Rivista di Diritti Comparati

Rivista Quadrimestrale

2/2022

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno VI – N. 2/2022

DIREZIONE

Andrea Buratti – Università di Roma “Tor Vergata”
Alessandra Di Martino – Università degli studi di Roma “La Sapienza”
Cristina Fasone – LUISS Guido Carli
Giuseppe Martinico – Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa
Anna Mastromarino – Università di Torino
Oreste Pollicino – Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano
Giorgio Repetto – Università di Perugia
Francesco Saitto – Università degli studi di Roma “La Sapienza”
Raffaele Torino – Università Roma Tre

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. ChietiPescara), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza † (Scuola Sant’Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bocconi), Ginevra Cerrina Feroni (Univ. Firenze), Francesco Cerrone (Univ. Perugia), Roberto Conti (Corte di cassazione), Diego Corapi (Univ. Sapienza, Roma), Barbara De Donno (Luiss “Guido Carli”), Pasquale De Sena (Univ. Cattolica del Sacro Cuore, Milano), Giuseppe De Vergottini (Univ. Bologna), Giuseppe Franco Ferrari (Univ. Bocconi), Tommaso Edoardo Frosini (Univ. Suor Orsola Benincasa), Anna Gamper (Universität Innsbruck), Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Michele Graziadei (Univ. Torino), Peter Hay (Emory University), Nicola Lupo (Luiss “Guido Carli”), Elena Malfatti (Univ. Pisa), Miguel Poiares Maduro (European University Institute), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II, Tribunale UE), Petros Mavroidis (Columbia University, NY; Université de Neuchâtel), Antonello Miranda (Univ. Palermo), Luigi Moccia (Univ. Roma Tre), Laura Montanari, (Univ. Udine), Massimo Papa (Univ. Roma Tor Vergata), Ernst Ulrich Petersmann (European University Institute), Valeria Piccone (Corte di Cassazione), Cesare Pinelli (Univ. Sapienza, Roma), Giovanni Pitruzzella (Univ. Palermo, Corte di Giustizia UE), Marie-Claire Ponthoreau (Université de Bordeaux), Patricia Popelier (University of Antwerp), Paolo Ridola (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Romboli (Univ. Pisa), Antonio Ruggeri (Univ. Messina), Alejandro Saiz Arnaiz (Universitat Pompeu Fabra), Roberto Scarciglia (Univ. Trieste), Robert Schütze (Durham University, Luiss “Guido Carli”), Francesco Viganò (Univ. Bocconi, Corte costituzionale)

REDAZIONE

Marco Bassini (Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano) (Coordinatore), Nicola Cezzi (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”), Giovanni De Gregorio (University of Oxford), Giacomo Delledonne (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa), Claudio Di Maio (Università della Calabria), Silvia Filippi (Università di Perugia), Alessandro Francescangeli (Università di Roma “Tor Vergata”), Alessia Fusco (Università di Milano Statale), Giampiero Gioia

(Università degli Studi di Roma “La Sapienza”), Umberto Lattanzi (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa)

SOMMARIO

Saggi

FORUM: Le sfide della sostenibilità

SERENA BALDIN, *La sostenibilità ecologica e i principi eco-giuridici per la salvaguardia del sistema Terra*

[pp. 239-270]

LUCA BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico: un percorso euro-nazionale*

[pp. 271-302]

SABRINA BRUNO, Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su "*Corporate Sustainability Due Diligence*". Nasce la *stakeholder company*?

[pp. 303-338]

CARLO FOCARELLI, *La sostenibilità nel diritto internazionale: spunti dalla prassi più recente*

[pp. 339-364]

FABIO MASINI, *L'Unione Europea e le sfide della sostenibilità, 1993-2022*

[pp. 365-394]

ALFREDO MOLITERNI, *Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*

[pp. 395-452]

Altri saggi

LAURA FABIANO, *La scuola pubblica e gli* Students' Speech Rights *negli Stati Uniti d'America*

[pp. 453-486]

ALESSANDRA OSTI, *La (s)elezione dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo tra teoria e prassi*

[pp. 487-513]

PAOLA PANNIA, *Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale: un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*
[pp. 514-556]

ANTONIO RUGGERI*, La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*
[pp. 557-584]

Note e commenti

LUCIA MIGLIETTI, *In Spagna gli animali non sono più cose. Qualche osservazione sul caso di Tuco, il primo animale d'affezione riconosciuto come essere senziente ai sensi della legge 17/2021*
[pp. 585-603]

MARTA STROPPA*, Il caso Breivik a dieci anni dalla strage di Oslo e Utøya*
[pp. 604-638]

Recensioni e letture critiche

NOEMI MAZZARACCHIO, *Le vie del codice vie dei giuristi:* omnes viae Romam ducunt*, ovvero tiao tiao dalu tong Luoma 条条大路通罗马. Recensione ad Antonio Saccoccio - Stefano Porcelli (a cura di), Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico, Mucchi editore, Modena, 2021*
[pp. 639-652]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* e le *Norme editoriali* sono disponibili on line all'indirizzo www.dirittticomparati.it/rivista

Editore: Andrea Buratti, Alessandra Di Martino, Cristina Fasone, Giuseppe Martinico, Anna Mastromarino, Oreste Pollicino, Giorgio Repetto, Francesco Saitto, Raffaele Torino
Coordinatore Editoriale: Serenella Quari
Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma
ISSN: 2532-6619

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La sostenibilità ecologica e i principi eco-giuridici per la salvaguardia del sistema Terra*

Serena Baldin

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dal diritto preindustriale della sostenibilità nell'epoca biochimica medievale all'epoca fossile. – 3. Il percorso di concettualizzazione della sostenibilità e lo sviluppo (in)sostenibile dell'epoca fossile. – 4. Per un diritto del sistema Terra. – 5. Il principio di non regressione. – 6. Gli altri principi eco-giuridici. – 7. Considerazioni finali.

1. Premessa

Qual è il significato dei concetti di sostenibilità e di sviluppo sostenibile? Come si può declinare giuridicamente l'ideale di sostenibilità ecologica, postulando che sia un valore indefettibile e costitutivo dell'ordine costituzionale planetario del XXI secolo da cui si irradiano una serie di principi generali? A partire da questi interrogativi, il presente lavoro intende fornire delle chiavi di lettura e indicare dei modi per arricchire l'armamentario giuridico a protezione dei sistemi socio-ecologici. Secondo la teoria della resilienza, l'espressione sistema socio-ecologico postula l'interdipendenza e all'inseparabilità di due sub-sistemi, quello sociale e quello ecologico, laddove il sistema ecologico (o ecosistema) è «il complesso dinamico formato da comunità di piante, di animali e di microorganismi e dal loro ambiente non vivente che, mediante la loro interazione, formano un'unità funzionale»[1]. Le comunità umane rientrano fra gli ecosistemi e convivono con i limiti di espansione di questi ultimi, dipendendo dalle loro risorse e servizi. A loro volta, le dinamiche degli ecosistemi sono influenzate dalle attività umane in modo più o meno marcato[2].

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione Onu sulla diversità biologica.

[2] Cfr. F.S. Chapin III - C. Folke - G.P. Kofinas, *A Framework for Understanding Change*, in F.S. Chapin III - C. Folke - G.P. Kofinas (eds.), *Principles of Ecosystem Stewardship. Resilience-Based Natural Resource Management in a Changing World*, New York, 2009, p. 6; M. Monteduro - S. Tommasi, *Paradigmi giuridici di realizzazione*

Contestualizzare l'analisi nel quadro della sostenibilità ecologica richiede in via preliminare di chiarire l'uso dei termini adoperati nella ricerca. Sostenibilità e sviluppo sostenibile in questa sede non sono impiegati come sinonimi, sebbene entrambi incorporino l'idea di un equilibrio fra il genere umano e le strutture composte dagli altri esseri viventi e dall'ambiente fisico circostante.

Lo sviluppo sostenibile non è un concetto consolidato né dal punto di vista economico né da quello giuridico. Taluni lo considerano persino «pericolosamente vago»[3] e in grado di significare qualsiasi cosa per qualunque persona[4]. Senza anticipare quanto riportato al par. 3, è d'uopo segnalare che, nell'ottica del diritto, esso può essere enucleato come un principio che abbraccia la dimensione intergenerazionale, anche se sovente finisce per essere un «obiettivo di politica ambientale piuttosto che un principio di diritto dell'ambiente»[5], oppure è una nozione interscambiabile con sostenibilità e magari senza necessari collegamenti con l'ambiente, avendo ampliato la sua sfera di intervento fino a comprendere svariati campi dell'organizzazione statale[6]. In proposito c'è chi osserva che il «concetto di sostenibilità è spesso stato distorto, co-optato e persino banalizzato per il fatto di essere impiegato al di fuori del contesto ecologico che gli fornisce il suo senso. Ciò che viene "sostenuto" in una comunità sostenibile non è la crescita economica, il vantaggio

del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria, in AA.VV., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Napoli, 2015, p. 201, nt. 93.

[3] V.H.E. Daly, *Beyond Growth. The Economics of Sustainable Development*, Boston, 1996, p. 3.

[4] In termini critici, v. S. Adelman, *The sustainable development goals, anthropocentrism and neoliberalism*, in D. French - L. Kotzé (eds.), *Sustainable Development Goals. Law, Theory and Implementation*, Cheltenham-Northampton, 2018, p. 22 ss.

[5] Cfr. R. Romi, *Droit de l'environnement et du développement durable*, Paris, X ed., 2018, p. 140. Secondo Fracchia il diritto ambientale si "risolve" in diritto dello sviluppo sostenibile ma occorre tenere presente che la tutela dell'ambiente può anche non consentire margini per lo sviluppo, qualora si tratti di una risorsa scarsa che va preservata per tramandarla alle generazioni future; v. F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 0, 2010, p. 22.

[6] Come la previdenza, la sanità, la regolare tenuta dei conti pubblici, ecc. In argomento, v. D. Porena, *Il principio di sostenibilità. "Giuridicizzazione" e progressiva espansione nei sistemi giuridici contemporanei e nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *AmbienteDiritto.it*, 4, 2020, p. 419 ss.; T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, 1, 2016, p. 43 ss.

competitivo o altri criteri di misurazione adoperati dagli economisti, ma l'intera rete della vita»[7].

Sostenibilità, nello specifico della disamina, si riferisce esclusivamente alla sfera ecologica e indica il perseguimento della relazione armonica fra il corpo sociale e gli ecosistemi. Tale equilibrio richiede la gestione sostenibile delle risorse naturali mediante un uso che non ne intacchi le capacità rigenerative, in base a una logica di lungo periodo in grado di assicurare la sopravvivenza umana e delle altre specie viventi. Il passaggio semantico dalla sostenibilità ambientale alla sostenibilità ecologica vuole poi marcare l'accento sulle soggettività 'altre' rispetto all'umanità di cui dover tenere conto nei sistemi socio-ecologici e su un sotteso rinnovamento nella gestione responsabile e durevole dei frutti di Madre Terra che richiede l'integrazione delle scienze naturali con altre discipline, compreso il diritto. D'altronde, l'ambiente è un costrutto giuridico che non riflette necessariamente gli assunti dell'ecologia in quanto ha un significato più ampio e meno tecnico e si applica principalmente ai gruppi umani. Esso assume una pluralità di estensioni, corrispondenti alle diverse tradizioni e ai percorsi culturali, filosofici e religiosi che ogni popolo tramanda ai posteri[8].

Nel prosieguo della ricerca verranno delineati i profili che caratterizzano il diritto preindustriale della sostenibilità tipico dell'epoca biochimica medievale[9] e saranno ripercorse le tappe principali che hanno portato all'elaborazione del concetto di sviluppo sostenibile nell'attuale epoca fossile, in cui assistiamo al collasso della biodiversità[10], al deficit ecologico[11] e all'intensificarsi degli eventi

[7] Così F. Capra - U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, 2017, p. 57.

[8] Cfr. D. Porena, *'Ambiente': complessità di una nozione giuridica. I tentativi di offrirne una ricostruzione costituzionale emancipata dalla dimensione 'antropocentrica'*, in *ambientediritto.it*, 3, 2020, p. 2.

[9] Su cui B. Marquardt, *Historia de la sostenibilidad. Un concepto medioambiental en la historia de Europa central (1000-2006)*, in *Historia Crítica*, 32, 2006, p. 172 ss.

[10] L'attuale inarrestabile perdita di biodiversità è indicata come la sesta estinzione di massa del pianeta (e la prima causata dalle attività umane); v. European Environment Agency, *The European environment – state and outlook 2020. Knowledge for transition to a sustainable Europe*, Luxembourg, 2019, p. 10.

[11] Il deficit ecologico, indotto dal consumo di risorse ben al di sopra della quantità che i sistemi naturali sono in grado di rigenerare ogni anno, si aggrava sempre più; a ciò si deve aggiungere anche lo sfruttamento delle risorse non rinnovabili. Il c.d. *Earth Overshoot Day* è la data-simbolo che annualmente indica

estremi dovuti al cambiamento climatico antropogenico[12]. L'analisi tratteggerà i temi emersi nel panorama internazionale e comparatistico in merito alla necessità di configurare diversamente dal passato gli assetti normativi per tenere in considerazione i limiti biofisici del nostro pianeta. L'interrogativo di fondo è se, oltre ai discorsi *mainstream* sullo sviluppo sostenibile, vi siano altre teorie che puntino a rafforzare la tutela dei sistemi socio-ecologici e a dare concretezza al concetto di sostenibilità ecologica. A seguire, verrà illustrato il contenuto dei principi eco-giuridici, strumenti interpretativi che fanno proprie le risultanze dell'ecologia per garantire la sostenibilità contribuendo ad adeguare le istituzioni e il diritto ai processi del sistema Terra. In chiusura verranno svolte delle considerazioni riepilogative sulla necessità di rivedere alcuni postulati del diritto in quanto l'attuale crisi ecologica e climatica con consente più di procrastinare gli interventi per mettere al centro delle politiche locali, nazionali e internazionali la salvaguardia del sistema Terra.

2. Dal diritto preindustriale della sostenibilità nell'epoca biochimica medievale all'epoca fossile

Già Platone nel V sec. a.C., Plinio il Vecchio nel I sec. d.C. e altri pensatori dell'antichità ebbero modo di occuparsi dei problemi del degrado ambientale derivanti da attività agricole, minerarie e di disboscamento, esortando i loro contemporanei ad avere cura dei beni della Terra secondo un approccio che oggi chiameremmo sostenibile[13]. L'interesse verso queste tematiche si inseriva in una visione segnata dall'afflato antropocentrico, secondo cui la specie

l'esaurimento ufficiale delle risorse rinnovabili a disposizione. Nel 2022, in Italia l'esaurimento del budget annuale si registra già a marzo e il "Giorno del sovrasfruttamento della Terra" cade convenzionalmente il 15 maggio. Cfr. L. Palmisano, *I dati Overshoot day 2022: il consumo di risorse in Italia è di 2,7 Terre (nonostante la pandemia)*, in *EconomiaCircolare.com*, 15 maggio 2022.

[12] Il cambiamento climatico prodotto dalle attività umane è causa di numerosi eventi estremi ed è il risultato dell'ingente immissione nell'atmosfera di gas a effetto serra. Il Rapporto curato dalla World Meteorological Organization sullo *State of the Global Climate 2021* evidenzia che quattro indicatori chiave del cambiamento climatico hanno stabilito nuovi record negativi, dimostrando l'assenza di qualsiasi inversione di rotta.

