” le informazioni: *i)* preliminari alla conclusione del contratto²⁵, *ii)* sulle modifiche alle condizioni contrattuali originariamente concordate²⁶, *iii)* successive all’esecuzione di ogni ordine di pagamento, riconducibile al programma contemplato nel contratto quadro²⁷. Solo con riferimento all’adempimento degli obblighi di informazione periodica consta nuovamente l’equivalenza tra fornire e mettere a disposizione²⁸.

La differenza tra i due termini della relazione è scandita dal considerando (27) della direttiva PSD, secondo il quale l’informazione è fornita o consegnata, come scrivono le disposizioni di vigilanza della Banca d’Italia, quando è «comunicata attivamente dal prestatore del servizio a tempo debito come richiesto dalla presente direttiva, senza ulteriore sollecitazione da parte dell’utente»; al contrario, l’informazione è «*messa a disposizione*» quando spetta all’utente dover prendere l’iniziativa per ottenere le informazioni, ad esempio, facendone richiesta al prestatore, accedendo alla casella di posta elettronica del conto bancario o inserendo una carta bancaria per stampare estratti conto, mentre il prestatore deve soltanto provvedere «affinché l’accesso all’informazione sia possibile e le informazioni siano disponibili per l’utente».

Questo criterio è ripreso dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento quando scrive che «o l’informazione interessata è fornita, cioè comunicata attivamente dal prestatore, senza ulteriore sollecitazione da parte dell’utente, o l’informazione è messa a disposizione dell’utente (...). In quest’ultimo caso, l’utente dovrebbe prendere un’iniziativa attiva, per ottenere le informazioni, ad esempio chiederle espressamente al prestatore, accedere alla casella postale elettronica del conto bancario o inserire una carta bancaria per stampare estratti conto»²⁹.

²⁵ Art. 41, co. 1, dir. PSD.

²⁶ Cfr.: art. 42, n. 6), art. 44, dir. PSD.

²⁷ Cfr.: art. 47 (informazioni da fornire al pagatore) e art. 48 (informazioni da fornire al beneficiario), dir. PSD.

²⁸ Art. 47, co. 2, dir. PSD, informazioni con cadenza almeno mensile, ovvero altra cadenza concordata tra le parti.

²⁹ Caso *Bawag*, § 47. Rileggendo questa distinzione con le categorie tipiche della civilistica italiana, può dirsi che, quando il cliente non prende l’iniziativa per avere conoscenza delle informazioni messe a sua disposizione dal prestatore, allora versa in uno stato di ignoranza colposa, proprio perché avrebbe dovuto sapere o attivarsi per sapere, cosicché – se il contratto non fosse concluso – la responsabilità ex art. 1137 c.c. potrebbe essere esclusa. In generale sulla responsabilità pre-contrattuale: ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 178 ss.

Considerando la vicenda *Bawag*, la Corte di giustizia rimette l'applicazione del criterio al giudice di rinvio ma evidenzia che non integra un comportamento attivo della banca l'invio delle comunicazioni o delle informazioni sulla casella di posta elettronica attivata contestualmente alla stipulazione del contratto di *e-banking*, alla quale il cliente accede dal sito *web* della banca. Si evidenzia che quell'account, creato *ad hoc*, non è lo strumento al quale il cliente abitualmente ricorre per inviare e ricevere comunicazioni tramite posta elettronica, cosicché rappresenta un comportamento che può assolvere soltanto all'obbligo di «messa a disposizione» dell'informazione.

Tuttavia, il giudice di rinvio verifica che la banca austriaca sarà chiamata a verificare se la *Bawag* ha predisposto altri strumenti per «portare a conoscenza dell'utente l'esistenza e la disponibilità di tali informazioni su detto sito», ad esempio, inviando una mail alla casella di posta che il cliente abitualmente utilizza, di modo da assolvere a quell'obbligo di iniziativa che è ampiamente prescritto dalla direttiva PSD nella disciplina della trasparenza contrattuale dei contratti quadro³⁰.

3. Osservazioni conclusive: quali cambiamenti con la direttiva PSD2?

Con la direttiva PSD2, il titolo III è egualmente dedicato agli obblighi informativi, conservando l'accento sull'informazione veicolata da uno strumento cartaceo o da altro supporto durevole, così come la contrapposizione tra informazione “fornita” ed informazione “messa a disposizione”, negli stessi termini già chiariti³¹.

Senza modificare finalità, contenuti e strumenti, è ampliato l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina della trasparenza in ragione degli emendamenti operati alle attività economiche considerate come “servizi di pagamento”: in via generale, il ciclo produttivo del servizio di pagamento è stato frammentato per favorire l'ingresso di nuovi operatori su singoli segmenti, al fin di accrescere la contendibilità del mercato rilevante, ovvero per accrescere la fiducia dell'utente del servizio nei pagamenti elettronici.

³⁰ Cfr.: caso *Bawag*, § 49, 50, 51.

³¹ Un elemento di novità è, però, il parziale superamento del principio della doppia gamba: infatti, l'art. 2, dir. PSD2, ha distinto tra le operazioni denominate nella valuta di uno degli Stati membri e quelle espresse in altre valute, di modo che, nel primo caso, la disciplina al titolo III si applica quando entrambi i prestatori di servizi di pagamento hanno sede nel territorio dell'Unione, nel secondo, invece,

Infatti, sono stati inclusi il servizio di disposizione di ordini di pagamento, definito come «*un servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente ad un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento*»³², ed il servizio di informazione sui conti, precisamente un «*servizio online che fornisce informazioni consolidate relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente dei servizi di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento*»³³.

Delle due attività, soltanto per la prima sono prescritti obblighi di informazione, per questa ragione sembra opportuno chiarirne il contenuto. Secondo i considerando (27), (29), (30), (31) e (32), i servizi di disposizione di ordine di pagamento stabiliscono un ponte tra la piattaforma *e-banking* del cliente-pagatore ed il sito web dell' esercente-beneficiario, assicurandogli che «*il pagamento è stato disposto così da incentivare il beneficiario a consegnare i beni o a prestare il servizio senza indebiti ritardi*». Ma, per disporre l'ordine, il prestatore deve avere accesso al conto di pagamento presso l'intermediario che offre il servizio di radicamento del conto e con il quale il primo non deve necessariamente stabilire un rapporto contrattuale³⁴.

Quale degli obblighi di informazione si applica anche all'ente che presta *esclusivamente* servizi di disposizione di ordine di informazione?

Secondo l'art. 45, co. 2, direttiva PSD2, hanno un obbligo di informazione preliminare sugli elementi che consentono di individuare il prestatore, come la denominazione sociale, l'indirizzo del luogo in cui è posta la sede legale e l'amministrazione centrale, l'ubicazione della succursale stabilita nello Stato membro nel quale è prestato il servizio, i contatti utili del professionista e dell'autorità di vigilanza competente. Non è chiaro a chi spetti l'onere dell'informazione, se al pagatore o all'intermediario. Infatti è disposto che «*(...) prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento forniscono al pagatore, o rendono disponibili al pagatore*».

Constano anche obblighi di informazione successiva alla disposizione dell'ordine di pagamento perché l'art. 46 prescrive al prestatore di questo servizio di fornire o rendere disponibili al pagatore ed eventualmente al beneficiario i) la conferma che l'ordine di pagamento è stato correttamente eseguito, che era stata inviata al prestatore del servizio di radicamento del

³² Cfm: art. 4, n. 15, direttiva PSD2.

³³ Cfm: art. 4, n. 16, direttiva PSD2.

³⁴ Cfr.: art. 47, direttiva PSD2.

conto del pagatore; ii) i dati che consentono al pagatore ed al beneficiario di individuare l'operazione di pagamento; iii) l'importo dell'operazione di pagamento; iv) l'importo complessivo delle spese da corrispondere al prestatore del servizio di ordine di pagamento ed eventualmente la suddivisione delle stesse tra pagatore e beneficiario.

Sembra opportuno precisare che questi obblighi informativi sono stati inseriti nel Capo II, dedicato agli obblighi informativi concernenti le singole operazioni di pagamento. Questo non vuol dire che non possa essere concluso un contratto di durata con il prestatore di servizi di pagamento, ma non potrà essere qualificato come contratto–quadro, *ex art. 4, n. 21*), direttiva PSD2, che, nella lettura congiunta con la definizione di operazione di pagamento, sembra interessare le fasi del processo di trattamento dell'ordine di pagamento successive alla disposizione.

I CONFINI DELLE CONTRADE DI SIENA: TRA DEROGABILITÀ PATTIZIA E AZIONI POSSESSORIE

Giovanni Liberati Buccianti

*Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche,
Università degli Studi di Parma*

TRIBUNALE SIENA; sentenza 12 gennaio 2019, n. 42 – Giudice Unico Reitano – Contrada della Chiocciola c. Contrada della Tartuca.

Contrade di Siena – Personalità giuridica – Giurisdizione ordinaria – Bando di Violante di Baviera – Confini territoriali – Convenzione in deroga – Beni extra commercio – Possesso – Azioni possessorie (art. 134 codice del processo amministrativo; artt. 1145, 1168, 1170 cod. civ.).

Le controversie riguardanti i confini territoriali delle Contrade di Siena spettano alla giurisdizione del giudice ordinario e non del giudice amministrativo.

I confini delle Contrade di Siena sono stabiliti dal Bando di Violante di Baviera del 1729 ed è consentita una convenzione tra privati in deroga, stipulata da parte dei rispettivi organi rappresentativi delle Contrade, anche in assenza di una delibera della Contrada che li autorizzi in tal senso o di una ratifica successiva.

Le Contrade di Siena sono legittimate ad esercitare le azioni possessorie a difesa del proprio territorio rispettando i requisiti temporali, oggettivi e soggettivi previsti dal codice civile

Il Tribunale di Siena è chiamato ad affrontare, per la prima volta nella storia, la questione dei confini territoriali tra due Contrade. Il giudice, oltre a sostenere preliminarmente la giurisdizione del giudice ordinario, ritiene le Contrade di Siena dotate di personalità giuridica secondo antico diritto. Considera, poi, che le norme del Bando di Violante di Baviera del 1729, che ha stabilito i confini tra le Contrade, siano derogabili tramite convenzioni stipulate tra gli organi rappresentativi delle Contrade e fa salva la possibilità dell'esperimento delle azioni possessorie a tutela dei rispettivi confini, purché le azioni vengano esercitate rispettando i requisiti stabiliti dal codice civile.

Sommario:

1. Una doverosa premessa: Siena e le Contrade.
2. Le Contrade sono persone giuridiche di antico diritto.
3. I confini delle Contrade e la giurisdizione del giudice ordinario.
4. La derogabilità pattizia dei confini delle Contrade.
5. Le Contrade sono legittimate ad esperire le azioni possessorie a tutela dei confini.
6. Conclusioni.

1. Una doverosa premessa: Siena e le Contrade

Il centro storico di Siena, raccolto all'interno delle antiche mura medievali e considerato patrimonio mondiale dell'Umanità dall'UNESCO, è tradizionalmente suddiviso in tre terzi e diciassette Contrade.¹ Le Contrade costituiscono una particolarissima forma di entità associativa,² raccogliendo una pluralità di persone, che fanno parte della Contrada. Diventano *contradaio*³ per vincoli di sangue, di luogo di nascita o di amicizia. Le Contrade animano la vita cittadina e, due volte all'anno, si sfidano nella tradizionale corsa dei cavalli, nota come Palio di Siena.⁴

Fin da tempi antichi il problema dei confini delle Contrade è stato avvertito nella città toscana e i rapporti di amicizia e di inimicizia tra le Contrade derivano anche (e soprattutto) da problemi territoriali.⁵ Si consideri che in epoca passata le Contrade erano più delle diciassette attuali: alcune di esse sono state infatti soppresse per i motivi più diversi⁶ ed il loro territorio è stato acquisito dalle

¹ Si tratta del terzo di Città, di quello di San Martino e di quello di Camollia. Così, il terziere di Città comprende le contrade Aquila, Chiocciola, Onda, Pantera, Selva Tartuca; quello di San Martino: Civetta, Leocorno, Nicchio, Torre, Valdimontone; quello di Camollia: Bruco, Drago, Giraffa, Istrice, Lupa, Oca. Si veda, l'allegato A) recante Elenco delle diciassette contrade del Regolamento per il Palio, approvato con deliberazione del Consiglio Comunale di Siena 5 febbraio 1949, n. 14 e s.m.i. L'ultima modifica al Regolamento fu approvata con delibera del Consiglio Comunale di Siena 10 giugno 1999, n. 146.

² Si consideri che: "In ogni Contrada c'è una strada, una piazza, una chiesa, una fonte, che tradizionalmente designa per antonomasia il rione, e a volte la Contrada stessa e i suoi membri. Questi ultimi nel parlare (o nel cantare) comune si riferiranno alla loro geografia *contradaio*, identificandosi come "quelli di Fontebranda" o "di Vallepiana", "di Salicotto" o "di Malborghetto", seguendo una consuetudine già attestata nel Rinascimento", cfr. A. FALASSI, *Festa di Siena*, in A. FALASSI – G. CATONI, *Palio*, Milano, 1982, pag. 13.

³ Cfr. E. BALOCCHI, *Contributo per una definizione giuridica di "contradaio"*, in *Bullettino senese di storia patria*, XCIV (1987), pag. 425 ss.