[13] V. J.A. Du Pisani, *Sustainable development – historical roots of the concept*, in *Environmental Sciences*, 2, 2006, p. 85.

umana ha una posizione preminente nell'ordine delle cose dell'universo; una concezione tributaria della scienza greco-romana e in particolare delle riflessioni di Platone e Aristotele[14].

Nel continente europeo, la cesura completa fra esseri umani e natura, ossia fra l'idea di un universo organico, vivente e spirituale e di obblighi individuali basati sulla vita nella comunità e in relazione con la terra da una parte e la visione meccanicistica con l'enfasi sul dominio umano della natura dall'altra parte, si consuma fra il XVI e XVII sec., nel corso della rivoluzione scientifica che inaugura l'era moderna[15]. Questo è un tratto distintivo della civiltà occidentale rispetto ad altri contesti dove è maggiormente radicata la visione ecocentrica, secondo cui la natura ha un valore indipendente dall'utilità per gli esseri umani e alla pari con questi ultimi è parte di un tutto sovrastante[16].

Lo spartiacque del modo in cui i popoli europei si sono posti nei confronti dell'uso delle risorse naturali è simboleggiato dall'Illuminismo per l'aspetto politico-giuridico e dalla rivoluzione industriale per il profilo economico. Un prima e un dopo nella storia ambientale che Marquardt battezza rispettivamente coi termini di epoca biochimica e di epoca fossile (precedute dall'epoca neolitica)[17].

L'epoca biochimica sorge nel Basso Medioevo, periodo in cui il sostentamento delle società agricole dipende dall'uso ingente della legna. Nei feudi si articola un diritto preindustriale della sostenibilità composto da una miriade di consuetudini e di leggi particolari basate sull'idea che ogni villaggio non debba impiegare più risorse di quelle

---

[14] Cfr. M. Beagon, *Scienza greco-romana. Plinio, la tradizione enciclopedica e i Mirabilia*, in *Enciclopedia Treccani online*, 2001. Per una impostazione che pone l'accento sull'antropocentrismo insito nella religione giudaico-cristiana, v. la ricostruzione approfondita di J. Passmore, *La nostra responsabilità per la natura*, Milano, 1991, p. 19 ss.; v. altresì L. White Jr., *The Historical Roots of Our Ecologic Crisis*, in *Science*, 155, 1967, p. 1203 ss. Per un approccio più cauto, che ai passaggi biblici che esortano l'essere umano a soggiogare la terra e a esercitare il dominio su tutte le cose oppone quelli in cui si affida agli uomini il compito di custodire il mondo e di essere responsabili della sua conservazione, v. G. Nebbia, *Lynn White (1907-1987)*, in *Altronovecento*, 13, 2008; V. Pedani, *Etica ecologica e principi religiosi*, in *Studi urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, 3, 2021, p. 273 ss.

[15] V. C. Merchant, *The Death of Nature. Women, Ecology, and the Scientific Revolution*, San Francisco, 1983, p. 42 ss.; F. Capra - U. Mattei, *op. cit.*, p. 29 ss., p. 66 ss., p. 94 ss.

[16] Cfr. V. Pedani, *op. cit.*, p. 278 ss.

[17] Cfr. B. Marquardt, *op. cit.*, p. 172 ss. V. anche M. Carducci, *Natura (diritti della)*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, *Aggiornamento*, Torino, 2017, p. 511.

che la natura sia in grado di rigenerare ciclicamente, affinché «anche i nostri figli e le prossime generazioni possano usufruire» di tali beni, come spiegano le fonti medioevali[18].

Il diritto della sostenibilità per garantire l'equilibrio socio-ambientale degli insediamenti umani si fonda su cinque principi:

1. il decentramento politico nelle autorità locali, ovverossia i feudi o le signorie;

2. l'anticipazione della capacità massima del sistema naturale locale, con correlati limiti allo sfruttamento dei terreni e dei boschi;

3. il controllo quantitativo sistematico dell'utilizzo ambientale, con calcoli relativi al taglio degli alberi e anche al consumo di erba per fissare tassativamente il numero di animali da pascolo;

4. la priorità dell'interesse comunitario rispetto alla libertà dell'individuo, assicurata tramite la proprietà collettiva delle terre, i vincoli all'uso delle risorse, il divieto di vendere la legna per profitto a scapito dell'intera popolazione e in contrasto con l'idea di equità, il controllo sulle nascite garantito mediante le norme sul matrimonio e sull'eredità (e agevolato dalle pestilenze);

5. l'ottimizzazione dell'uso dei terreni scarsi, con la rotazione delle colture e l'alternanza con il pascolo.

Le decisioni funzionali alla conservazione del capitale naturale sono prese dai consigli locali, composti dal feudatario e da esponenti della comunità[19].

Con l'avvento delle idee illuministe e liberali il sistema agrario è interessato da innovazioni proto-industriali e da conseguenti riforme giuridiche che segnano il tramonto definitivo della proprietà collettiva delle terre a vantaggio dei proprietari terrieri dell'aristocrazia e della borghesia mercantile. Il sistema delle recinzioni poste ai terreni comuni e ai fondi indivisi è positivizzato in Inghilterra da migliaia di *parliamentary enclosure acts* per orientare lo sfruttamento agricolo verso la domanda di mercato[20]. Il fenomeno è analogo anche nel continente e conduce all'abolizione dei diritti consuetudinari comunitari su pascolo, legnatico, spigolatura, accesso alle risorse idriche. In parallelo, scompare l'assetto feudale con il suo microcosmo di signorie poste a presidio della conservazione dei beni naturali. La

[18] Si v. B. Marquardt, *op. cit.*, p. 180.

[19] Cfr. B. Marquardt, *op. cit.*, p. 176 ss.

[20] Si stima che fra il 1600 e i primi anni del 1900 sia stato 'recintato' oltre un quinto dell'Inghilterra; cfr. UK Parliament, *Enclosing the land*, in www.parliament.uk. V. anche F. Capra - U. Mattei, *op. cit.*, p. 82 ss.

"rivoluzione agricola" di fine Settecento decreta così la fine del diritto della sostenibilità sorto nell'epoca medievale. L'emblema della rottura dell'equilibrio fra sistemi sociali ed ecologici è rappresentato dalla pretesa individuale a disporre liberamente della terra e dal marginale controllo pubblico sull'uso dei beni della natura[21].

L'epoca fossile, affermatasi a partire dal XVIII sec., è caratterizzata dall'intensa produzione di energia derivante dal carbone. Dalla seconda rivoluzione industriale degli ultimi decenni dell'Ottocento in poi, all'impiego del carbone in sostituzione della legna come combustile per le macchine a vapore e per il riscaldamento delle abitazioni si aggiungono altre fonti di energia fossile non rinnovabile, vale a dire il petrolio e il gas naturale. La combustione di queste sostanze produce biossido di carbonio, un gas a effetto serra che causa il surriscaldamento della crosta terrestre. Nel complesso, l'epoca fossile si contraddistingue per l'incremento considerevole della produzione di beni, per la politica estrattivista e lo sfruttamento di risorse naturali su scala globale e non solo locale, ed è il periodo in cui inizia a crescere esponenzialmente la popolazione mondiale[22]. Nel Novecento, il secondo dopoguerra è la fase in cui si sviluppa il modello di produzione consumistico, il quale incide sulle risorse naturali in modo ulteriormente negativo.

3. Il percorso di concettualizzazione della sostenibilità e lo sviluppo (in)sostenibile dell'epoca fossile.

Pietra miliare nel lungo percorso di concettualizzazione della sostenibilità è l'opera di John Evelyn dal titolo *Sylva or a Discourse of Forest Trees and the Propagation of Timber in His Majesties Dominions* del 1664. Essa fu un notevole successo editoriale dell'epoca, tanto da indurre gli inglesi a piantare milioni di alberi in tutta l'Inghilterra. Il libro suggerisce buone pratiche di gestione dei boschi per contrastare i gravi problemi legati alla deforestazione, reiterando in diversi passaggi del testo la necessità di prendere in considerazione gli interessi delle future generazioni[23]. In Francia, nel 1669 il ministro

[21] Cfr. B. Marquardt, *op. cit.*, p. 189.

[22] Si v. W. Behringer, *Storia culturale del clima. Dall'era glaciale al riscaldamento globale*, Torino, 2013, p. 230 ss.; B. Marquardt, *op. cit.*, p. 190 ss.

[23] Cfr. U. Grober, *Deep roots: A conceptual history of 'sustainable development' (Nachhaltigkeit)*, in *WZB Discussion Paper*, 2, 2007, p. 9 ss.

Jean-Baptiste Colbert fa adottare da Luigi XIV l'*ordonnance sur le fai des eaux et foréts*, tesa a ripristinare le foreste di querce sottolineando l'importanza di garantire i bisogni dei posteri, senza però riuscire ad arrestare il taglio illegale del legname[24].

È sulla scorta di queste esperienze che, nel 1713, lo scienziato tedesco Hans Carl von Carlowitz conia l'espressione *Nachhaltigkeit* richiamandosi alle pratiche che le civiltà rurali conoscono da tempi immemori. La parola sostenibilità, contenuta nel testo intitolato *Sylvicultura Oeconomica* dall'approccio critico verso lo sfruttamento intensivo del legname, sottintende la corretta gestione delle foreste per garantire un uso continuo, durevole e sostenibile dei terreni boschivi e responsabile nei riguardi delle future generazioni. L'autore individua anche tre aspetti che compongono la sostenibilità, ossia ambiente, economia e giustizia sociale, in cui la prospettiva di etica sociale abbraccia sia i soggetti poveri dell'epoca che i posteri[25]. Da qui la nozione di sostenibilità si diffonde nei paesi europei, dilatando il suo ambito di riferimento a qualsiasi aspetto relazionale fra sistemi sociali ed ecologici.

Il manifesto della insostenibilità del modo di vivere attuale, causato dal depauperamento della Terra e dall'impatto negativo sugli ecosistemi e sul sistema climatico, è simboleggiato dal Rapporto Meadows del 1972, intitolato *The Limits to Growth*, commissionato dal Club di Roma al *Massachusetts Institute of Technology*. Il testo illustra gli scenari relativi alle conseguenze dell'aumento demografico che si ripercuotono sul capitale industriale, agricolo e dei servizi. Gli autori propongono la tesi di una «*sort of nongrowing state for human society*», battezzato col termine «stato di equilibrio» fra due forze contrapposte, la crescita costante della popolazione e il capitale[26]. Poche settimane dopo l'uscita di questo studio, il tema sarà oggetto della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano svoltasi a Stoccolma, la cui Dichiarazione finale rappresenta la prima presa d'atto ufficiale del legame fra ambiente e sviluppo economico e segna il sorgere del diritto internazionale ambientale[27].

---

[24] V. U. Grober, *op. cit.*, p. 12 ss.

[25] Cfr. U. Grober, *op. cit.*, p. 19 ss.; E. Schelby, *Il concetto di sostenibilità ha origini antichissime: usiamolo*, in *La Città Conquistatrice*, 14 febbraio 2022.

[26] Cfr. D.H. Meadows et al., *The Limits of Growth*, New York, 1972, p. 170 ss.

[27] Cfr. B. Pozzo, *Sustainable development*, in S. Baldin - S. De Vido (eds.), *Environmental Sustainability in the European Union: Socio-Legal Perspectives*, Trieste, 2020,

Una seconda concettualizzazione dell'interdipendenza problematica fra economia e sistemi ecologici è offerta dal documento stilato nel 1980 da International Union for the *Conservation of Nature* (Iucn), *UN Environment Programme* (Unep) e *World Wildlife Fund* (Wwf), in cui si enuncia a chiare lettere il concetto di sviluppo sostenibile nel titolo del lavoro *World Conservation Strategy: Living Resource Conservation for Sustainable Development*, che delinea gli obiettivi di mantenimento dei processi ecologici essenziali, di conservazione della diversità genetica e di utilizzo sostenibile delle specie e degli ecosistemi[28].

Un terzo momento di rilievo internazionale su questo tema si registra nel 1987 con il Rapporto *Our Common Future*, anche noto come Rapporto Brundtland, della Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo. Lo studio formula delle linee guida per lo sviluppo sostenibile partendo dall'assunto che occorra conciliare gli interessi economici con la protezione dell'ambiente. Nella sua oramai classica definizione, lo sviluppo sostenibile indica la soddisfazione dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri[29]. I due profili principali di questo concetto sono dati dal richiamo ai bisogni, da riferirsi in particolare ai soggetti più svantaggiati ai quali va riservata maggiore attenzione, e dalla non illimitatezza delle risorse naturali, con la conseguente necessità di governare lo sviluppo ponendo dei limiti alle capacità produttive[30].

---

p. 12 ss.; P. Viola, *From the Principles of International Environmental Law to Environmental Constitutionalism. Competitive or Cooperative Influences?*, in D. Amirante - S. Bagni (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, London, 2022, p. 128.

[28] *International Union for the Conservation of Nature* (Iucn) - *UN Environment Programme* (Unep) - *World Wildlife Fund* (Wwf), *World Conservation Strategy: Living Resource Conservation for Sustainable Development*, 1980.

[29] V. il *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987, p. 16. Al filosofo tedesco Hans Jonas si deve l'elaborazione del concetto di responsabilità intergenerazionale, secondo cui la relazione fra umanità e ambiente deve configurare la garanzia della sopravvivenza delle generazioni presenti e di quelle future nei termini di un obbligo morale. Questo pensiero sottende un principio di etica collettiva che impone a ogni Stato di gestire razionalmente le proprie risorse. V. H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990 (tit. or.: *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel, 1979).

[30] Cfr. D. Mebratu, *Sustainability and sustainable development: Historical and conceptual review*, in *Environmental Impact Assessment Rev.*, 18, 1998, p. 501.

Il nucleo teorico originario presuppone tre pilastri parimenti importanti e in equilibrio dinamico fra loro: società, economia, ambiente[31]. Il pilastro ambiente attiene alla conservazione e alla valorizzazione degli ecosistemi. Richiamandosi al suo antesignano storico, la sostenibilità comporta l'uso responsabile delle risorse della natura, nel rispetto dei vincoli legati alle capacità rigenerative di tali beni. Essa inoltre richiede la ricerca di fonti energetiche alternative a quelle non rinnovabili. Il riferimento allo sviluppo concerne invece il miglioramento socio-economico e l'equità[32].

La distinzione fra l'idea medioevale di sostenibilità e quella di sviluppo sostenibile andrebbe ricercata in primo luogo nella dimensione economica. Nel lontano passato vigeva la produzione per l'uso, mentre oggi si segue il canone del progresso per cui la «*civilization has moved, is moving, and will move in a desirable direction*»[33]. L'idea di progresso umano è radicata nel contesto occidentale fin dall'epoca greco-romana ma è solo nel periodo illuminista che raggiunge il suo apice di diffusione. Dalla rivoluzione industriale in avanti, essa è inscindibilmente legata alla crescita economica e al miglioramento materiale[34].