⁴ Corsa antichissima le cui origini risalgono ad una giostra equestre medioevale. Non è questa la sede per dilungarsi sulla storia del Palio, ma è di fondamentale importanza il Bando del 16 maggio 1721 recante "*Bando sopra la corsa del Palio solita farsi annualmente nella Pubblica Piazza il dì 2 di Luglio in onore di Maria Vergine Avvocata, e Protettrice di questa Città dà tre Signori Festajoli Nobili eletti a tal effetto*" emanato per volontà di Violante Beatrice di Baviera. Il testo è fondamentale perché venne allora stabilito che a ciascun Palio potessero correre solo dieci Contrade e venne altresì creato un meccanismo di rotazione nella partecipazione delle Contrade: quelle non estratte nel Palio di luglio precedente, sarebbero state preferite alle altre nel Palio di luglio successivo.

⁵ Si veda, ad esempio, A. SAVELLI, *Sentire i confini, costruire i confini. Le Contrade di Siena tra fine XVII e inizio XVIII secolo*, in *MEFRIM*, 115, 2003 – 1, pag. 183 ss. con ampia bibliografia.

⁶ Le Contrade soppresse sono: Gallo, Leone, Orso, Quercia, Spadaforte e Vipera. Esse sfilano nel Corteo Storico che precede il Palio nel IX° gruppo: "sei cavalieri rappresentanti le Contrade non più esistenti con Palafreniere". Si veda l'allegato B) recante Schema del corteo

Contrade confinanti.⁷ Il conflitto territoriale tra le Contrade non è materia propria della storia passata perché si è posto (a più riprese) anche in epoca moderna.⁸ Nel 1978 il rapporto tra territorio e Contrada è sfociato in un incontro tra contradaiooli – passato alle cronache senesi come Congressone – dove emersero le possibilità teoriche di cambiamento del territorio, l’assegnazione alle Contrade esistenti di un’area di influenza *extra moenia*, la riesumazione di antiche Contrade e la possibile nascita di nuove.⁹

Ad ogni buon conto, ad oggi, il territorio all’interno delle mura è stato suddiviso tra le Contrade per volontà della Gran Principessa di Toscana Violante Beatrice di Baviera,¹⁰ con il Bando “*Nuova divisione dei confini delle Contrade*” del 1729,¹¹ noto anche come bando di Violante di Baviera¹² che fu emanato proprio con la volontà di porre termine alle pericolose e dispendiose liti insorte fra gli abitanti di esse.

Nella delimitazione del territorio, il Bando di Violante faceva riferimento più ai proprietari dei caseggiati del tempo e al nome dei palazzi piuttosto che alle vie. Nel corso dei secoli, anche il tessuto urbanistico ed edilizio del centro storico ha subito modifiche e variazioni. Così, non sempre è facile individuare l’esatto confine ma le diverse Contrade hanno posto nel corso del tempo alcune “mattonelle” con il proprio simbolo sulle mura perimetrali. Recentemente, per la prima volta nella storia, una Contrada, quella della Chiocciola, ha deciso di rivolgersi al Tribunale di Siena perché ha ritenuto che una consorella, la Tartuca, abbia violato il confine e, dopo aver chiesto amichevolmente un incontro senza

storico del Regolamento per il Palio. Le Contrade soppresse non vengono menzionate dal Bando di Violante del 1729 sulla nuova divisione dei confini delle Contrade.

⁷ Si consideri, ad esempio, che il territorio della Contrada della Spadaforte, non più esistente, è stato suddiviso tra Leocorno e Torre; il territorio della Contrada del Leone è adesso della Contrada dell’Istrice, ecc.

⁸ Nel corso del Novecento, le più accese discussioni attorno ai confini delle Contrade di Siena avvennero nel 1930, nel 1958 e, infine, nel 1978.

⁹ Il problema della nascita di nuove Contrade si è presentato soprattutto con la nascita dei nuovi e popolosi quartieri residenziali fuori dalle mura medievali: già negli anni ’20 del Novecento gli abitanti di un nuovo quartiere (quello di San Prospero) avevano chiesto – invano – di dar vita ad una nuova Contrada che rappresentasse i propri abitanti.

¹⁰ Violante Beatrice di Baviera (1673-1731) aveva sposato Ferdinando d’E Medici (1663-1713), principe ereditario al trono di Toscana. Diventata vedova nel 1713, divenne Governatrice della città di Siena nel 1717 e tale rimase fino alla morte, avvenuta nel 1731.

¹¹ Sugli effetti del Bando di Violante, cfr. P.G. PONTICELLI, *Postulati tecnici della qualificazione delle contrade senesi come persone giuridiche pubbliche*, in *Studi senesi*, 1988, pag. 222 ss. L’Autore individua tre effetti del Bando: a) un effetto innovativo, con la “nuova” divisione dei confini delle Contrade; b) un effetto ricognitivo delle diciassette Contrade esistenti; c) il contemporaneo e contestuale divieto di riconoscere o creare nuove Contrade (pag. 227).

¹² Il Bando è liberamente scaricabile dal sito www.ilpalio.org

ricevere risposta alcuna, la Contrada della Chiocciola ha chiesto al Tribunale di accertare la violazione, citando la rivale a giudizio.

In particolare, il Bando prevedeva che uno dei confini tra il territorio della Contrada della Chiocciola¹³ e quello della Tartuca¹⁴ fosse rappresentato “dall’arco delle monache di Castelvecchio”. Questo luogo attualmente non esiste più e secondo l’attrice – la Chiocciola – sarebbe situato in un punto di una strada sul quale però ha preso possesso la rivale Contrada della Tartuca. Dall’altro lato, la convenuta – la Tartuca – non contesta la violazione del confine stabilito nel Bando ma ritiene che quella parte del territorio sia stato da essa usucapito o, comunque, sia prescritta la domanda dell’attore. A sostegno di ciò la Contrada afferma che su quello spicchio di territorio (circa 50 metri), la Contrada avrebbe esercitato tramite comportamenti materiali e non contestati dall’avversaria un possesso da tempo immemore (dal 1800). Inoltre, la modifica del confine sarebbe stata effettuata anche grazie ad un accordo tra i Priori delle due Contrade. Gli organi rappresentativi delle Contrade collocarono, infatti, nel 1987 proprio nel luogo contestato apposite mattonelle di confine con i simboli delle rispettive Contrade (la chiocciola e la tartaruga).

2. Le Contrade sono persone giuridiche di antico diritto

In primo luogo, il Tribunale ha riconosciuto alle Contrade di Siena la personalità giuridica di antico diritto. In particolare, si noti che la questione della personalità giuridica si era posta più volte in passato, vuoi per la tutela dell’immagine da parte delle Contrade,¹⁵ vuoi a fini tributari¹⁶ ed il

¹³ Con riferimento al territorio della Contrada della Chiocciola, il Bando stabilisce: “Dalla porta S. Marco comprenda le due strade fino al campanile de Padri del Carmine, siccome la via delle Monache della Madonna delle Sperandie per tutta la chiesa ed ospizio di S. Lucia fino all’arco della via de Maestri ed abbracciando le case dirimpetto al cimitero di S. Marco salga la spiaggia di S. Quirico e vada sino all’arco del convento di Castelvecchio e fino a S. Quirico, prendendo detta chiesa e case fino alla svolta, lasciando la strada che cala alla Madonna del Corvo”.