In secondo luogo, il perimetro di azione dello sviluppo sostenibile si è dilatato al punto da ricomprendere altre sfere rilevanti per l'esistenza dignitosa degli esseri umani. Ne è un riflesso il programma di azione *Agenda 21* adottato durante la Conferenza sull'ambiente e lo sviluppo delle Nazioni Unite svoltasi a Rio de Janeiro nel 1992, dove peraltro si afferma che le preoccupazioni della comunità internazionale sono rivolte alla preservazione della vita umana, escludendo quindi gli ecosistemi[35]. E, visto il fallimento di tale

[31] Nel 2001, con la firma della Dichiarazione universale sulla diversità culturale dell'Unesco, un quarto pilastro dello sviluppo sostenibile viene identificato nella cultura. La diversità culturale è considerata «una delle radici dello sviluppo inteso come un mezzo per condurre un'esistenza più soddisfacente sul piano intellettuale, emozionale, morale e spirituale» (art. 1 Conv.).

[32] Cfr. P. Sands et al. (eds.), *Principles of International Environmental Law*, III ed., Cambridge, 2018, p. 217 ss.; R.E. Kim - K. Bosselmann, *Operationalizing Sustainable Development: Ecological Integrity as a* Grundnorm *of International Law*, in *RECIEL*, 2, 2015, p. 199.

[33] Così J.B. Bury, *The Idea of Progress. An Inquiry into its Origin and Growth*, New York, 1932, p. 2.

[34] V. J.A. Du Pisani, *op. cit.*, p. 84.

[35] Il c.d. Summit della Terra è noto per avere proclamato la Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo, che consacra 27 principi per tutelare l'integrità

programma, si pensi all'attuale piano di azione *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, prodotto nell'ambito della Conferenza di Rio de Janeiro del 2012. L'Agenda 2030 è operativa dal 2015 ed è articolata in ben 17 *goals* di cui tre sono obiettivi ambientali: nr. 13, Adottare misure urgenti per combattere i cambiamenti climatici e le loro conseguenze; nr. 14, Conservare e utilizzare in modo sostenibile gli oceani, i mari e le risorse marine; nr. 15, Proteggere, ripristinare e promuovere l'uso sostenibile degli ecosistemi terrestri, gestire in modo sostenibile le foreste, contrastare la desertificazione, arrestare e invertire il degrado dei suoi e fermare la perdita di biodiversità. Tuttavia, a circa metà del percorso temporale dell'Agenda 2030, gli esiti relativi alle tematiche ambientali sono sconfortanti[36].

In siffatta cornice, il diritto ambientale si è rivelato inefficace nel contenere la perdita di biodiversità e nell'arrestare il deficit ecologico perché è forgiato per salvaguardare gli interessi umani e perché è georeferenziato, in quanto interviene su soggetti, specie e luoghi coinvolti in danni senza avere una dimensione globale di tutela[37].

Chi scrive dubita pure dell'effettiva consistenza del concetto di sviluppo sostenibile per invertire la rotta verso il collasso del sistema Terra in quanto esso:

- postula la ricerca un equilibrio armonico fra società, economia e ambiente, alimentato dal progresso tecnologico, che le attuali strutture politiche, economiche e giuridiche non sembrano in grado di garantire essendo per lo più appiattite sull'interesse economico considerato come prioritario per il benessere dell'umanità e dove le interconnessioni fra sistemi sociali ed ecologici sono messe in

del sistema globale, il cui primo principio, di tono antropocentrico, afferma: «Gli esseri umani sono al centro delle preoccupazioni relative allo sviluppo sostenibile. Essi hanno diritto ad una vita sana e produttiva in armonia con la natura». La Conferenza di Rio ha dato anche i natali alla Dichiarazione dei principi per la gestione sostenibile delle foreste, dove si individuano le azioni per salvaguardare il patrimonio forestale, nonché alla Convenzione quadro sui cambiamenti climatici e alla Convenzione sulla diversità biologica.

[36] Sullo stato di avanzamento dell'Agenda 2030 in questi tre ambiti, v. *United Nations*, *The Sustainable Development Goals Report 2021*, p. 52 ss.

[37] Si v. M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE online*, 2, 2020, p. 1347.

secondo piano[38]. Persino l'invocazione del principio di sviluppo sostenibile nelle valutazioni di impatto ambientale non conduce necessariamente a un risultato soddisfacente per gli ecosistemi[39]. E la tecnica del bilanciamento degli interessi, che sottende una gerarchia dei valori, può dare prevalenza all'interesse economico rispetto a quello ambientale collegandosi ad argomentazioni relative a profili occupazionali e sociali, ignorando l'impatto sulle future generazioni;

- si fonda sulla concezione occidentale dello sviluppo, associata al progresso, alla crescita economica e all'ideologia neoliberale[40]. Lo sviluppo sostenibile non considera altre prospettive sorrette da una visione della vita di tipo circolare o comunque non legate all'idea di progresso, sebbene l'idea del vivere sempre meglio secondo una linea incrementale non sia un tratto universalmente condiviso[41];

- accoglie la prospettiva antropocentrica trascurando, almeno fino a pochi anni fa, il pensiero filosofico basato sull'olismo e sull'ecologia.

4. Per un diritto del sistema Terra

A parte gli ordinamenti che rinnegano il significato valoriale dello sviluppo sostenibile proponendo approcci alternativi ad esso[42], si annoverano popolazioni che abbracciano una visione della vita dove l'umanità è un tutt'uno con l'universo, parte del cosmo in una

[38] V. S. Adelman, *op. cit.*, p. 15 ss. In termini critici sul concetto di sviluppo sostenibile per la salvaguardia della natura, in quanto «apre una breccia emotiva per la quale può passare qualsiasi saccheggio» è anche G. Di Plinio, *Aree protette vent'anni dopo. L'inattuazione "profonda" della legge n. 394/1991*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 3, 2011, p. 53 ss.

[39] V. S.R.W. van Hees, *Sustainable Development in the EU: Redefining and Operationalizing the Concept*, in *Utrecht Law Rev.*, 2, 2014, p. 60 ss.; F. Gaudiosi, *L'applicazione del principio di sviluppo sostenibile attraverso la giurisprudenza dell'Unione Europea: il caso del fiume Acheelos*, in *Opinio Juris*, 2020.

[40] S. Adelman, *op. cit.*, p. 17 ss.

[41] In argomento, v. A. Kothari - A. Salleh - A. Escobar - F. Demaria - A. Acosta (eds.), *Pluriverse. A Post-Development Dictionary*, New Delhi, 2019.

[42] Si pensi al *buen vivir* costituzionalizzato in Ecuador e Bolivia. V. J. Vanhulst - A.E. Beling, *El Buen vivir: una utopía latinoamericana en el campo discursivo global de la sustentabilidad*, in *Polis (Santiago)*, 12, 2013, p. 497 ss.; si consenta anche il rinvio a S. Baldin, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Bol. Mex. Der. Comp.*, 143, 2015, p. 483 ss.; Ead., *Il* buen vivir *nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019.

posizione di eguaglianza con gli altri esseri viventi della Terra. Di riflesso, alcune esperienze giuridiche sono significative per le loro aperture verso nuove forme di convivenza sociale basate sul riconoscimento dell'interdipendenza fra esseri umani ed ecosistemi.

Stati ecologicamente responsabili per la centralità data alla natura sono l'Ecuador, il Nicaragua e il Buthan, emblemi dell'accoglimento del biocentrismo. Il primo riconosce in costituzione la soggettività giuridica di Madre Terra, conferendole una sfera di diritti[43]. Il secondo, con un emendamento costituzionale del 2014, novella l'art. 60 che ora consacra la Terra come bene comune supremo e universale che forma con l'umanità un'unica identità complessa, imponendo ai nicaraguensi di «*proteger y restaurar la integridad de los ecosistemas, con especial preocupación por la diversidad biológica y por todos los procesos naturales que sustentan la vida. La nación nicaragüense debe adoptar patrones de producción y consumo que garanticen la vitalidad y la integridad de la madre tierra, la equidad social en la humanidad, el consumo responsable y solidario y el buen vivir comunitario*». Il terzo ordinamento affida costituzionalmente a ogni buthanese il ruolo di *trustee* delle risorse naturali e dell'ambiente, a beneficio della presente e delle future generazioni[44], e afferma il dovere individuale e statale di protezione dell'ambiente[45].

[43] Gli artt. 71 e 72 cost. disciplinano le pretese di Madre Terra. In argomento, v. L. Estupiñán Achury - C. Storini - R. Martínez Dalmau - F.A. de Carvalho Dantas (eds.), *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, 2019. Anche la Bolivia ha riconosciuto i diritti di Madre Terra, sebbene a livello legislativo. Sull'elaborazione teorica del riconoscimento della natura come soggetto di diritto, v. C.D. Stone, *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment*, III ed., Oxford, 2010.

[44] Art. 5, c. 1, cost.: «*Every Bhutanese is a trustee of the Kingdom's natural resources and environment for the benefit of the present and future generations and it is the fundamental duty of every citizen to contribute to the protection of the natural environment, conservation of the rich biodiversity of Bhutan and prevention of all forms of ecological degradation including noise, visual and physical pollution through the adoption and support of environment friendly practices and policies*». Si noti l'assonanza con l'enunciato della costituzione indiana come emendata nel 1976, dove all'art. 51A, lett. g, si legge che è dovere di ogni cittadino dell'India «*to protect and improve the natural environment including forests, lakes, rivers and wild life, and to have compassion for living creatures*».

[45] V. gli artt. 5, commi 2-5, e 8 cost. Sul Bhutan, cfr. S. Bagni, *Dal* Welfare State *al* Caring State*?*, in Ead. (a cura di), *Dallo Stato del* bienestar *allo Stato del* buen vivir. *Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, p. 53 ss.

Anche la comunità internazionale è attiva sul fronte della necessità di un cambio di paradigma dall'ontologia antropocentrica a quella olistica per dare un impulso alle politiche ambientali e climatiche. *Harmony with nature* è il programma delle Nazioni Unite che dal 2009 si concreta in dialoghi interattivi con esperti che propugnano la diffusione della *Earth Jurisprudence* e di un *Earth-centered law*, facendo perno sull'importanza di riconoscere alla natura una sfera di diritti giustiziabili davanti ai tribunali in ipotesi di loro violazioni[46].

L'Agenda 2030 dell'Onu, nonché il precedente e l'attuale programma di azione per l'ambiente dell'Unione europea, hanno fatto propria la teoria dei *planetary boundaries* pubblicata nel 2009[47]. La tesi, di impronta ecocentrica[48], segna il passaggio verso un nuovo approccio alla sostenibilità ecologica. Questo deve basarsi sui nove limiti planetari, riferiti a sottosistemi o processi biofisici della Terra interdipendenti fra loro, che definiscono i confini entro i quali gli esseri umani possono operare in sicurezza senza nuocere agli equilibri del pianeta[49]. Il superamento di una o più delle nove soglie identificate dagli studiosi innesca dei cambiamenti ambientali bruschi e non lineari che rendono il nostro mondo un luogo inospitale man mano che ci si avvicina ai punti di non ritorno (*tipping points*) dei processi del sistema Terra. Ripresa dalle scienze sociali e in particolare dai cultori della *Earth system governance*, la teoria dei limiti planetari ha calamitato

[46] Sul programma *Harmony with nature*, v. H. Dancer, *Harmony with Nature: towards a new deep legal pluralism*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1, 2021, p. 29 ss.

[47] Questa teoria è accolta nel Settimo Programma di Azione per l'Ambiente dell'Unione europea, presentato nel 2012 e destinato a orientare la politica ambientale fino al 2020, intitolato «*Vivere bene, entro i limiti del nostro Pianeta*». (V. M. Carducci, voce *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, *VIII Aggiornamento*, Torino, 2021, p. 63.) Ad aprile 2022 è entrata in vigore la Decisione (Ue) 2022/591 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 aprile 2022 che approva *il Programma generale di Azione dell'Unione per l'ambiente fino al 2030, atto che si inserisce nel solco tracciato in precedenza.*

[48] In quanto gli esseri umani sono concepiti come parte della più ampia comunità degli esseri viventi e sono chiamati ad assumere il ruolo di custodi del pianeta; v. R.E. Kim - K. Bosselmann, *op. cit.*, p. 197.

[49] I nove limiti planetari sono dati da tre ambiti di scala planetaria (oceani, sistema climatico, strato di ozono stratosferico), quattro relativi alla biosfera (biodiversità, ciclo idrologico, sfruttamento del suolo, ciclo dei nutrienti come azoto e fosforo) e due limiti si trovano in categorie che non esistono in natura (inquinamento atmosferico e scorie nucleari). Cfr. J. Rockström et al., *Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity*, in *Ecology and Society*, 2, 2009.

l'attenzione sulla gestione anziché sulle analisi settoriali dei limiti della crescita, focalizzandosi sulla stima dello spazio di sicurezza per lo sviluppo umano[50].

La teoria dei *planetary boundaries* è alla base di una recente proposta di riformulazione del concetto di sviluppo sostenibile, qualificato nei termini di un «*Development that meets the needs of the present while safeguarding Earth's life-support system, on which the welfare of current and future generations depends*»[51]. La definizione postula sia che le esigenze economiche siano serventi a quelle sociali e queste ultime siano subordinate ai limiti ecologici del pianeta, sia una lista di requisiti inderogabili di sostenibilità per la prosperità umana (inclusi biodiversità, stabilità climatica, aria pulita, ecc.). Nel contesto così delineato, la dimensione ecologica è l'interesse prevalente, dove non opera nessun tipo di bilanciamento perché l'obiettivo fondamentale è quello di evitare il collasso delle società[52]. Il modo di intendere le relazioni fra i pilastri dello sviluppo sostenibile è gerarchico: al primo posto c'è l'ambiente, al secondo la società e solo al terzo posto l'economia. Questo ragionamento è alla base del pensiero filosofico-giuridico che propugna il riconoscimento di diritti a Madre Terra e invoca un sistema di *governance* a protezione dei sistemi ecologici legittimato da un *rule of law for nature* che badi al benessere degli esseri umani e della natura in maniera simbiotica per restare all'interno dei confini planetari[53].

L'esigenza di individuare principi e regole che disciplinino le interconnessioni dinamiche dei sistemi socio-ecologici nel perimetro tracciato dai limiti del nostro pianeta, ossia nello spazio operativo sicuro, convoglia in quello che è chiamato *Earth system law*. Con l'obiettivo di dare coerenza e organicità a un assetto normativo

[50] Ben quattro confini sono già stati oltrepassati; si tratta di biodiversità, sistema climatico, sfruttamento del suolo e ciclo dei nutrienti. Si v. R.E. Kim - K. Bosselmann, *op. cit.*, p. 196; R.E. Kim - L.J. Kotzé, *Planetary Boundaries at the Intersection of Earth System Law, Science and Governance: A State-of-the-Art Review*, in *Rev. European Community and International Environmental Law*, 1, 2021, p. 3 ss.

[51] Così D. Griggs et al., *Sustainable development goals for people and planet*, in *Nature*, 495, 2013, p. 306.

[52] V. M. Monteduro, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «aree naturali protette»*, in *GiustAmm.it*, 6, 2014, p. 16 ss. (www.giustamm.it).

[53] Si v. J. Darpö, *Can Nature get it Right? A Study on Rights of Nature in the European Context*, Brussels, 2021, p. 13 ss.; K. Bosselmann, *Grounding the rule of law*, in C. Voigt (ed.), *The Rule of Law for Nature. New dimensions and ideas in environmental law*, Cambridge, 2013, p. 84.

settorializzato promanante dalla comunità internazionale, il diritto del sistema Terra accoglie una prospettiva olistica e interdisciplinare che coinvolge studiosi e *stakeholders* per configurare un quadro epistemico condiviso che conduca a un cambio di paradigma per modellare un nuovo diritto e nuove politiche, comportamenti e pratiche in armonia con la natura[54]. Sul piano ordinamentale, alcune proposte per consolidare il paradigma della sostenibilità ecologica ruotano attorno alla demodiversità, ai beni comuni e ai principi eco-giuridici.

La demodiversità traduce giuridicamente il portato sotteso all'approccio ecosistemico, considerato l'unico metodo possibile per coniugare le esigenze umane con la salvaguardia del pianeta. L'approccio ecosistemico è «una strategia che promuove la conservazione e un uso sostenibile ed equo del suolo, dell'acqua e delle risorse viventi attraverso una gestione integrata degli stessi. L'obiettivo della gestione ecosistemica è di mantenere un ecosistema in una condizione sana, produttiva e resiliente affinché possa fornire agli esseri umani i beni e i servizi che desiderano e di cui hanno bisogno. A differenza degli approcci attuali, solitamente mirati a una singola specie, attività, settore o problema, la gestione ecosistemica considera gli impatti cumulativi di diversi settori»[55]. Tale strategia anela a realizzare l'equilibrio fra i pilastri dello sviluppo sostenibile, in quanto intende rimuovere le barriere fra economia, aspirazioni sociali e ambiente naturale[56].

L'ufficializzazione internazionale dell'approccio ecosistemico, sulla base di un ampio consenso scientifico, risale al 1995, con la quinta Conferenza delle Parti della Convenzione Onu sulla diversità biologica[57]. La sua declinazione giuridica, nei termini della

[54] Cfr. L.J. Kotzé et al., *Earth system law: Exploring new frontiers in legal science*, in *Earth System Governance*, 11, 2022, p. 1 ss.

[55] V. Ministero della Transizione Ecologica, *Approccio ecosistemico*.

[56] Cfr. L.M. Padovani - P. Carrabba - B. Di Giovanni - F. Mauro, *Biodiversità. Risorse per lo sviluppo*, Roma, 2009, p. 68.

[57] V. Conferenza delle Parti della Convenzione Onu. Nel 2000, le Parti della Convenzione sulla diversità biologica hanno adottato 12 principi gestionali che integrano l'approccio ecosistemico e nel 2010 hanno concordato un piano strategico decennale per combattere la perdita di biodiversità, individuando 20 obiettivi (i c.d. Aichi Biodiversity Targets) che, in ambito europeo, sono confluiti nella strategia dell'UE sulla biodiversità. In continuità con questa tendenza, nel 2021 il gruppo di lavoro a margine della Convenzione ha proposto un Global Biodiversity Framework composto da 21 obiettivi per arrivare a vivere in armonia con la natura entro il 2050.

demodiversità, è basata sull'accettazione della prospettiva olistica, con la natura intesa come bene relazionale e dotata di una sfera di diritti, per aprirsi a metodi di governo che includano le esigenze di rispetto degli enti non umani per trovare soluzioni democratiche eco-compatibili. La demodiversità, quale modulazione della democrazia in funzione della biodiversità, richiede dispositivi che integrino le modalità tradizionali di decisione pubblica (per via rappresentativa, diretta, partecipata) per promuovere la partecipazione intesa come occasione di apprendimento e di sostegno alle pratiche di sopravvivenza dei sistemi socio-ecologici. Pratiche che ben possono ispirarsi alle soluzioni sperimentate nell'epoca biochimica[58]. L'Ecuador è l'antesignano fra gli ordinamenti che considerano la natura come un bene relazionale e inquadrano i processi decisionali in chiave ecosistemica conferendo loro una base di legittimazione costituzionale[59].

Per creare un assetto istituzionale ecologico, lo sguardo si appunta anche sulla diffusione dei beni comuni per allontanarsi dalla dicotomia pubblico/privato o Stato/mercato e per creare reti socio-ecologiche su base locale. Classici esempi di beni che possono rientrare nella categoria dei *commons* sono l'acqua, il suolo, le foreste, la biodiversità; beni che, anziché essere trattati come un patrimonio comune dell'umanità, hanno assunto un valore di scambio, alla stregua di una qualsiasi altra merce che soggiace alle logiche del mercato. Un bene comune è concepito come una risorsa condivisa, cogestita e utilizzata da una comunità e che incarna relazioni sociali basate sulla cooperazione e sulla dipendenza reciproca. I *commons* sono risorse di tipo relazionale, da fruirsi collettivamente, accessibili a tutti, il cui valore d'uso prevale sul valore di scambio e informate al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità[60]. A unirli concettualmente è la titolarità del bene, di tipo diffuso, ossia riferita a un gruppo indistinto di individui, e dunque non coincidente con la

[58] *Amplius*, M. Carducci, voce *Natura (diritti della)*, in *Dig. Disc. Pubbl., Aggiornamento*, Torino, 2017, p. 511 ss.; Id., *«Demodiversità» e governo condiviso degli ecosistemi locali*, in F. Pollice (a cura di), *Ricerche sul Salento. Il Contributo del Dipartimento di Storia, Società e Studi sull'Uomo alla conoscenza del territorio. Rapporto 2018*, Lecce, 2018, p. 421 ss.

[59] Cfr. S. Bagni, *Il popolo legislatore*, Bologna, 2017, p. 241 ss.

[60] V.L. Nivarra, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2013, p. 70.

proprietà formale, spesso pubblica. Questo comporta una ridefinizione di ciò che deve stare sul mercato e ciò che ne deve stare fuori, trattando di cose da gestire secondo la logica della diffusione del potere e dell'inclusione partecipativa[61].

Infine, dal confronto interdisciplinare è emerso un nucleo di principi denominati eco-giuridici in quanto fanno proprie le acquisizioni delle scienze naturali. Essi si incarnano nei canoni di non regressione, resilienza, integrità ecologica, proporzionalità ecologica, restauro ecopaesaggistico[62]. Il riorientamento del diritto dell'ambiente in un diritto ecologico deve passare necessariamente per l'elaborazione di nuovi principi, idonei a fornire le linee guida fondamentali per interpretare le norme e i fatti riguardanti i sistemi socio-ecologici e in grado di plasmare la struttura giuridico-ordinamentale dando concretezza al valore della sostenibilità ecologica.

5. Il principio di non regressione

Il principio di non regressione in materia ambientale ha il fine di scongiurare indebolimenti nel quadro normativo di tutela degli ecosistemi. Per una prima illustrazione, è utile citare l'art. 10 della IUCN *World Declaration on the Environmental Rule of Law* del 2016: «*States, sub-national entities, and regional integration organisations shall not allow or pursue actions that have the net effect of diminishing the legal protection of the environment or of access to environmental justice*»[63].

Il fondamento del principio di non regressione si rinviene nelle acquisizioni della scienza ecologica, secondo cui le pressioni umane sugli ecosistemi hanno superato la capacità massima di carico, e nelle

[61] Cfr. V. Cerulli Irelli - L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 1, 2014, p. 4; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma, 2011, p. 81; F. Capra - U. Mattei, *op. cit.*, p. 187 ss.

[62] Cfr. M. Monteduro, *op. cit.*, p. 22 ss.

[63] A seguire, nell'art. 11 è consacrato il suo principio speculare, quello di progressione: «*States, sub-national entities and regional integration organisations shall progressively revise and enhance laws and policies related to environmental conservation and protection on a regular basis, based on the most recent scientific knowledge and policy developments*», che è esplicitato agli artt. 3 e 4 dell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici del 2015. V. il testo della IUCN *World Declaration on the Environmental Rule of Law*. I principi di regressione e progressione trovano iniziale elaborazione nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

osservazioni sull'andamento della normativa ambientale da cui si nota che la retrocessione può assumere forme diverse, benché raramente siano esplicitate dai governanti che le mettono in atto. I passi indietro possono manifestarsi con l'adozione di riforme meno garantiste o come risultato di delegificazioni o mediante la modifica di procedure che restringono dei diritti procedurali già riconosciuti. Ciò comprende anche le retrocessioni graduali, non solo quelle assolute[64]. Secondo Michel Prieur, lo studioso a cui si attribuisce la paternità di questo canone, la garanzia dei traguardi raggiunti nel contenuto della legislazione ambientale è il nucleo del principio di non regressione[65].

Tale canone si indirizza alla regolamentazione, nel senso che gli atti adottati successivamente non possono abbassare il livello di tutela stabilito nella normativa precedente, e alla giurisprudenza; esso pone un limite in capo al legislatore, agli amministratori pubblici e ai giudici affinché non degradino la soglia di protezione già raggiunta. Il principio si estende a qualsiasi forma di tutela, sia procedurale che sostanziale, che una volta introdotta non può essere sostituita da una peggiorativa. Esso ha un'estensione generale e non riguarda solo le aree protette, per cui offre una copertura totale contro i tentativi di ridurre la tutela degli ecosistemi. Un ulteriore profilo del canone di non regressione riguarda i danni agli interessi ambientali, che devono essere sempre minimi[66].

Il «test di regressività ambientale» proposto dalla dottrina per stabilire se una norma sia regressiva o meno si fonda su cinque criteri: 1) l'adozione di una nuova normativa che modifichi il livello di tutela ambientale già acquisito; 2) l'assenza o l'insufficienza di giustificazione e sostegno tecnico-scientifico che consenta di stabilire, con un certo grado di certezza, la non incidenza sul bene tutelato; 3) l'indebolimento o lo scadimento del livello di tutela preesistente, in termini di portata, ampiezza ed effettività; 4) l'omissione del dovere di regolamentazione delle norme ambientali la cui inattuazione renda

[64] V. M. Prieur, *Non-Regression in Environmental Law*, in *S.A.P.I.EN.S*, 2, 2012, p. 54.

[65] V. M. Prieur, *El nuevo principio de «no regresión» en derecho ambiental*, in *Acto de Investidura del Grado de Doctor Honoris Causa*, 2010, p. 64.

[66] Cfr. M. Carducci et al., *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, Brussels, 2020, p. 72.

inefficace la norma; 5) la mancata applicazione della legislazione ambientale[67].

Nella letteratura dedicata al tema del riconoscimento di diritti alla Madre Terra, e dunque nel dibattito sull'emersione di un diritto ecologico nella prospettiva olistica, la non regressione è elencata fra i cinque pilastri che conferiscono effettività alla soggettività giuridica della natura, insieme alla valutazione della resilienza, al criterio *in dubio pro natura*, ai metodi democratici sostenibili e alle responsabilità nei confronti degli ecosistemi con correlata inversione dell'onere della prova. Il canone di non regressione dovrebbe applicarsi in ogni ambito, per evitare che discipline di settore possano aggirarlo. Non essendo un criterio di bilanciamento, esso è in grado di promuovere processi decisionali pubblici incisivi sul fronte della lotta al cambiamento climatico e al degrado ambientale[68].

Il principio di non regressione è filtrato negli incontri che hanno preceduto la Conferenza sullo sviluppo sostenibile Rio+20 per impulso del formante dottrinale. Tuttavia, non è stato ripreso in modo chiaro nel documento *The future we want*[69], sebbene sia un canone oramai consolidato nel contesto internazionale[70] e pure accolto in una risoluzione del Parlamento europeo del 2011[71]. L'Accordo regionale sull'accesso alle informazioni, la partecipazione pubblica e l'accesso alla giustizia nelle questioni ambientali in America latina e Caraibi, adottato a Escazú nel 2018, già sottoscritto da dodici Paesi dell'area, enuncia i principi di non regressione e di progressione all'art. 3, lett. c. Si tratta del primo trattato multilaterale vincolante che contempla espressamente la non regressione in materia ambientale.

---

[67] Si v. M. Peña Chacón, *El test de regresividad ambiental*, in *Revista internacional de direito ambiental*, 2, 2013, p. 179 ss.

[68] Cfr. M. Carducci et al., *op. cit.*, p. 71.

[69] V. E.J. Mitre Guerra, *La introducción del principio de no regresión ambiental en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia Panameña*, in *Actualidad Jurídica Ambiental*, 42, 2015, p. 3.

[70] V. M. Carducci et al., *op. cit.*, p. 72. V. altresì T. Scovazzi, *Il principio di non-regressione nel diritto internazionale dell'ambiente*, in D. Marrani (a cura di), *Il contributo del diritto internazionale e del diritto europeo all'affermazione di una sensibilità ambientale*, Napoli, 2017, p. 59 ss.

[71] Risoluzione del Parlamento europeo del 29 settembre 2011 sull'elaborazione di una posizione comune dell'Unione europea in vista della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile (Rio+20), 2013/C 56 E/14.

Elaborato all'art. 10 della bozza di progetto del Patto globale sull'ambiente del 2017[72], il principio di non regressione è reso in questo modo: «*Substantive and procedural rules for environmental conservation shall be maintained without regression, and interpreted and applied in favour of ecological integrity, unless compelling reasons of public interest require otherwise. The necessity of any measures of regression shall be revisited and re-examined on a periodic basis in order to restore or enhance pre-existing levels of environmental conservation*»[73].

Quale significato dare all'espressione «a meno che ragioni impellenti di interesse pubblico richiedano altrimenti»? Appare come una clausola di chiusura che giustifica interventi regressivi. Secondo la giurisprudenza resa dalla Sala costituzionale della Corte suprema del Costa Rica, la legittimità delle misure degradanti va ricercata: nelle situazioni eccezionali, fondate sullo stato di emergenza, urgenza o necessità; nella transitorietà del provvedimento che deve essere equo, ragionevole e proporzionato e avere come obiettivo il bene comune; nell'obbligo di continuare ad applicare le norme ambientali non collegate all'emergenza; nelle azioni dell'amministrazione che devono essere orientate a mitigare e compensare ogni possibile impatto sull'ambiente[74]. La dottrina sostiene che sarebbero casi-limite, da motivarsi rigorosamente e da interpretarsi restrittivamente, e a condizione di «non scendere mai nel breve termine al di sotto di un livello adeguato di tutela dell'ambiente e di tendere appena possibile, nel medio termine, all'elevazione di tale livello»[75]. Resta comunque il dubbio che disporre di una procedura di monitoraggio periodica per valutare la necessità delle misure *in peius* sia un debole baluardo nell'ipotesi in cui i legislatori non la pongano in essere oppure, a seguito del monitoraggio, non adottino prontamente nuovi provvedimenti migliorativi.

Il principio in analisi stenta a farsi strada nelle fonti politiche. Ecuador, Nicaragua e Bhutan lo hanno costituzionalizzato con modalità ben distinte. Nell'ordinamento andino la non regressione

[72] Il Patto globale sull'ambiente è un documento prodotto da un gruppo di esperti giuristi sotto la guida di Laurent Fabius, attuale presidente del Conseil constitutionnel francese e ambisce a divenire uno strumento giuridicamente vincolante nell'ambito delle Nazioni Unite.

[73] *V. Draft International Covenant on Environment and Development*.

[74] Cfr. M. Peña Chacón, *op. cit.*, p. 179 ss.