¹⁴ Con riferimento al territorio della Contrada della Tartuca, il Bando stabilisce: “Dall’ospizio di S. Lucia esclusive comprenda la strada dell’Ellera da ambe le parti, convento, chiesa e piazza di S. Agostino, convento e case de Padri della Rosa e tutta la strada fino a porta Tufi. Dall’arco di S. Agostino prenda solo a man sinistra ed occupi da ambe le parti la via de Maestri, siccome la via delle Murella fino all’arco delle monache di Castelvecchio, e scendendo per la costa in faccia alla chiesa di S. Pietro termini alla crociata di dette tre strade dette della Porta all’Arco, attenendosi in detta crociata solo a man destra”.

¹⁵ Si veda, M. COMPORTI, *La tutela degli stemmi, degli emblemi, dei colori delle Contrade di Siena*, in *Studi senesi*, 1982, pag. 298 ss. Si consideri anche quanto deciso da

riconoscimento della personalità giuridica in favore delle Contrade era già presente nella dottrina.¹⁷

In particolare, la giurisprudenza della Suprema Corte ha affermato la permanenza della personalità giuridica per quegli enti che, in base agli antichi ordinamenti, la possedevano prima della nascita dello stato unitario. Si tratta una pluralità di casi nei quali può accadere che le tavole di fondazione sono andate perdute. Proprio sulla base del principio sopra detto che la giurisprudenza ha elaborato, è stato ritenuto, ad esempio, che avesse personalità giuridica una fondazione istituita direttamente dallo Stato Pontificio,¹⁸ così come una fondazione costituita direttamente dal testatore sulla base della normativa preunitaria del Granducato di Toscana.¹⁹

Sulla scorta di ciò la giurisprudenza della Suprema Corte ha ritenuto in tre sentenze dei primi anni 2000, che anche le Contrade di Siena siano titolari di personalità giuridica pubblica di antico diritto.²⁰ La Suprema Corte ha dunque esteso alle Contrade di Siena quanto aveva già stabilito con riferimento ad altri enti che godevano di personalità giuridica prima dell'unità d'Italia. Anche nella presente sentenza, il Tribunale di Siena si allinea a tale ricostruzione, facendo risalire il riconoscimento della

Trib. Milano, 9 novembre 1992, in *Riv. dir. ind.*, 1993, II, 45 ss., con nota di G. GUGLIELMETTI, *Sul diritto alla "identità personale" delle contrade di Siena*: la Contrada, persona giuridica di antico diritto, ha legittimazione attiva con riguardo al diritto sull'immagine e sui simboli del Palio di Siena. Proprio in quanto persona giuridica di antico diritto, riveste la qualifica di associazione non riconosciuta. Viene attribuita alle Contrade la qualità di "soggetti giuridici legalmente riconosciuti" e, in quanto tali, "abilitati a compiere atti giuridici e ad avere diritti di proprietà immobiliare".

¹⁶ Si veda, ad esempio, la decisione della Commissione Tributaria di I grado di Siena del 25 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1992, III, 132, secondo cui le storiche Contrade di Siena, ancorché prive di formale riconoscimento amministrativo, devono egualmente essere considerate persone giuridiche pubbliche, per avere acquistato tale *status* già prima dell'unificazione d'Italia.

¹⁷ Sulla personalità giuridica delle Contrade di Siena, si veda lo studio di M. CANTUCCI, *La natura giuridica della Contrada*, in *Miscellanea di studi in memoria di Giovanni Cecchini*, vol. II, Siena, 1964, pag. 82 ss. Successivamente si sono occupati del tema M. COMPORTI, *La tutela degli stemmi*, op. cit. e P.G. PONTICELLI, op. cit., pag. 222 ss.

¹⁸ Cass., 19 ottobre 1964, n. 2622, in *Foro it.*, 1965, I, c. 666 ss.

¹⁹ Cass., 18 ottobre 1960, n. 2785, in *Foro it.*, Rep. 1961, voce *Persona giuridica*, n. 10.

²⁰ Si tratta di tre decisioni che riguardano questioni tributarie tra alcune Contrade di Siena e l'Amministrazione finanziaria dello Stato: Cass., 8 novembre 2001, n. 13829, con riferimento alla Contrada della Civetta, Cass., 18 febbraio 2003, n. 2414 con riferimento alla Contrada della Tartuca e Cass., 20 febbraio 2003, n. 2542, con riferimento alla Contrada della Torre. In particolare, la prima, Cass. 8 novembre 2001, n. 13829 si trova per esteso su *Riv. giur. trib.*, 2002, 855, con nota di A. MARINELLO, *Le contrade di Siena godono dell'esenzione dall'imposta di successione*.

personalità giuridica in favore delle contrade proprio al Bando di Violante di Baviera del 1729 vigente attualmente in virtù di un richiamo previsto nella legge di abolizione del contenzioso amministrativo a leggi speciali previgenti. Così, il Bando costituisce il documento pubblico che riconosce le Contrade come entità giuridiche autonome, il titolo di riconoscimento moderno della personalità giuridica delle Contrade.²¹ La personalità giuridica delle Contrade trova una conferma anche in due atti normativi recenti: da un lato nel Regolamento per il Palio²² e dall'altro nella legge di proroga della legge speciale per Siena.²³

Indagando su una possibile evoluzione della natura giuridica delle Contrade, definite ancora oggi come persone giuridiche di antico diritto, potrebbero forse qualificarsi come fondazioni di partecipazione.²⁴ Questo istituto, un ibrido non definito dal codice civile ma nato nella prassi notarile a metà anni '90, riesce a superare la tradizionale distinzione che il codice opera tra fondazione e associazione.²⁵ Tale fondazione di partecipazione ben si adatterebbe alle peculiarità dell'istituzione Contrada: l'elemento patrimoniale si distingue da quello della fondazione propriamente detta

²¹ Il Tribunale afferma la vigenza del Bando di Violante (anche) in virtù dell'art. 252, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. A. In particolare, è evidente il richiamo a P.G. PONTICELLI, *Postulati tecnici della qualificazione*, op. cit. L'Autore affermava che un argomento moderno per sostenere la personalità giuridica delle Contrade fosse da rintracciare proprio nel menzionato art. 252. Se è vero, infatti, che l'art. 252 stabiliva che avrebbero cessato di avere vigore le leggi anteriori sulle amministrazioni provinciali e comunali, aggiungeva che "continueranno ad osservarsi le leggi speciali che hanno rapporto colle dette amministrazioni in quanto non sono contrarie alla presente legge". Così, PONTICELLI sosteneva che "la legislazione unitaria (...) non poté non continuare a riflettere – proprio in virtù di una "previgente legge speciale" – quell'elemento distintivo e caratteristico della Comunità senese costituito dall'aggregazione delle Contrade. Il loro carattere di persone giuridiche pubbliche, in quanto finalizzate alla vita del Comune di Siena nei termini e modi sopra specificati, non sembra dunque possa essere modernamente posto in discussione", cfr. P.G. PONTICELLI, *Postulati tecnici della qualificazione*, op. cit., pag. 228 ss. (e in part. pag. 229).

²² Si legga l'art. 9 rubricato Contrade – Stato giuridico, secondo cui: "Le Contrade sono Enti autonomi, e come tali provvedono alla loro amministrazione e svolgono la loro attività in modo indipendente, conformandosi alle norme portate dai propri Capitoli o Statuti ed ispirandosi alle antiche tradizioni".

²³ Si tratta della l. 9 marzo 1973, n. 75 recante *Proroga della legge 3 gennaio 1963, n. 3 concernente la tutela del carattere monumentale e artistico della città di Siena*. L'art. 3 prevede, infatti, che il consolidamento, restauro e sistemazione degli edifici di proprietà venga effettuato tanto dai privati per gli edifici di loro proprietà quanto dalle "storiche contrade" per gli edifici di loro proprietà.

²⁴ E. BELLEZZA – F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Milano, 2006.

²⁵ Si veda A. BARBA, *Associazione, fondazione e titolarità di impresa*, Napoli, 1996; A. FUSARO, voce *Fondazione*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, VIII, 1992.

poiché il patrimonio è a struttura aperta (a successivi conferimenti) ma non manca neppure l'elemento personale, inteso come struttura associativa, tipico delle associazioni e radicato nelle storiche Contrade senesi.

3. I confini delle Contrade e la giurisdizione del giudice ordinario

Se dunque la personalità giuridica delle Contrade sembra oramai un dato acquisito in giurisprudenza e dottrina, si è posta la questione della giurisdizione e cioè se su una controversia inerente i confini territoriali delle Contrade abbia giurisdizione il giudice ordinario o il giudice amministrativo. Nella causa Chiocciola – Tartuca, la questione della giurisdizione si è posta perché la Contrada convenuta – la Tartuca – riteneva che il giudice dovesse dichiarare il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo. Infatti, per tale Contrada, le Contrade rappresenterebbero enti territoriali. È noto che l'art. 134, comma 1, lett. d) del codice del processo amministrativo prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel caso di controversie che riguardino i confini degli enti pubblici territoriali.

Il giudicante non ritiene tuttavia di aderire a tale tesi: affermare che le Contrade sono enti associativi con personalità giuridica non significa automaticamente affermare che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo. Infatti, la giurisdizione del giudice amministrativo non sussiste per un duplice motivo: da un lato per il principio di unicità della giurisdizione, dall'altro perché la controversia prende avvio da un comportamento materiale e non da un provvedimento amministrativo. Il riferimento al principio della unicità della giurisdizione si è posta a più riprese con riferimento alle Contrade. Peraltro, il giudice ricorda che gli enti pubblici territoriali vengono individuati dall'art. 114 Cost. in Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato: nell'elenco non compaiono le Contrade di Siena. Il secondo argomento è che la controversia ha preso avvio da un comportamento materiale: l'invasione di una parte di territorio da parte di una Contrada a danno dell'altra. Si fa cioè riferimento a meri comportamenti e non a provvedimenti amministrativi. Il giudice ricorda che la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionali alcune norme del codice del processo amministrativo che devolvevano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo determinate materie – anche meri comportamenti – che non erano, neppure mediamente, riconducibili

all'esercizio del pubblico potere. Ebbene per l'ipotesi di meri comportamenti, la giurisdizione resta quella del giudice ordinario.²⁶

4. La derogabilità pattizia dei confini delle Contrade

Una volta affermata la giurisdizione del giudice ordinario, il giudice passa a trattare la questione sostanziale: quella della possibile violazione del confine da parte della Contrada della Tartuca. In particolare, lo sconfinamento di questa Contrada si porrebbe in contrasto con le prescrizioni normative del Bando di Violante ma la Tartuca si difende sostenendo che la violazione sarebbe stata superata dall'accordo tra le due parti, che avrebbe modificato convenzionalmente il confine.

Ciò detto, occorre comprendere: a) se, astrattamente, le norme del Bando di Violante sono derogabili da un accordo tra le parti; b) se, concretamente, c'è stato questo accordo.

Con riferimento al primo punto, il giudice ritiene che le norme del Bando non sono né inderogabili, né imperative ed è dunque ben possibile una convenzione tra privati in deroga. Il Bando, per il giudicante, non concede il suolo pubblico alle Contrade, né distribuisce formalmente parte del territorio comunale perché nel territorio sul quale le Contrade esercitano la loro influenza sono ricompresi edifici privati ed edifici pubblici, strade, piazze ecc. Il Bando ha la finalità di “cristallizzare in maniera definitiva, oltre che il numero delle Contrade, la ripartizione territoriale del centro storico, al fine di evitare l'insorgere di controversie tra le stesse ovvero la nascita di nuove Contrade”. Ciò detto, ritiene che le norme del Bando non tutelano l'interesse pubblico generale, né il Bando si può considerare alla stregua di un regolamento edilizio (o urbanistico) o di un piano regolatore generale. Peraltro, tra le disposizioni del Bando non si prevede un espresso divieto ad una modifica delle norme del Bando e, così, si sostiene che “non può escludersi la validità e liceità di una convenzione fra privati in deroga”. Il giudicante trova alcune similitudini con altre norme del codice civile: su tutte quella in materia di distanza di cui all'art. 873 cod. civ. È pacifico che tale disposizione – che prevede una distanza minima tra costruzioni su fondi finitimi di tre metri – può essere derogata dall'accordo tra privati perché la norma intende tutelare interessi privatistici e

²⁶ Cfr. Corte cost. n. 204 del 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2594, punto 3 della motivazione, nonché Corte cost. n. 71 del 1995, in *Foro it.*, 1995, I, 1738, punto 4 della motivazione; di tale principio si rinviene menzione *obiter* anche nelle più recenti Corte cost., ord. n. 22 del 2009, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Tributi in genere*, n. 1639.

non pubblicistici.²⁷ Inoltre, la derogabilità pattizia può essere desunta anche dal contesto sistematico in cui la disposizione opera, con riferimento alla natura dell'interesse sotteso alla disposizione: le disposizioni del Bando sono derogabili, la convenzione in deroga è lecita non potendosi considerare nullo tale accordo per contrarietà a norma imperativa.