[75] Così M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, p. 38.

(insieme alla progressione) è inserita nel quadro dei principi rettori dell'esercizio dei diritti, secondo cui «*El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. […] Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos*» (art. 11, par. 8, cost.)[76].

Il Paese caraibico impone il dovere di amare, curare e rigenerare Madre Terra all'art. 60 cost., da cui si può desumere un richiamo implicito al principio di non regressione, il quale filtra espressamente nell'ordinamento attraverso il decreto n. 8629 del 2019 di approvazione dell'Accordo di Escazú.

Nella costituzione del Bhutan il riferimento è reso nei termini di una prevenzione del degrado ecologico. Esso è enunciato sia come un dovere di ogni cittadino che come un mandato per il governo. Ed è anche perfettamente quantificato: «*The Government shall ensure that, in order to conserve the country's natural resources and to prevent degradation of the ecosystem, a minimum of sixty percent of Bhutan's total land shall be maintained under forest cover for all time*» (art. 5, commi 1-3, cost.).

A livello legislativo, il principio trova riconoscimento in pochi ordinamenti. Oltre ai Paesi latino-americani che hanno sottoscritto l'Accordo di Escazú[77], si annovera in Paraguay, dove il principio è contemplato nella legge n. 5211 del 2014 sulla qualità dell'aria. L'art. 4, c. 5, statuisce che la non regressione o la proibizione del regresso ambientale «*implica que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental*

[76] Il principio è menzionato pure all'art. 423 cost. riguardante l'integrazione latinoamericana, considerato come un obiettivo strategico dello Stato che deve tendere a rafforzare l'armonizzazione delle legislazioni nazionali sui diritti e sui diverse materie, compresa quella ambientale. In Ecuador la giurisprudenza costituzionale sul principio di non regressione è pressoché nulla. Il concetto è sviluppato nei seguenti termini: «*Implica que si un derecho constitucional, al momento de su reconocimiento o desarrollo, alcanzó determinado nivel de protección, dicho nivel, no puede ser menoscabado a partir de una regulación normativa. Por lo tanto, este principio de no regresividad se constituye en un límite a la potestad legislativa y al principio de libertad de configuración normativa, en tanto todo acto normativo que guarde relación o regule un derecho constitucional, debe respetar su grado de protección expresamente reconocido, so pena de incurrir en una inconstitucionalidad*» (sent. cost. n. 037-16-SIN-CC, del 28 settembre 2016).

[77] Attualmente l'Accordo è ratificato da: Antigua e Barbuda, Argentina, Bolivia, Ecuador, Guyana, Messico, Nicaragua, Panama, Saint Vincent e Grenadine, Saint Kitts e Nevis, Santa Lucia.

del aire y de la atmósfera alcanzados con anterioridad»[78]; in altri Paesi della regione il principio in analisi deve la sua diffusione al formante giurisprudenziale[79].

Negli Stati Uniti, il canone di non regressione è contemplato nelle leggi federali e nei regolamenti attuativi, in merito alla concessione dei permessi ambientali. Inoltre, è sotteso nell'*Administrative Procedure Act* che conferisce alle agenzie governative un potere di controllo significativo in materia ambientale. Esso viene anche invocato facendo appello al diritto a un ambiente sano[80].

Sul versante europeo, l'ordinamento francese contempla il principio nella *loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*. La legge n. 2016-1087 ha novellato il codice ambientale introducendo un nuovo art. L 110-1 in cui si afferma che «*Le principe de non-régression, selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment*»[81]. Il Conseil constitutionnel ha validato la sua conformità costituzionale con decisione n. 2016-737[82]. In tre casi statuiti nel 2017, 2019 e 2021, il Consiglio di Stato ha disposto l'annullamento di disposizioni amministrative in ossequio al principio di non regressione. La decisione n. 439195 del 9 luglio 2021 chiarisce la portata del principio e offre una nuova modalità applicativa per contribuire al progresso della tutela ambientale, imponendo chiari obblighi all'amministrazione pubblica ogniqualvolta debba prendere decisioni impattanti sulla protezione

[78] V. Ley nº 5.211/14, de calidad del aire.

[79] Il principio è consacrato giudizialmente in Costa Rica, Brasile, Colombia; cfr. V. Delgado Schneider, *El principio de no regresión en el derecho ambiental chileno: Reconocimiento, contenido, alcances, versiones y límites*, in *Revista de Derecho Ambiental*, 2, 2021, p. 18 ss.; M. Peña Chacón (dir.), *El Principio de No Regresión Ambiental en el Derecho Comparado Latinoamericano*, San José, 2013.

[80] V. N.S. Bryner, *Never Look Back: Non-Regression in Environmental Law*, in *U. Pa. J. Int'l Law*, 43, 2022, *forthcoming*; L.M. Collins - D.R. Boyd, *Non-Regression and the* Charter *Right to a Healthy Environment*, in *Journal of Environmental Law and Practice*, 29, 2016, p. 299.

[81] V. *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*. Nei territori d'oltremare francesi, si segnala che la provincia delle Isole della Lealtà in Nuova Caledonia prevede il principio agli artt. 110-6 e 251-3 del codice dell'ambiente (*Délibération N°2016-13/API du 6 avril 2016 portant adoption du code de l'environnement de la province des Îles Loyauté*).

[82] V. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2016-737.

dell'ambiente (salvo che non siano richieste espressamente dal legislatore). Lo schema da seguire prevede che l'ente pubblico: 1) valuti il livello di protezione ambientale previsto dalla legge al momento in cui viene presa la decisione; 2) valuti l'impatto della decisione sul livello di protezione ambientale; 3) giustifichi con motivi di interesse generale qualsiasi rischio di regressione del livello di protezione ambientale; 4) fornisca un quadro preciso del rischio di regressione[83]. Al di là di queste implicazioni del principio, la sua completa efficacia può essere messa in dubbio in quanto non è inserito né nella *Charte de l'environment* di rango costituzionale né nel testo fondamentale, nonostante le proposte in merito. La mancata costituzionalizzazione paventa la possibilità che una legge posteriore specifica o tecnica possa derogare *in peius* una legge precedentemente introdotta.

In Belgio, il principio di *standstill* (o *effet-cliquet*) è frutto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e, con l'emendamento costituzionale del 1994, trae la sua legittimità dal diritto alla tutela di un ambiente salubre contemplato all'art. 23 cost.[84]. Da qui discende un obbligo negativo per le autorità pubbliche, impossibilitate ad adottare norme che farebbero regredire il livello di protezione già acquisito. Si noti però che l'intangibilità sottesa al principio non è di portata tale da vietare qualsiasi allentamento normativo; ad essere proibite sono solo le regressioni rilevanti e, anche in siffatte ipotesi, sono comunque consentite le misure giustificabili con motivi di interesse pubblico[85].

In Polonia, con una formula decisamente singolare e di piena attualità, la costituzione del 1997 considera il degrado ambientale in tanto in quanto le «*Public authorities shall combat epidemic illnesses and prevent the negative health consequences of degradation of the environment*», ex

[83] Cfr. A. Gossement, *Principe de non régression: l'administration ne peut pas revenir sur un progrès de la protection de l'environnement sans justifier de motifs d'intérêt général (Conseil d'Etat)*, in *Gossement Avocats*, 2021.

[84] Cfr. D.R. Boyd, *Constitutions, human rights, and the environment: national approaches*, in A. Grear - L.J. Kotzé (eds.), *Research Handbook on Human Rights and the Environment*, Cheltenham-Northampton, 2015, p. 189.

[85] Si v. C.-H. Born - F. Haumont, *Le principe de non-régression en droit de l'environnement – La situation en Belgique*, in M. Prieur - G. Sozzo (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruxelles, 2012, p. 285 ss.

art. 68, c. 4, cost. È un principio dalle finalità preventive che dovrebbe inverarsi anche in un divieto di regressione[86].

In Spagna, dopo una gestazione giurisprudenziale, la Comunità autonoma delle Isole Canarie ha introdotto il principio all'art. 5, lett. e, della legge n. 4 del 2017 sulle aree naturali protette, inteso come un limite all'erosione di tali zone territoriali[87]. Una sentenza della Sala del Contenzioso amministrativo del Tribunale supremo resa nel 2011 aveva però già sostenuto l'esistenza del principio nell'ordinamento iberico in relazione nella classificazione dei terreni specialmente protetti, sulla base dell'art. 45 cost.[88] e dell'art. 2 della legge sul suolo (d.lg. 2/2008) che enuncia il principio di sviluppo territoriale e urbano sostenibile. La stessa sentenza statuisce che la superficie della zona verde di un comune si configura come un livello minimo senza possibilità di ritorno che l'amministrazione deve rispettare. Peraltro, è ribadito che quando esiste un interesse pubblico generale e prevalente, è possibile giustificare la riduzione dell'area verde[89].

Nel resto del mondo la diffusione del principio è ancora marginale, confinata nell'alveo del dibattito accademico, salvo rare eccezioni come l'India, dove la non regressione è ritenuta una norma

[86] Anche se il disboscamento della foresta Białowieska, un sito appartenente alla rete Natura 2000, per cui la Polonia è stata condannata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea a pagare una sanzione giornaliera di 100.000 euro finché le attività continueranno, denota una politica estrattivista in antitesi con il mandato costituzionale. V. Corte giust., 17 aprile 2018, C-441/17, *Commissione europea contro Polonia*.

[87] V. la *Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias*.

[88] 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».

[89] Sala del contenzioso amministrativo del Tribunale supremo, sentenza n. 5538 del 30 settembre 2011. A proposito della circolazione degli argomenti da parte del formante giurisprudenziale, qui si legge che: «*lo hemos mencionado, como principio "standstill", y que, en otros países, ha sido entendido como "efecto trinquete", como "intangibilidad de derechos fundamentales" o "de derechos adquiridos legislativos", o, incluso como principio de "carácter irreversible de derechos humanos" […] con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales*». Per riferimenti ad altra giurisprudenza spagnola sul principio di non regressione, v. M. Monteduro, *Le decisioni amministrative*, cit., p. 40, nt. 101.

consolidata del diritto internazionale e dunque ripresa dalla giurisprudenza[90].

6. Gli altri principi eco-giuridici

La ricostruzione degli altri principi eco-giuridici non è articolata quanto quella relativa alla non regressione.

In merito alla resilienza, il termine deriva dal verbo latino *resilire* col significato di rimbalzare, ritornare in fretta e anche restringersi o contrarsi; l'aggettivo *resiliens* indica le caratteristiche di alcuni metalli di assorbire l'energia di un urto contraendosi o ritornando alla forma originaria. La parola conosce oggi un'estensione in altri campi del sapere, quali la psicologia dove sottintende lo spirito di adattamento. Nell'ambito della scienza ecologica, a differenza di quanto la resilienza indicava in precedenza (ossia «la velocità con cui una comunità (o un sistema ecologico) ritorna al suo stato iniziale, dopo essere stata sottoposta a una perturbazione che l'ha allontanata da quello stato»), ora essa indica la «capacità del sistema di assorbire una perturbazione e di ri-organizzarsi durante il cambiamento […] rimanendo all'interno di limiti massimi» e potendo creare le condizioni per ricombinare le strutture esistenti o fare emergere nuove traiettorie evolutive[91].

In chiave giuridica, il principio di resilienza ecologica richiede che «*Governments and individuals shall take all available measures to enhance and sustain the capacity of social and natural systems to maintain their integrity*»[92]. Ciò riguarda la gestione adattiva degli ecosistemi, che non può essere attuata solo dai pianificatori e secondo procedure prestabilite, in quanto occorre considerare tutti gli interessi in gioco, compresi quelli della natura e delle generazioni future, fornendo una guida interpretativa che imponga un cambio di mentalità. La stabilità nella gestione delle risorse naturali viene infatti rigettata con l'obiettivo di preservare la biodiversità e la natura nell'habitat

[90] In proposito, v. la sentenza del 2017 resa dal National Green Tribunal di New Delhi nella causa n. 677 of 2016, *Society for Protection of Environment & Biodiversity v. Union of India*.

[91] V. la voce Resilienza, in *Enciclopedia Treccani online*, e Accademia della Crusca, L'elasticità di resilienza, in *accademiadellacrusca.it*. V. altresì M. Monteduro, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia*, cit., p. 23.

[92] Così N.A. Robinson, *The Resilience Principle*, in *IUCN Academy of Environmental Law eJournal*, 5, 2014, p. 24.

originario e un numero di specie in quantità sufficiente ad assicurare le funzioni ecosistemiche in ogni dove e non solo nelle aree protette[93]. Ne discende l'obbligo, per gli enti pubblici e privati, di effettuare le verifiche del caso sul livello di resilienza degli ecosistemi interessati dai loro interventi tramite una valutazione di resilienza ecosistemica. Sul fronte procedurale, occorre prevedere formule dinamiche per adattare le attività istruttorie, partecipative e decisorie alle evoluzioni degli ecosistemi coinvolti, senza superare le soglie ritenute critiche e tendendo ad elevare il grado di resilienza[94]. Inoltre, nelle cause per risarcimento di danni ambientali, diventa rilevante la quantificazione dell'impatto, considerato ben più grave se incide su ecosistemi vulnerabili rispetto ad altri di tipo resiliente[95]. Ancora, nelle valutazioni di impatto ambientale è fondamentale considerare che la resilienza può essere minacciata pure da singoli piccoli impatti, dato che anch'essi sono in grado di indebolire l'intero ecosistema[96]. La resilienza è contemplata sia nell'Accordo di Parigi sul clima (agli artt. 2, 7, 8, 10) che nella Iucn *World Declaration on the Environmental Rule of Law* (principio 4) che nel Patto globale sull'ambiente (principio 16).

Venendo al principio di integrità ecologica, esso incorpora il senso della parola integrità che indica «lo stato di una cosa che possiede tutte le sue parti, i propri elementi e attributi […], o che non ha subito danni, lesioni, diminuzioni quantitative o qualitative»[97]. In ecologia, è la condizione dove tutti i componenti dell'ecosistema sono nella norma e funzionalmente attivi. Il buono stato ecologico si mantiene preservando i componenti abiotici e biotici, i loro processi evolutivi e i cicli biogeologici e naturali. Nel prisma della teoria dei confini planetari, l'integrità dei sistemi di supporto vitale della Terra è garantita se le nove soglie non vengono superate e il principio è suscettibile di applicazioni giuridiche relative alla normativa sulle aree protette[98].

Il principio di proporzionalità ecologica trasla il consolidato canone di proporzionalità, teso a limitare gli abusi nell'esercizio del

[93] Cfr. L.H. Monteiro de Lima Demange, *The Principle of Resilience*, in *Pace Envtl. L. Rev.*, 2, 2013, p. 711 ss.

[94] V. M. Monteduro, *Le decisioni amministrative*, cit., p. 45.

[95] L.H. Monteiro de Lima Demange, *op. cit.*, p. 732.

[96] Idem, p. 775 ss.

[97] V. la voce *Integrità*, in *Vocabolario Treccani online*.