Con riferimento al secondo punto, il giudicante individua l'accordo tra la Contrada della Tartuca e quella della Chiocciola che ha modificato la disposizione del Bando di Violante. Si riferisce alla circostanza che trenta anni prima, nel 1987, i Priori delle due contrade – gli organi cioè rappresentativi di esse – alla presenza di altri contradaioi procedettero a murare le mattonelle di confine (insieme ai ferri porta-bandiere) alla fine di via Tommaso Pendola, cioè nel territorio che il Bando assegnava originariamente alla Chiocciola. Quel comportamento materiale di muratura delle mattonelle è considerato insomma dal giudice come manifestazione di volontà di proposta e accettazione della nuova sistemazione territoriale sì che la Contrada della Tartuca ha acquistato una piccola parte del territorio che il Bando riservava alla sua rivale, la Contrada della Chiocciola.²⁸

Vi è stata, poi, manifestazione tacita di volontà da parte della Contrada della Chiocciola che aveva tra l'altro riportato il “nuovo” confine anche nel giornalino di Contrada e un articolo di fondo sul giornale giudicava con favore l'accordo. Il Tribunale, poi, supera l'argomento sollevato dalla Contrada della Chiocciola secondo cui il Priore a quel tempo avrebbe agito a titolo personale e non come rappresentante della Contrada. Se è pur vera l'assenza di una delibera che autorizzasse il Priore ad agire o una ratifica

²⁷ Cfr. Cass., 31 maggio 2006, n. 12966, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 315. In particolare la Cassazione distingue: da un lato, le norme sulle distanze di cui all'art. 873 cod. civ. sono dettate a tutela di reciproci diritti soggettivi dei singoli e miranti unicamente ad evitare la creazione di intercapedini antigieniche e pericolose, e come tali sono derogabili mediante convenzione tra privati; dall'altro lato, le norme degli strumenti urbanistici locali che impongono di mantenere le distanze fra fabbricati o di questi dai confini non sono invece derogabili, perché dirette, più che alla tutela di interessi privati, a quella di interessi generali pubblici in materia urbanistica e come tali inderogabili, con la conseguente invalidità delle convenzioni in contrasto con dette norme, anche tra i proprietari di fondi confinanti che le hanno pattuite.

²⁸ Si legge nella sentenza: “Analizzando specialmente tale accordo, l'istruttoria svolta nel corso del giudizio, unitamente alla copiosa produzione documentale e fotografica, attesta come, a seguito di trattative intercorse tra i Priori delle Contrade Tartuca e Chiocciola, nell'anno 1987, si concordarono ed eseguirono, alla presenza dei Vicari e di altri contradaioi, le operazioni di muratura delle mattonelle con lo stemma della tartaruga, alla fine di via Tommaso Pendola, sia sul lato sinistro, sia sul lato destro, e successivamente con la collocazione dei ferri porta-bandiere”.

successiva, il giudice facendo leva sulle “tradizioni” e sulle “consuetudini” esclude che il Priore possa aver agito a titolo personale: sostenere che un Priore agisca a titolo esclusivamente personale negli affari della Contrada non esistendo alcuna delibera della Contrada che lo autorizzi in tal senso, né alcuna delibera di ratifica dell’operato “appare in contrasto con le tradizioni e, specialmente, con gli Statuti”.

5. Le Contrade sono legittimate ad esperire le azioni possessorie a tutela dei confini

Le Contrade esercitano sul territorio che il Bando attribuisce loro una particolare forma di possesso. Infatti, questo possesso non produce uno degli effetti tipici di questa situazione di fatto e cioè l’acquisto della proprietà. Nessuno mette in dubbio, infatti, che le vie che si collocano all’interno dei rioni sono di proprietà comunale e che gli edifici che qui sorgono appartengono a soggetti pubblici o privati, secondo le regole civilistiche sulla proprietà. Le Contrade hanno però una particolare disponibilità del territorio: a Siena si afferma che tanto le vie quanto le case “fanno parte” di una Contrada piuttosto che di un’altra, anche se la proprietà, civilisticamente intesa, appartiene a soggetti diversi.

Orbene, il giudice fa riferimento alle strade del territorio comunale come beni extra-commercio.²⁹ Ciò non significa, però, che le Contrade non possano tutelare la situazione di fatto tramite le azioni possessorie. Infatti, se è vero che ai sensi dell’art. 1145, comma 1, cod. civ., il possesso di cose fuori commercio non produce generalmente alcun effetto, ciò non significa che non vi sia tutela della situazione di fatto che viene esercitata. Da un lato, ai sensi dell’art. 1145, comma 2, nei rapporti tra privati è concessa l’azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico e, dall’altro, ai sensi del comma 3 dell’art. 1145, il privato è tutelato con l’azione di manutenzione se è molestato nel godimento del bene in

²⁹ La dottrina precisa che questi beni non sono suscettibili di possesso da parte dei privati, cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 2017, pag. 565: “Dall’oggetto del possesso, vanno escluse le cose insuscettibili di essere acquistate in proprietà. La norma dichiara infatti senza effetto il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà (1145¹). Tramontata la categoria delle cose extracommercio, il riferimento del codice si restringe ai beni demaniali e ai beni del patrimonio indisponibile dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali. Tali beni sono pertanto insuscettibili di possesso da parte dei privati”.

concessione o nell'esercizio di poteri corrispondenti all'esercizio di un diritto suscettibile di concessione.³⁰

Le Contrade possono, dunque, esercitare le azioni possessorie a tutela dei propri confini territoriali. Il giudicante ricorda, poi, che per esercitare le azioni, occorre che ricorrano gli estremi soggettivi, oggettivi e temporali – cioè i presupposti – dell'azione di spoglio, chiamata anche reintegrazione (art. 1168 cod. civ.) o di manutenzione (art. 1170 cod. civ.). L'azione di spoglio può essere esercitata quando il possessore è privato in modo violento (cioè contro la volontà del possessore) o clandestino (cioè senza che il possessore ne fosse a conoscenza) di un bene mobile o immobile. L'azione di manutenzione, invece, può essere esercitata dal possessore di un immobile, di un diritto reale sopra un immobile o di una universalità di mobili quando vi è turbativa o molestia del possesso, intesa non come privazione del possesso ma di attività che altri esegua sulla cosa e che rechi disturbo diminuendo o rendendo più difficile l'esercizio del possesso.

Da un punto di vista temporale, sia l'azione spoglio che quella di manutenzione sono soggette al limite temporale di un anno: la prima può essere esercitata entro l'anno dal sofferto spoglio (che, in caso di spoglio clandestino decorre dal momento della scoperta dello spoglio), la seconda entro l'anno dalla turbativa o molestia. Il termine è considerato come termine di decadenza.³¹

Il giudicante esclude che nel caso di specie possa essere invocata la tutela possessoria perché non è stata fornita la prova sui requisiti soggettivi ed oggettivi ed anzi è evidenziato che proprio quel pezzo di strada è stato “utilizzato dalla Contrada della Tartuca, con il consenso rinnovato nel tempo dalla Contrada della Chiocciola, da diversi decenni per i proprio fini di Contrada (festeggiamenti annuali, festeggiamenti delle vittorie, luogo di esecuzione di alfieri e tamburini, ecc.)”. Un'ultima precisazione: anche laddove si volesse ritenere una violazione del possesso – non dimostrata, come detto –, l'azione sarebbe stata proposta tardivamente. Il punto è quello di individuare il corretto *dies a quo* da cui decorre il termine annuale di decadenza per l'esercizio dell'azione. Si ritiene che qualora la turbativa o lo spoglio si componga di più atti e quelli successivi siano strettamente collegati e connessi al primo, il *dies a quo* è da individuare nel primo atto della turbativa o dello spoglio.³² Nel caso di specie, la contrada della

³⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, op. cit., pag. 566.