[98] Cfr. R.E. Kim - K. Bosselmann, *op. cit.*, p. 204; M. Monteduro, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia*, cit., p. 25 ss.

potere nelle relazioni fra lo Stato e la società, nel contesto degli ecosistemi per contrastare gli eccessi dello Stato e della società nei riguardi della natura. Ne discende un quadruplice test di proporzionalità ecologica per dimostrare che un'attività umana non pregiudichi un ecosistema. L'eco-proporzionalità richiede che: chi pone in essere l'attività debba dimostrare di perseguire un obiettivo sociale giustificabile; l'attività debba essere efficace, ossia consegua l'obiettivo sociale prefissato; l'attività debba essere necessaria, non sia sostituibile con altre soluzioni meno impattanti sull'ecosistema; l'attività debba essere bilanciata commisurando il grado di impatto sull'ecosistema con il grado di importanza dell'obiettivo sociale perseguito[99].

Il principio del restauro ecopaesaggistico fa aggio sul concetto di restauro (o ripristino) ecologico, definito come il processo di assistenza che avvia o accelera il recupero di un ecosistema degradato, danneggiato o distrutto a seguito di interventi antropici con il fine di riportarlo alle condizioni di salute, integrità e sostenibilità. L'ecosistema si considera ristabilito quando ha risorse biologiche e abiotiche sufficienti per procedere nel proprio sviluppo senza ulteriore assistenza[100]. La Convenzione sulla diversità biologica riprende quest'idea all'art. 8, lett. f, traducendola in un impegno, in capo agli Stati, di riabilitare e risanare gli ecosistemi degradati. L'osservazione che gli interventi di mitigazione *ex post* e su piccola scala non hanno un impatto particolarmente rilevante porta inoltre a sostenere l'importanza di fondare un nuovo paradigma giuridico che legittimi interventi pianificati *ex ante* e su una scala di dimensioni ampie o sufficientemente ampie da ripristinare le funzioni e i processi dell'ecosistema alterato. Da qui la proposta di riconoscere il principio giuridico di restauro ecopaesaggistico proattivo, sulla falsariga di svariati esempi pratici sia a livello nazionale che transnazionale[101].

A livello ordinamentale, l'Ecuador contempla il diritto alla restaurazione fra i diritti riconosciuti alla Madre Terra, enunciato nella costituzione all'art. 72 in questi termini: «La natura ha diritto alla

[99] V. G. Winter, *Ecological Proportionality: an Emerging Principle of Law for Nature?*, in C. Voigt (ed.), *The Rule of Law for Nature. New dimensions and ideas in environmental law*, Cambridge, 2013, p. 111 ss.; M. Monteduro, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia*, cit., p. 27 ss.

[100] Cfr. R. Rossi et al., *Fondamenti di restauro ecologico della SER*, 2002, p. 1 ss.

[101] Cfr. A. Telesetsky, *An Emerging Legal Principle to Restore Large Scale Ecoscapes*, in C. Voigt (ed.), *op. cit.*, p. 181.

restaurazione. La restaurazione è indipendente dall'obbligo che hanno lo Stato e le persone fisiche o giuridiche di risarcire gli individui e le collettività che dipendono dai sistemi naturali danneggiati. Nei casi di impatto ambientale grave o permanente, inclusi quelli derivanti dallo sfruttamento di risorse naturali non rinnovabili, lo Stato stabilisce i meccanismi più efficaci per la restaurazione, e adotta le misure adeguate per eliminare o mitigare le conseguenze ambientali nocive». La novellata costituzione del Nicaragua, seguendo l'impostazione ecuadoriana, impone l'obbligo di «restaurare l'integrità degli ecosistemi» all'art. 60. A livello normativo ci sono altri ordinamenti che consacrano il diritto alla restaurazione degli ecosistemi o della natura[102] ma una previsione di rango primario anziché costituzionale lascia in balia del parlamento la decisione se mantenere o no un impegno di questa consistenza.

7. Considerazioni finali

Le considerazioni sopra esposte invitano a riflettere sulla necessità di riconfigurare l'apparato giuridico per tutelare i sistemi socio-ecologici, un apparato ora sorretto da paradigmi e categorie concettuali che alimentano le scelte ambientali tipiche dell'epoca fossile. Questo non significa negare l'importanza nei notevoli passi in avanti compiuti dal diritto ambientale nel corso degli ultimi decenni[103], bensì vuol dire che, a fianco dei principi e degli istituti già consolidati, occorre trovare ulteriori strumenti per garantire la sostenibilità ecologica nel rispetto dei limiti planetari. Tale garanzia passa per un radicale ripensamento dei valori imperanti nelle società contemporanee (specie quelle occidentali), al fine di collocare al primo posto il benessere del pianeta e la sopravvivenza umana.

[102] Ad esempio in Bolivia l'art. 7.I.6, della *Ley de Derechos de la Madre Tierra*, Legge n. 71 del 21 dicembre del 2010, afferma che la restaurazione è: «*el derecho a la restauración oportuna y efectiva de los sistemas de vida afectados por las actividades humanas directa o indirectamente*». In Polonia, l'*Environmental Protection Law Act* contempla il ripristino dell'equilibrio naturale; cfr. M. Kenig-Witkowska, *Environmental Protection in Spatial Planning in Poland. Mapping the Legal Framework*, in *Journ. of Comparative Urban Law and Policy*, 1, 2020, p. 312.

[103] Su cui v. D. Amirante, *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *DPCE*, n. spec., 2019, p. 1 ss., e ivi bibliografia citata.

Per tale ragione si è cercato di evidenziare la capacità trasformativa dei principi eco-giuridici, ancora poco diffusi nel panorama comparato, di cui si reputa opportuno un riconoscimento a livello costituzionale. La loro esplicitazione nella fonte sovraordinata consentirebbe al diritto costituzionale di fare un salto di qualità nel farsi carico delle problematiche ecologiche che depauperano le generazioni future delle risorse naturali e limitano il loro diritto a godere di un ambiente sano e di un clima stabile.

Un dato emerso dalla ricerca riguarda il fenomeno di *cross-fertilization* delle idee in campo ambientale/ecologico che si nutre degli apporti di accademici e giudici sia attraverso i formanti di loro dominio (dottrinale e giudiziale) sia tramite l'attivismo di quegli stessi attori insieme ad altri esperti ambientalisti in seno a organizzazioni non governative e associazioni che contribuiscono a propagandare nuove teorie e strumenti giuridici. Mentre nel passato erano i partiti politici, considerati snodi fra le istituzioni e la società, i principali motori di riforme legislative, nell'attuale contesto essi non di rado sono soppiantati dalla società civile e dagli esperti. Sono questi ultimi a presentarsi in veste di formanti attivi nella costruzione di un nuovo eco-sistema giuridico, in quest'opera sostenuti dai giudici che sono più recettivi dei legislatori nell'accogliere sia le idee che provengono dalla società che dai formanti dottrinali e forensi[104].

Inoltre, nel contesto internazionale la fioritura di dichiarazioni e atti, soprattutto di *soft law*, tesi ad affermare istituti e principi, come nel caso della non regressione, denota la vivacità del dibattito sui temi dell'ambiente e l'aspirazione a plasmare standard comuni di tutela[105]. Resta il fatto che le declinazioni nazionali rivelano margini differenziali di un certo spessore, laddove le eccezioni e le deroghe, più che le regole, possono giocare un ruolo di tutta evidenza. Solo in rarissimi casi, qui ricordati, alcuni ordinamenti si propongono come apripista di nuovi approcci, all'avanguardia nella lotta al degrado ambientale. Il successo o il fallimento di quei disegni aperti alle visioni

[104] Sui formanti forensi, cfr. S. Bagni, *La costruzione di un nuovo "eco-sistema giuridico" attraverso i formanti giudiziale e forense*, in *DPCE online*, n. spec., 2022, p. 1027 ss.

[105] Recentemente, due studiose hanno proposto di utilizzare la denominazione di «*conceptual pillars*» al posto di principi ambientali, con l'intento di sopperire alla eterogeneità semantica del concetto 'principio' nei diversi sistemi giuridici; cfr. L. Rajamani - J. Peel (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, II ed., Oxford, 2021.

olistiche dipende dal grado di accettazione dei valori di fondo che sorreggono tali impianti e, allo stato attuale, il giudizio sui loro tentativi di transizione costituzionale ecologica rimane sospeso.

In prospettiva di medio e lungo termine, si può infine ipotizzare un rafforzamento del principio di progressione negli ordinamenti statali, a partire dal contesto dell'Unione europea. Il canone di progressione è considerato come lo speculare della non regressione ed è contemplato in svariati ordinamenti oltre che nell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici[106]. Esso è sotteso nel sistema unionale, con i riferimenti a un livello elevato di tutela e al miglioramento della qualità dell'ambiente[107], e ora informa la proposta della Commissione europea per un nuovo regolamento finalizzato a ripristinare gli ecosistemi terrestri e marini danneggiati (*Nature Restoration Law*). L'obiettivo è di arrivare a una «buona condizione» degli ecosistemi, quale target che riflette un elevato livello di integrità ecologica, di stabilità e di resilienza necessarie a garantirne il mantenimento nel lungo periodo. Per ovviare all'approccio precedente, risultato fallimentare, la Commissione indica agli Stati membri degli obiettivi giuridicamente vincolanti, per far sì che le misure di ripristino coprano almeno il 20% delle superfici entro il 2030 e si estendano a tutti gli ecosistemi che necessitano di interventi riparativi entro il 2050[108]. Questo è un segnale fondamentale nella direzione di una presa di coscienza dell'importanza della sostenibilità ecologica e dei principi e approcci che la sostengono.

***

[106] Nell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, all'art. 3 si legge che «gli sforzi delle Parti tracceranno nel tempo una progressione […]». Inoltre, l'art. 4, punto 3, stabilisce che «ciascun contributo determinato a livello nazionale di una Parte rappresenta una progressione rispetto al contributo determinato a livello nazionale precedente, e rispecchia la più alta ambizione possibile, che rifletta le proprie responsabilità comuni ma differenziate e rispettive capacità, alla luce delle diverse circostanze nazionali»; l'art. 4, punto 11, prevede che «una Parte può, in ogni momento, adattare il proprio contributo determinato a livello nazionale vigente al fine di migliorare il suo livello di ambizione […].

[107] Gli artt. 3 TUE, 191 TFUE e 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

[108] V. la *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on nature restoration*, 22.6.2022, COM(2022) 304 final.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

ABSTRACT: What is the meaning of the concepts of sustainability and sustainable development? How can the ideal of ecological sustainability be legally conceived in conformity with the theory of the planetary boundaries? The paper focuses on these topics starting from an analysis of the origins of the term sustainability up to introducing the concept of sustainable development and its failure to halt the loss of biodiversity, the ecological deficit and the anthropogenic climate change. In seeking new tools to deal with these challenges, the paper illustrates the concepts of demodiversity, commons and, in particular, it deepens the contents of some recent legal principles that draw inspiration from ecology, namely the principles of non-regression, resilience, ecological integrity, ecological proportionality, ecological landscape restoration.

KEYWORDS: ecological sustainability – sustainable development – planetary boundaries – eco-legal principles

***

Serena Baldin – Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Trieste (serena.baldin@dispes.units.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La sostenibilità del debito pubblico: un percorso euro-nazionale*

Luca Bartolucci

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sostenibilità nel costituzionalismo e il debito pubblico. – 3. Il percorso giuridico della sostenibilità del debito nella Costituzione "composita" europea. – 4. Il "cattivo uso" del debito e il suo collidere con il principio della sostenibilità. – 5. La pandemia e il debito pubblico. – 6. Il ruolo centrale della Bce nelle due crisi. – 7. Brevi riflessioni conclusive: il successo del Pnrr italiano come cruciale bivio euro-nazionale.

1. Introduzione

Dal punto di vista giuridico, la sostenibilità del debito pubblico può considerarsi una c.d. "*fiscal rules*"[1], cioè un vincolo alla politica fiscale. Il principio di sostenibilità del debito pubblico, in particolare, è entrato nella Costituzione italiana attraverso la legge cost. n. 1 del 2012, che non può leggersi senza prendere in considerazione l'intreccio tra piano sovranazionale e nazionale e, in particolare, tra Costituzioni nazionali e Trattati Ue.

Ripercorrere il cammino di tale concetto, implicitamente comparso a Maastricht e che è stato variamente declinato nel tempo, con cadute, risalite e frequenti variazioni sul tema, è impresa che si può tentare anche per comprendere la direzione verso la quale tende l'Unione europea nel suo complesso. Soprattutto l'Unione economica e monetaria, infatti, è stata costruita come una c.d. "anatra zoppa" e solo due crisi di proporzioni bibliche[2], a distanza di pochi anni l'una dall'altra, sono riuscite a innestare per la prima volta un cambiamento

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Cfr. G. Gerapetritis, *New Economic Constitutionalism in Europe*, Oxford, 2019, spec. p. IX.

[2] Così M. Draghi, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financial Times*, 25 marzo 2019.

di rotta, che non può dirsi ancora definitivo, ma che rappresenta un importante segnale della direzione intrapresa[3].

Dal punto di vista nazionale, la sostenibilità del debito pubblico è, dal 2012, un principio costituzionale, col suo inserimento negli artt. 97 e 81 Cost, ad opera della legge cost. n. 1 del 2012. Si tratta di un principio gravido di conseguenze, sul piano teorico e pratico, che non solo si deve ritenere collegato all'Ue e alle decisioni di finanza pubblica, ma che mira, allo stesso tempo, ad allungare lo sguardo della Costituzione. Il principio di sostenibilità, infatti, ha una lunga storia, che parte della filosofia e, passando per il diritto internazionale, giunge al costituzionalismo. Si tratta di un principio che pone al suo orizzonte e come scopo un carattere di prudenza, utile non solo a tutelare le generazioni presenti, ma anche quelle future. Anche su questo versante, quella del 2012 è una riforma che, presa sulla base di situazioni contingenti e limitata alla finanza pubblica, precorre i tempi costituzionali. Qualche anno dopo, infatti, con la legge cost. n. 1 del 2022, le "future generazioni" hanno fatto il loro ingresso "esplicito" in Costituzione, mostrando come la riforma del 2012 fosse solo un "antipasto" di una tendenza di lungo periodo che vede nella responsabilità intergenerazionale uno dei caratteri emergenti del costituzionalismo contemporaneo[4].

Nel presente contributo, si tenterà di ricostruire il percorso del principio di sostenibilità del debito pubblico. Per far questo, si deve necessariamente partire dal Trattato di Maastricht e ripercorrere le varie tappe che hanno portato, nel 2012, alla riforma costituzionale di cui si è detto poc'anzi. Risulta centrale, per comprendere appieno gli sviluppi successivi, indagare anche il periodo "tra le due crisi", cioè quegli anni, dal 2013 al 2020, nei quali la nuova *governance* economica

[3] S. Cafaro, *L'evoluzione della costituzione economica dell'Unione: si è conclusa l'era della stabilità?,* in *AISDUE*, IV, 2022, p. 275 ss. Infatti, anche **«**se il pacchetto denominato *Next Generation EU* vuole essere uno strumento temporaneo di risanamento dettato dall'emergenza, l'emissione di obbligazioni europee e la loro scadenza (fino a 30 anni come quelle che finanziano il meccanismo Sure) estende l'effetto della decisione ben oltre l'emergenza**»** (p. 296-297).