³¹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, op. cit., pag. 666.

³² Cfr. Cass., 17 agosto 2017, n. 20134, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Possesso*, n. 16: “Nel caso di spoglio o turbativa posti in essere con una pluralità di atti, il termine utile per l'esperimento dell'azione possessoria decorre dal primo di essi soltanto se quelli successivi, essendo strettamente

Chiocciola avrebbe dovuto esercitare l'azione entro un anno dal posizionamento della mattonella (1987).

6. Conclusioni

La sentenza concerne una controversia particolare, che riguarda il territorio senese. È fin troppo noto che Contrade e Palio sono temi molto sentiti a livello locale. Molte delle norme che regolano queste due realtà strettamente collegate si basano sulla consuetudine e rappresentano una sorta di ordinamento nell'ordinamento.³³

Da un punto di vista legislativo, poi, per le Contrade e il Palio si parla di una legge salva-Palio in quanto manifestazione storica, dell'inserimento del Palio tra i beni immateriali protetti dall'UNESCO, della qualifica per le Contrade come associazioni da parificare alle ONLUS, ecc. Può essere di particolare interesse per il mondo contradaiolo la recente riforma del Terzo settore:³⁴ il Parlamento ha emanato nel giugno 2016³⁵ una legge che ha delegato il Governo a riformare il Terzo settore e nel 2017 è stato promulgato il codice del Terzo settore.³⁶ La legge delega ha definito il Terzo settore quale “il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che (...) promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi” (art. 1, comma 1, l. delega); con il codice sono stati invece definiti gli enti del Terzo settore: un elenco in cui compaiono, tra l'altro, associazioni, fondazioni ed enti diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di

collegati e connessi, devono ritenersi prosecuzione della stessa attività; altrimenti, quando ogni atto – presentando caratteristiche sue proprie – si presta ad essere considerato isolatamente, il termine decorre dall'ultimo atto”. Nello stesso senso: Cass., 24 aprile 1992, n. 4939, in *Giur. it.*, 1993, I, 609; Cass. 15 luglio 1995, n. 7751, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Possesso*, n. 62. Nello stesso senso anche la dottrina: cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, op. cit. pag. 666.

³³ Si pensi alla pluralità degli ordinamenti teorizzata da Santi Romano e alla celebre affermazione: ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico”. Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918.

³⁴ Si veda, sul tema, M. GORGONI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore. Commento al decreto legislativo 3 luglio 2017*, n. 117, Pisa, 2018 ed i contributi che si trovano nella rivista IANUS, n. 17/2018 recante *Il Codice del Terzo Settore*.

³⁵ Si tratta della l. 6 giugno 2016, n. 106 recante *Delega al Governo per la riforma del terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*.

³⁶ Si tratta del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 recante *Codice del Terzo settore, a norma dell'art. 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*.

utilità sociale (art. 4, comma 1, codice del Terzo settore).³⁷ A prescindere dalla qualificazione giuridica delle Contrade di Siena come associazioni o fondazioni di partecipazione, ad oggi esse non sono enti del Terzo settore perché non hanno richiesto l'iscrizione nel registro nazionale di esso, condizione necessaria per essere tali.³⁸ Anche se l'iscrizione manca – e forse non verrà mai chiesta, atteso il sospetto con cui storicamente viene visto il controllo pubblicistico sulla registrazione – non si può escludere in linea di principio che un domani le Contrade richiedano l'iscrizione. Se non sono dunque enti *del* terzo settore, sicuramente sono enti che operano *nel* Terzo settore, poiché le attività statutarie da esse perseguite rientrano nella definizione di esso. Il codice prevede tre forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore da parte delle amministrazioni pubbliche (art. 55): la co-programmazione, la co-progettazione e l'accreditamento. Con la co-programmazione si individuano i bisogni da soddisfare (art. 55, comma 2) e con la co-progettazione si definiscono ed eventualmente si realizzano specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti (art. 55, comma 3). Si può affermare che se una pubblica amministrazione avvia una co-programmazione *deve* ascoltare anche i soggetti attivi *nel* Terzo settore che non sono iscritti nel registro e che non sono dunque enti *del* Terzo settore: si pensi alla enorme conoscenza del territorio – e dei suoi bisogni – da parte della Contrada. Laddove, poi, un ente *del* Terzo settore svolga attività esecutiva con la co-progettazione può coinvolgere in tale attività anche soggetti attivi *nel* Terzo settore non iscritti nel registro: si pensi, ad esempio, al possibile coinvolgimento delle Contrade nel restauro delle mura medievali che venga loro chiesto da un'organizzazione di volontariato iscritta nel registro nazionale e dalla locale Soprintendenza. L'identità di scopo tra l'ente *del* Terzo settore e quello attivo *nel* Terzo settore sembra poter giustificare una tale soluzione.

³⁷ Secondo l'art. 4, comma 1 del codice del Terzo settore sono enti del Terzo settore: le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore.

³⁸ Come visto l'art. 4, comma 1 ritiene che le sono gli enti lì elencati purché siano iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore, la cui dettagliata disciplina si trova negli artt. 45 – 54.

Ad ogni buon conto, recentemente, alcune questioni contradaiole sono approdate davanti alla magistratura, anche se, molto spesso, le Contrade rivendicano la propria autonomia. A ben vedere, il rapporto tra Contrade e potere giudiziario sembra altalenante: da un lato, infatti, le Contrade ritengono di godere di una sorta di immunità rispetto al potere giudiziario. Di recente, ad esempio, la magistratura senese ha avviato un procedimento penale nei confronti di alcuni contradaiole che hanno dato luogo a tafferugli al termine di un Palio (le cd. scazzottate). Per tale atteggiamento si è creato un fronte comune tra tutte le Contrade che reclamano la non ingerenza del potere giudiziario secondo l'antico adagio che "quello che succede in Piazza [del Campo] rimane in Piazza". Dall'altro lato, però, le Contrade chiedono l'intervento del giudice nelle materie privatistiche. Così, oltre alle ricordate sentenze degli albori del 2000 che hanno riconosciuto la personalità giuridica delle Contrade,³⁹ si segnala una controversia che ha riguardato il diritto di voto per le donne. Lo statuto di una Contrada – la Contrada dell'Oca – per "antico diritto" negava infatti il voto nell'assemblea di Contrada alle donne. Un gruppo di donne contradaiole decise di rivolgersi al giudice ordinario. Vi furono due giudizi: il primo si concluse con l'inammissibilità della domanda perché le contradaiole che avevano citato in giudizio la propria Contrada si erano fatte portatrici degli interessi di una collettività indeterminata di soggetti, chiedendo l'emanazione di provvedimenti che avrebbero toccato la posizione di tutte le contradaiole.⁴⁰ Successivamente alcune donne della stessa Contrada attivarono un nuovo giudizio con il quale fecero s valere il trattamento discriminatorio rispetto ai contradaiole di genere maschile e chiedevano il riconoscimento del proprio diritto individuale a partecipare alle assemblee e alle elezioni. Il giudice, in quell'occasione, pur dichiarando la cessazione della materia del contendere perché nel frattempo la Contrada aveva provveduto a modificare il proprio statuto,⁴¹ affermò che fosse manifesta la fondatezza della pretesa sostanziale perché la Costituzione vieta ogni distinzione di sesso e la Contrada rientra a pieno titolo nella nozione di formazione sociale dove si svolge la propria

³⁹ Non si dimentichi che recentemente sono stati presentati al Parlamento alcuni progetti di legge per considerare le Contrade associazioni senza finalità di lucro. Si veda altresì G.D. COMPORTI, *Le contrade di Siena: un'autonomia per il territorio*, in *Studi senesi*, 2012, pag. 32 ss.