[4] Sul punto, cfr. R. Bifulco, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 6 aprile 2022; F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo",* in *Il diritto dell'economia*, 1, 2022, p. 15 ss.; M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute,* 1, 2022, p. 127 ss. Sia consentito anche un rinvio a L. Bartolucci, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2021.

dell'Ue e la nuova disciplina costituzionale hanno convissuto e hanno subito un processo di trasformazione a norme invariate. Solo così è possibile, infatti, capire la reazione dell'Unione europea alla pandemia da Covid-19 e quell'*hamiltonian moment in nuce*, parziale e di natura temporanea, che ha portato per la prima volta alla creazione di un debito comune tra gli Stati membri dell'Ue.

Non si può tuttavia intraprendere questa via senza, preventivamente, dare una definizione di sostenibilità del debito pubblico, scomponendo l'espressione in "sostenibilità" e "debito pubblico".

2. La sostenibilità nel costituzionalismo e il debito pubblico

La definizione di sostenibilità generalmente accettata è quella per cui è sostenibile ciò che soddisfa i bisogni del presente, senza compromettere la capacità delle future generazioni di soddisfare i propri. Tale definizione deriva dal rapporto "*Our Common Future*" della Commissione Brundtland, che riferendosi allo sviluppo sostenibile lo ha definito come «*the development that meets the needs of the present without compromising the needs of the future generations*»[5].

Il principio di sostenibilità ha avuto un lungo percorso, e ha faticato non poco ad affermarsi sulla scena giuridica e su quella costituzionale. Nato in prospettiva filosofica, è stato dapprima preso in considerazione in una lunga serie di documenti internazionali, per poi fare il suo ingresso nel costituzionalismo[6].

Lo spostamento dal diritto internazionale a quello costituzionale costituisce un fattore rilevante poiché, da un lato, vi è la limitata forza giuridica vincolante del diritto internazionale che si traduce spesso in strumenti di *soft law* e incontra comunque problemi

[5] Cfr. *Our Common Future*, Report of the World Commission on Environment and Development, (c.d. "Brundtland Commission"), 1987, par. 27, allegato al documento dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite A/42/427, *Development and International Cooperation: Environment*, 2 Agosto 1987, p. 8.

[6] Una ricerca svolta sul testo delle Costituzioni dei 193 Stati membri delle Nazioni Unite ha mostrato che 54 di esse hanno al loro interno il termine "sostenibilità" o l'aggettivo "sostenibile": cfr. T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2016, p. 70 ss.

di effettività[7] e, dall'altro lato, le clausole sulla sostenibilità inserite nelle Costituzioni permettono di imporre ai decisori politici di fare scelte che "proteggano" anche le generazioni future.

Peraltro, l'attenzione al futuro delle Costituzioni si può spiegare anche in virtù di un loro desiderio di sopravvivenza. Come ha scritto Kirchheimer «ogni Costituzione porta in sé per natura una superba pretesa, per la quale essa si differenzia dalle altre disposizioni del potere statuale: la pretesa della durata»[8].

È la stessa tecnica giuridica costituzionale a dimostrare come il collegamento tra passato, presente e futuro sia una delle funzioni delle Costituzioni: infatti, «la fissazione di determinati principi in clausole c.d. di eternità, le norme sulla revisione costituzionale, […] il riferimento ad un futuro felice […] le norme di programmazione e gli stessi preamboli sono esempi concreti del modo in cui i testi costituzionali si rapportano al passato e al futuro»[9].

Da un lato, attraverso la rigidità costituzionale, si mira anche a «dar voce ai senza voce»[10]: infatti, la democrazia elettorale è per sua natura propensa a adottare decisioni che facciano conquistare alle *élites* politiche il consenso a breve termine degli attuali elettori, «senza tener in conto gli interessi di chi, non essendo presente, non può influire con il suo voto sulla contesa elettorale»[11].

Dall'altro lato, però, le Costituzioni mirano anche a vincolare le generazioni future. È, questo, un argomento del costituzionalismo

[7] T. Groppi, *op. cit.*, p. 48. Cfr. M. Montini, *Revising International Environmental Law Through The Paradigm of Ecological Sustainability*, in F. Lenzerini - A. Vrdoljak (a cura di), *International Law for Common Goods: Normative Perspectives in Human Rights, Culture and Nature*, Oxford, 2014, p. 272 ss.

[8] O. Kirchheimer, *Das Problem der Verfassung* (1929), trad. it. *Il Problema della Costituzione*, in Id. (cura di), *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale.*, Bari, 1982, p. 33. Per M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1, 2013, p. 1, le Costituzioni aspirano «all'eternità ordinamentale».

[9] R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, *Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, p. 121.

[10] T. Groppi, *op. cit.*, p. 51. Sul punto cfr. anche J. Tremmel, *Constitutions as Intergenerational Contracts: Flexible or fixed?,* in *Intergenerational Justice Review*, 1, 2017, p. 4 ss. e K. Chatziathanasiou*, Constitutions as Chains? On the Intergenerational Challenges of Constitution-Making*, in *Intergenerational Justice Review*, 1, 2017, p. 32 ss.

[11] T. Groppi, *op. cit.*, p. 51.

moderno che si sviluppa fin da alcuni celebri dibattiti settecenteschi[12]. In tal senso, le Costituzioni rigide prevedono un procedimento aggravato attraverso il quale operare una revisione. Tale procedimento consente di modificare il testo costituzionale, «eliminando la radicale alternativa tra il rigetto in blocco di una Costituzione e il suo progressivo allontanamento dalla realtà della vita costituzionale»[13]. Si tratta di uno dei temi fondamentali del costituzionalismo: la ricerca di un equilibrio tra il cambiamento e la conservazione[14].

Così, l'inserimento nelle Costituzioni di "clausole sul futuro" può essere letto come un tentativo di ricercare tale equilibrio, senza sacrificare troppo gli interessi futuri e, in tal modo, tentando di far sopravvivere la Costituzione allo scorrere del tempo.

Allo stesso tempo, la responsabilità intragenerazionale è anche un presupposto di quella intergenerazionale[15]. Orientare le decisioni al futuro non solo serve a tutelare gli interessi delle generazioni future, ma anche a proteggere gli interessi delle generazioni attuali nel lungo

[12] Le Costituzioni rivoluzionarie del Settecento sono documenti scritti e il loro nucleo essenziale è contenuto nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, in base al quale **«**[o]gni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha Costituzione**»**. Le norme sui poteri e la separazione di questi ultimi, in particolare, sono gli strumenti attraverso i quali sono garantiti i diritti. Vedi J. Bryce, *Flexible and Rigid Constitution* (1901), trad. it. *Costituzioni rigide e flessibili*, Milano, 1998.

[13] Ivi, p. 17.

[14] Cfr. S.M. Cicconetti, *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972. Al contrario, le Carte costituzionali concesse, essendo state concepite per durare per sempre, non contenevano al loro interno formule per la revisione e questo alla fine operò contro di loro. Infatti, mentre una Costituzione immodificabile **«**o sta o cade di fronte alle tensioni sociali e ai mutati equilibri politici, una Costituzione rigida che sia modificabile […] ben può recepire, nelle dovute forme, le nuove domande politiche**»**. Così A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova, 1995, p. 11. Sul punto cfr. anche Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, 2002; M.P. Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale. Limiti e variazioni,* Torino, 1997. Tuttavia, le Costituzioni ottriate, sebbene sprovviste di formule di revisione costituzionale e, quindi, modificabili solo con un nuovo intervento regio, ben presto evolvono nel senso della flessibilità, cioè nella possibilità di essere derogate con legge.

[15] R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, cit., p. 39.

periodo, permettendo di sviluppare la risposta preventiva a un problema e non soltanto quando esso emerge in modo brutale[16].

La sostenibilità, in particolare, è un concetto che coniuga le interazioni tra aspetti economici, sociali e ambientali, tentando di tenere insieme la crescita economica, l'inclusione sociale e la tutela dell'ambiente. Lo sviluppo sostenibile è stato teorizzato a partire dal sovraffollamento del pianeta, che ha portato ad una economia su scala mondiale dalle dimensioni enormi, che cresce velocemente, è estremamente sbilanciata dal punto di vista della distribuzione del reddito e rappresenta una notevole minaccia per l'ambiente[17].

Le Costituzioni hanno avuto in genere clausole riguardanti la sostenibilità ambientale, ma, soprattutto dal 2010, si sono diffuse clausole di sostenibilità economico-finanziaria. Un ruolo centrale nell'emersione a livello costituzionale del principio di sostenibilità – soprattutto di bilancio – è stato giocato dalla crisi economico-finanziaria e dall'Unione europea[18], tanto che si è anche parlato di una

[16] S. Caney, *Political Short-Termism*, in *Academic Foresights*, 16, 2016. Si pensi, ad esempio, alla prevenzione delle catastrofi naturali: è meglio investire in prevenzione contro le catastrofi poiché non solo in questo modo si fornisce una migliore protezione della vita, delle proprietà, degli edifici e delle attività delle persone, ma lo si fa anche ad un costo inferiore. Cfr., ad esempio, A. Healy - N. Malhotra, *Myopic Voters and Natural Disaster Policy*, in *American Political Science Review*, 3, 2009, p. 387 ss., che hanno dimostrato come nel caso dell'uragano Katrina i cittadini hanno finito per pagare quindici volte di più in lavori post-disastro di quanto sarebbe costato prevenire. Molto spesso, peraltro, non solo non si tiene in considerazione la dimensione futura nel procedimento legislativo, ma ci sono carenze anche nel considerare alcuni aspetti e interessi del presente ugualmente toccati dalle regole.

[17] Lo sviluppo sostenibile, in quanto ricerca intellettuale, tenta pertanto «di capire il senso delle interazioni fra tre sistemi complessi: economia mondiale, società globale e ambiente fisico terrestre» (J.D. Sachs, *L'era dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2015, p. 3). Per una critica del concetto di "sviluppo sostenibile" cfr., almeno, S. Latouche, *La scommessa della decrescita*, Milano, 2007, secondo il quale lo "sviluppo sostenibile" è un vero e proprio ossimoro, se non peggio, poiché rappresenta un vero e proprio inganno per salvare la crescita.

[18] Sull'impatto che le misure adottate in risposta alla crisi economica-finanziaria hanno avuto sui sistemi costituzionali nazionali, cfr., almeno: G. Cerrina Ferioni - G.F. Ferrari (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato: modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012; R. Bifulco - O. Roselli (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino, 2013; X. Contiades (a cura di),

nuova era del costituzionalismo, che cambia per molti aspetti il paradigma costituzionale pre-crisi[19].

Con la crisi del 2008 la priorità dell'Unione europea – e in particolar modo dell'Unione economica e monetaria – è divenuta quella di assicurare la sostenibilità economico-finanziaria. Tuttavia, già precedentemente alla crisi, al Trattato di Maastricht fu affidato il compito di costruire l'Unione economica e monetaria promuovendo per gli Stati «condizioni finanziarie e di bilancio sane ed equilibrate».

Si sono diffuse sempre più, anche fuori dall'Unione europea, le c.d. *fiscal rules*, cioè clausole che riguardano limitazioni al deficit o al debito pubblico. Non è chiaro, tuttavia, se la sostenibilità finanziaria sia causata da tali regole o viceversa: se, cioè, l'esistenza di una regola sia solo un sintomo di un clima politico che, comunque, si preoccupa della sostenibilità finanziaria. In generale, nel giudizio sulle *fiscal rules* «non emerge un nesso di causalità robusto e consolidato tra le regole e i risultati raggiunti»[20], poiché le definizioni date alle diverse regole, la loro applicazione concreta, le procedure, la loro rigidità e severità, la loro estensione, la struttura delle sanzioni, gli spazi esistenti per i possibili strumenti di aggiramento di queste regole, sono variabili cruciali.

Le *fiscal rules*, invece, sono spesso definite come vincoli permanenti (soprattutto costituzionali) sulla politica fiscale, espressi in termini di indicatore riepilogativo dell'andamento fiscale, come il deficit di bilancio o il debito. Quest'ultimo, in particolare, è «lo *stock* che lega passato, presente e futuro dei singoli, delle famiglie, delle imprese, dei sistemi economici»[21]. Come è noto, il debito pubblico è la somma dei disavanzi che lo Stato ha registrato nel suo bilancio.

In generale, la sostenibilità del debito pubblico può essere definita come la compatibilità del debito (in termini di ammontare, natura e composizione) con le capacità di rimborso dello Stato che lo ha emesso. La sostenibilità del debito pubblico è influenzata, tuttavia, da una serie di fattori: si può dire che alcuni di questi riguardano il

Constitutions in the global financial crisis: a comparative analysis, Farnham, 2013.

[19] G. Gerapetritis, *op. cit.*, spec. p. IX.

[20] M. Marè - M. Sarcinelli, *La regola del bilancio in pareggio: come assicurarla e a quale livello di governo?,* Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", Corte costituzionale, 22 novembre 2013, p. 27.

[21] M. Degni - P. De Ioanna, *La voragine. Inghiottiti dal debito pubblico*, Roma, 2012, p. 7.

debito in sé, come, ad esempio, il suo ammontare e la sua composizione. Si tratta quindi di fattori, per così dire, "endogeni" al debito stesso. Una seconda serie di fattori riguarda invece caratteristiche "esogene" al debito, come la fiducia che i mercati ripongono in uno Stato, nel suo Governo e nella sua politica economica. Altro fattore esogeno è la politica monetaria di uno Stato (o di un'unione monetaria, come nel caso europeo): anch'essa un fattore che influenza in modo decisivo la sostenibilità dei debiti pubblici.

Il debito pubblico, già definito da Napoleone "immorale e funesto"[22], è stato storicamente uno strumento nelle mani del Sovrano, che si intrecciava alla sua storia personale e veniva impiegato in casi di calamità e per finanziare campagne militari[23]. Non solo: si tratta storicamente di uno strumento che si pone alla base della nascita di Stati e federazioni, come testimonia l'esperienza statunitense. Qui, il confronto tra Jefferson, Madison e Hamilton aveva riguardato l'opportunità di votare l'*assumption* o il ripudio (*repudiation*) del debito contratto per il finanziamento della guerra di indipendenza[24]. Dopo la proclamazione di indipendenza e per fronteggiare una crisi del debito, nel 1789 fu adottato il *Tariff Act* (o *Hamilton Act*) col quale si introdusse la prima forma di raccolta federale di risorse tributarie. Si incrementarono così le risorse del bilancio federale, consentendo di svolgere politiche di perequazione verticale, segnando un passaggio decisivo verso l'unione politica[25]. Nel 1790 il Congresso ratifica le

[22] Tra gli "oppositori", si possono annoverare anche: C. de Montesquieu (*Lo spirito delle leggi* (1748), Torino, 1996), Adam Smith e David Ricardo. Cfr. V. Ferraris, *Le leggi sul debito pubblico italiano*, Torino, 1886.

[23] Hume e Montesquieu hanno mosso una critica politica al ricorso al debito pubblico: cfr. A. Hirschmann, *The Passions and the Interests. Political Arguments for Capitalism before his Triumph* (1977), trad. it. *Le passioni e gli interessi. Argomenti politici in favore del capitalismo prima del suo trionfo*, Milano, 2011. Marx, invece, ha visto nel debito pubblico una delle componenti fondamentali del sistema capitalistico: K. Marx, *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie* (1872), trad. it. *Il Capitale. Critica dell'economia politica*, III ed., Roma, 1970. Sul punto, cfr. E. Stimilli, *Il debito del vivente. Ascesi e capitalismo*, Macerata, 2011, spec. p. 219 ss.