⁴⁰ Cfr. Trib. Siena 19 gennaio 2010, *Foro it.*, 2010, I, 1011, con nota di A.L. TARASCO, *Le ocaiole delle Contrade di Siena tra consuetudini e formalismi giuridici*, in *Corriere giur.*, 2010, 1226.

⁴¹ Durante il giudizio, nel dicembre 2011 l'assemblea generale della Nobile Contrada dell'Oca deliberava di porre fine alla tradizionale assenza dalle assemblee della componente femminile.

personalità: la tradizione riportata nello statuto della Contrada dell'Oca si poneva evidentemente in contrasto con i principî costituzionali.⁴²

Con riferimento alla sentenza qui commentata, sembra di particolare interesse quanto statuito a proposito della derogabilità pattizia del Bando di Violante da parte degli organi rappresentativi delle Contrade. La sentenza, infatti, attribuisce un grande ruolo alle Contrade le quali possono procedere alla modifica dei confini territoriali. Se un tempo i confini tra le Contrade vennero stabiliti dall'autorità (la Governatrice di Siena, Violante Beatrice di Baviera), sembrerebbe che oggi i confini possano essere modificati non già dall'autorità pubblica (il Comune, nella persona del Sindaco) ma dalle Contrade stesse. Questo conferisce una grande autonomia alle Contrade e conduce ad alcune riflessioni. Da un lato, gli organi rappresentativi delle Contrade possono modificare, cedendo e acquistando, parti del proprio territorio. Nel caso di specie, è stato ritenuto necessario e sufficiente l'accordo tra le due Contrade. Potrebbero sorgere alcuni problemi laddove tale regola fosse estesa ad altre situazioni. Si pensi, ad esempio, al caso in cui una Contrada, per i più vari motivi, decida di cedere l'intero territorio ad altra Contrada. In questo caso, l'accordo tra due sole contrade non sembra sufficiente perché vi sono (almeno) le Contrade confinanti che potrebbero essere interessate al territorio in questione. Ragionando, poi, per assurdo e portando il discorso ad estreme conseguenze, sembrerebbe ammissibile la creazione di nuove Contrade con riferimento al territorio esterno al centro storico.⁴³ In questa situazione, sarebbe indispensabile l'accordo di tutte le diciassette Contrade, così riaprendo un vecchio discorso, spesso dibattuto. Aver affermato la derogabilità pattizia del Bando, seppur sia da considerare

⁴² Cfr. Trib. Siena, 8 marzo 2012, in *Foro it.*, 2012, I, 2541, con nota di A. PALMIERI. Si legge nella sentenza: «La fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere in giudizio dalle trenta attrici è manifesta, poiché la Costituzione repubblicana vieta ogni «distinzione di sesso» (art. 3, 1° comma) e prescrive ai poteri statali di «rimuovere gli ostacoli di ordine ... sociale, che, limitando di fatto la libertà ed eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, 2° comma). Il riconoscimento della pari dignità sociale delle donne si estende anche alle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità (art. 2), né può negarsi che ciascuna delle contrade della città di Siena, ivi inclusa l'odierna convenuta, rientra a pieno titolo nella nozione di formazione sociale ove si svolge la personalità umana: lo stesso art. 3 del vigente statuto comunale dà infatti atto che le contrade «costituiscono espressione di comunità contrassegnando da secoli, in modo unico e peculiare, la realtà sociale senese così come esiste, si articola e vive quale associazione naturale»».

⁴³ Sempre che non si voglia considerare norma imperativa quell'inciso del Preambolo del Bando di Violante del 1729 secondo cui è «tolta la facoltà di ritrovarne o riassumerne delle nuove [Contrade]». Si consideri, comunque, che allora non era immaginabile l'espansione della città a ridosso delle antiche mura medievali.

un intento lodevole, potrebbe condurre a sviluppi imprevedibili. Sempre con riferimento alla modifica del confine, è interessante notare il riferimento alla consuetudine per escludere la necessità di una delibera autorizzativa al Priore in quanto, per consuetudine, egli rappresenta la Contrada. Seppur lodevole il richiamo alle tradizioni e agli Statuti delle Contrade, una questione delicata come la delimitazione del confine territoriale necessiterebbe forse del consenso del popolo contradaiolo manifestato in assemblea. La sentenza è altresì significativa per aver riconosciuto alle Contrade questa particolare forma di possesso sul territorio stabilito dal Bando: un possesso che non è finalizzato all'usucapione ma attribuisce alle Contrade la possibilità di esercitare la tutela possessoria, con l'azione di spoglio e di manutenzione.

Il sempre crescente numero di sentenze che iniziano a riguardare le Contrade e il Palio di Siena sembrano far emergere una serie di principi giuridici su questa antichissima forma di aggregazione sociale e di Festa. Si consideri che le Contrade hanno una propria magistratura, il cd. Magistrato delle Contrade, istituito nel 1905, che si compone di tutti i Priori delle diciassette Contrade ed è presieduto da un Priore che viene eletto annualmente e assume la carica di Rettore. Tra le finalità del Magistrato quella di coordinare l'azione comune delle Contrade, tutelare l'interesse collettivo delle Contrade nei rapporti con le autorità e con qualsiasi ente e con privati, promuovere iniziative che vadano a vantaggio morale ed economico delle Contrade. Una chiosa finale: sembrerebbe opportuno, per regolare le questioni privatistiche tra Contrade, istituire un arbitrato, coordinato magari dal Magistrato delle Contrade. In altri termini, l'utilizzo di metodi di risoluzione alternativa delle controversie, di un ADR per le questioni contradaiole, una sorta di "Arbitrato delle Contrade", sulla falsariga dell'Arbitro Bancario Finanziario, al quale tutte le diciassette Contrade si sottomettono e tramite arbitri, esperti conoscitori del microcosmo contradaiolo e paliesco che possano arrivare a decisioni equilibrate, senza dover esporre la Contrada ai rischi del giudizio civile. I non pochi vantaggi sarebbero: il risparmio di denaro rispetto al procedimento ordinario, la presenza di arbitri assai preparati in materia contradaiola e paliesca, la speditezza della decisione, ecc.



Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 18 - dicembre 2018

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805