[24] Sulla vicenda, cfr. P.M. Garber, *Alexander Hamilton's Market-Based Debt Reduction Plan*, in *Carnagie-Rochester Conference Series on Public Policy*, 1991, p. 79 ss.

[25] L. Antonini, *I vincoli costituzionali al pareggio di bilancio tra (indebiti) condizionamenti delle dottrine economiche e (possibili) prospettive*, in Id. (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema*

scelte di Hamilton e converte il debito sovrano in obbligazioni perpetue e, in questo modo, la federazione nasce in cambio della creazione del debito pubblico americano[26]. Fu il c.d. "*Hamilton moment*": quando si trasformò il debito dei singoli Stati della confederazione in debito pubblico del Governo federale[27]. Hamilton consolidò in un unico debito pubblico federale i debiti accumulati, per finanziare la guerra, sia dal Governo degli Stati Uniti ai tempi della Confederazione, sia dai singoli Stati.

Oltre al suo ruolo nella forma di Stato, la sostenibilità del debito pubblico è un principio che prevede che i comportamenti, le azioni, le prassi, le fonti normative, le decisioni e l'andamento del debito che consegue a tutti questi elementi rendano il debito pubblico uno "strumento" della vita di uno Stato che riesca a soddisfare i bisogni del presente, senza compromettere la capacità delle future generazioni di soddisfare i propri.

D'altro canto, tale interpretazione sembra essere avallata dalla giurisprudenza costituzionale sia tedesca sia, soprattutto, italiana. Sempre più spesso, infatti, le generazioni future sono citate in sentenze delle Corti costituzionali, che si appoggiano proprio alle clausole sulla sostenibilità. Si pensi, in particolare, al caso italiano: non solo un ossequio al principio dello sviluppo sostenibile trova «ampio ed articolato svolgimento nell'uso ormai 'routinario' da parte dei giudici della Consulta della tecnica del bilanciamento degli interessi»[28], ma anche nei temi economici e di finanza pubblica la Corte costituzionale richiama sempre più spesso le generazioni future[29].

---

giuridico europeo, Bologna, 2016, p. 25 e G. Scaccia, *L'equilibrio di bilancio fra costituzione e vincoli europei*, in *Oss. sulle fonti*, 2, 2013, p. 4.

[26] J. Attali, *Come finirà? L'ultima chance del debito pubblico*, Roma, 2010, p. 54.

[27] Cfr. F. Saitto, No taxation without representation: *il dibattito sul potere di tassare alle origini dell'esperienza costituzionale statunitense e la sua eredità*, in *Diritto pubblico*, 2, 2013, p. 641 ss.

[28] D. Porena, *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale,* Torino, 2017, p. 4. Sul punto cfr. anche D. Porena, *La protezione dell'Ambiente tra Costituzione italiana e Costituzione globale*, Torino, 2009, p. 110 laddove si rileva come i valori ambientali, cui sono correlati gli interessi delle generazioni future, richiedono un attento bilanciamento, capace di non soffocarne le esigenze, con le ragioni dello sviluppo economico e con i prevalenti interessi, in esso riscontrabili, delle generazioni presenti.

[29] Già nella sentenza n. 88 del 2014, la Corte aveva iniziato a considerare i principi sottesi alla riforma costituzionale del 2012 e aveva chiarito che il principio della sostenibilità del debito pubblico implichi «una responsabilità che, in attuazione

Anche il *Bundesverfassungsgericht* da tempo ha iniziato ad utilizzare le generazioni future come argomento nelle sue pronunce. A proposito dei vincoli di bilancio previsti sia dalla Costituzione sia dall'Unione europea, il Tribunale Costituzionale federale tedesco ha affermato che «il fatto stesso che i Parlamenti si autovincolino [...] può essere necessario nell'interesse di una conservazione a lungo termine della capacità di determinazione democratica. [...] Se è vero che un vincolo di questo genere può anche limitare i margini di manovra nel presente, allo stesso tempo può essere funzionale alla loro preservazione per il futuro»[30]. Inoltre, un debito troppo alto non solo limita fortemente l'azione del Parlamento, a causa dell'onere degli interessi, ma danneggia le generazioni future, che perderebbero così la possibilità di vivere secondo le proprie idee[31].

3. Il percorso giuridico della sostenibilità del debito nella Costituzione "composita" europea

di quelli fondanti di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, *ivi* compresi quelli delle generazioni future**»**. Deve poi essere ricordata la sentenza n. 18 del 2019: con questa si stabilisce che gli enti locali con bilanci deficitari e in pre-dissesto non possono utilizzare l'indebitamento per decenni e per finanziare spesa corrente, posto anche che l'art. 119, sesto comma, Cost. riserva l'indebitamento al finanziamento delle sole spese di investimento. È evidente, infatti, secondo la Corte, come con questo mezzo non solo si violi l'equilibrio di bilancio, ma anche il principio di rappresentanza democratica e quello di equità intergenerazionale: infatti, tale mezzo è usato dai rappresentanti politici degli enti locali per rimandare le conseguenze finanziarie dei comportamenti tenuti, violando in tal modo il principio di rappresentanza democratica e quello di equità intergenerazionale. Infatti, spalmare la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale in un trentennio scarica sulle generazioni future gli errori di bilancio commessi da quelle presenti, senza allo stesso tempo trasferire loro un bene finanziato da un investimento. Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 2019, cfr. A. Saitta, *Dal bilancio quale 'bene pubblico' alla 'responsabilità costituzionale e democratica' e 'intergenerazionale'*, in *Giur. Cost.*, 1, 2019, p. 216 ss.; nonché G. Boggero, *La Corte costituzionale mette un freno al deficit spending degli enti locali che danneggia le generazioni presenti e future*, in *Diritticomparati.it*, 1 aprile 2019. Da ultimo, cfr. Cost., 19 maggio 2020, n. 115, *Cons in dir.* 7, 7. 1 e 8.

[30] BVerfG 2 BvR 1390/12. Cfr., inoltre, *Bverfg*, 2 BvR 1421/12; 2 BvR 1438/12; 2 BvR 1439/12; 2 BvR 1440/12; 2 BvE 6/12. Sulla giurisprudenza riguardante le generazioni future del *Bundesverfassungsgericht* cfr. F. Saitto, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Milano, 2015, p. 211 ss.

[31] Decisione del *Bundesverfassungsgericht* 7 luglio 2007, par. 134.

Le *fiscal rules* attualmente vigenti in Italia si basano sull'intreccio tra norme che possono rintracciarsi sia nei Trattati europei sia nelle Costituzioni nazionali, che formano, insieme, la c.d. «Costituzione 'composita' europea»[32]. Da una parte, infatti, i Trattati europei sono influenzati dagli Stati, mentre, dall'altra, gli ordinamenti nazionali «si europeizzano in quanto interiorizzano i principi base dell'Unione, che, da fattori esterni di uniformità dei diversi sistemi nazionali, diventano fattori dinamici interni di questi stessi ordinamenti, spesso sollecitandoli alla trasformazione»[33].

Da una parte, sono i Trattati europei che fanno espresso riferimento alle tradizioni costituzionali comuni e all'identità costituzionale di ciascuno Stato membro[34] (rispettivamente, art. 6, par. 3, e art. 4, par. 2, TUE). Dall'altra parte, le Costituzioni nazionali contengono clausole europee[35] la cui interpretazione è rimessa alle Corti costituzionali di ciascuno Stato membro[36]. Oltre l'art. 11 Cost.[37],

[32] Sulla teoria del *composite constitutional order*, cfr. L. Besselink, *A Composite European Constitution,* Groningen, 2007; Id., *The Place of National Parliaments within the European Constitutional Order*, in N. Lupo - C. Fasone (a cura di), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford, 2016, p. 23 ss.

[33] Così G. Rizzoni, *Parlamento e Unione europea: 1998-2008 e oltre,* in V. Lippolis (a cura di), *Il Parlamento del bipolarismo: un decennio di riforme dei regolamenti delle Camere*, Napoli, 2008, p. 369. Tutto questo ha determinato «profonde trasformazioni dei sistemi istituzionali [...] acceleratesi vistosamente negli ultimi venti anni». Così N. Lupo, *Il ruolo delle burocrazie parlamentari alla luce dei mutamenti dell'assetto istituzionale, nazionale e sovranazionale*, in *Rass. parl.*, 1, 2012, p. 70.

[34] A. Von Bogdandy - S. Schill, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon treaty*, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, p. 1417 ss.

[35] Cfr. M. Claes, *Le "clausole europee" nelle costituzioni nazionali*, in *Quad. Cost.*, 2, 2005, p. 283 ss.

[36] Per quanto riguarda l'Italia, come è noto, si tratta dell'art. 11 Cost. e dell'art. 117, primo comma, così come modificato dalla l. cost. n. 3 del 2001. Sull'art. 11 Cost. cfr. G.L. Tosato, *L'articolo 11 della Costituzione e il diritto dell'Unione europea*, in N. Ronzitti (a cura di), *L'articolo 11 della Costituzione. Baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, Napoli, 2013, p. 69 ss.; M. Cartabia - L. Chieffi, *Commento all'art. 11*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 263 ss.

[37] A differenza di altri Stati che hanno provveduto alla ratifica dei Trattati europei con leggi costituzionali e alle conseguenti modifiche del testo costituzionale, l'Italia ha invece sempre utilizzato l'art. 11 Cost. Per una rassegna dei più importanti strumenti normativi utilizzati: M. Cartabia - J. Weiler, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000. In assenza di uno specifico «ancoraggio costituzionale» (S. Baroncelli, *La partecipazione dell'Italia alla* governance *dell'Unione*

si può ritenere che – alla luce della riforma della *governance* economica europea – anche gli artt. 81 e 97 e 119 Cost. siano clausole europee, da una parte perché limitano la discrezionalità nelle scelte di bilancio in linea con quanto stabilito nelle fonti europee, dall'altro poiché sono disposizioni che mettono in collegamento l'ordinamento italiano con quello sovranazionale[38].

L'inizio di tale percorso si può rintracciare nel Trattato di Maastricht, quando, nella seconda fase della creazione dell'Unione

europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona. Un'analisi delle fonti del diritto nell'ottica della fase ascendente e discendente, Torino, 2008, p. 115) la Corte costituzionale fece proprio dell'art. 11 Cost. lo strumento privilegiato su cui sorreggere la partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europea. Dall'art. 11 Cost. e dalla sua interpretazione evolutiva, iniziò quello che venne definito «il cammino comunitario della Corte» costituzionale (espressione utilizzata in P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1973, p. 2406 ss.), trovando man mano la via per legittimare la Comunità europea prima e l'Unione europea poi nell'ambito dell'ordinamento costituzionale italiano e facendo sì che in qualche modo il Parlamento italiano fosse sollevato **«**dalla necessità di ricorrere all'esercizio del potere di revisione**»** (Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183; c.d. "sentenza Frontini").

[38] Come è stato sottolineato **«**vi sono – oltre all'art. 11 delle origini, che è stato per lungo tempo la norma fondamentale di apertura alla sopranazionalità – almeno altre quattro nuove disposizioni chiave che creano come una rete di protezione (oltre che di collegamento) con l'ordinamento giuridico e finanziario dell'Unione. Ogni trasgressione di queste norme non è perciò solo un 'no' all'Europa – come si sente corrivamente dire – ma anche e soprattutto una violazione della Costituzione nazionale, fatalmente destinata al giudizio e alla sanzione della Corte costituzionale. Quali sono queste giunture testuali fra la Costituzione italiana e l'ordinamento europeo, questa trama euro-nazionale che vertebra la nostra Costituzione? Vi è – innanzitutto – l'art. 117, 1 […] Vi è poi l'art. 81 che – in coerenza a quanto disposto dall'art. 3, 2 del c.d. *fiscal compact* – obbliga al pareggio di bilancio (pur tenendo conto delle fasi avverse e di quelle favorevoli al ciclo economico) per cui il ricorso al debito deve essere autorizzato dalla maggioranza assoluta dei componenti delle Camere. Vi è ancora l'art. 97 che impone alle pubbliche amministrazioni la coerenza con l'ordinamento dell'Unione: assicurando equilibri di bilanci e sostenibilità del debito pubblico. Vi è infine l'art. 119 che impone alle autonomie territoriali l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea. L'autonomia legislativa, la decisione di bilancio, l'autonomia amministrativa, le autonomie territoriali: sono dunque tutte legate all'obbligo di osservanza 'europea'. Vi è perciò un blocco di costituzionalità euro-nazionale». Così A. Manzella, *La Costituzione italiana come Costituzione "europea": 70 anni dopo*, in *Nuova Antologia*, 3, 2018, p. 40 ss., spec. p. 44-45.

economica e monetaria[39], gli Stati avrebbero dovuto garantire la sostenibilità della situazione della finanza pubblica alla luce dei "celebri" parametri fissati dal Trattato[40].

Lo strumento fondamentale per il coordinamento e la sorveglianza delle politiche di bilancio è divenuto il Patto di Stabilità e Crescita, introdotto nel 1997[41], con disposizioni innovative e più restrittive rispetto ai parametri fissati a Maastricht nel 1992.

Sebbene le vicende dell'applicazione del Patto di Stabilità e Crescita e la sua riforma del 2005 avevano già evidenziato alcune criticità, è stato con la crisi economico-finanziaria iniziata nel 2008 che sono state messe a nudo le inadeguatezze dell'Unione europea e dell'Unione economica e monetaria, rendenndo chiara l'inefficacia dei meccanismi preventivi e correttivi del Patto di Stabilità e l'asimmetria strutturale dell'area euro, nella quale la politica monetaria è gestita a

[39] Che ha avuto inizio con il Trattato di Maastricht, firmato nel 1992. Da lì «partiva il complesso di costruzione della moneta senza Stato, che si è snodato nel corso dell'intero decennio, con la realizzazione e modificazione degli istituti e dei meccanismi che disciplinano la finanza dell'Unione». Cfr. M. Degni, *La* governance *europea della finanza pubblica nella grande crisi finanziaria*, in *Federalismi.it*, 30 dicembre 2016, p. 3.

[40] Cioè 3% per il rapporto fra il disavanzo pubblico, previsto o effettivo, e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato e il 60% per il rapporto fra il debito pubblico e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato. Non si può tacere riguardo l'origine "monetarista" del Trattato di Maastricht e dei suoi parametri: infatti, erano questi strumentali alla transizione verso l'unione economica e monetaria. Il parametro del deficit era stato individuato come valore medio del rapporto tra investimenti pubblici e PIL dell'Unione nel periodo 1974-1991; quello sul debito, invece, era ritenuto necessario per la stabilizzazione del rapporto tra debito stesso e PIL (con una crescita del PIL nominale al 5%) nonché come valore medio del rapporto debito/PIL dell'Unione. Il Trattato di Maastricht comprendeva, oltre ai due citati criteri fiscali, anche due criteri monetari: che il tasso medio di inflazione non superasse di più dell'1,5% il tasso medio e che i tassi di interesse a lungo termine non superassero per più del 2% la media dei tre tassi più bassi. La terza fase, infine, sarebbe stata quella della moneta unica, cui sarebbero stati ammessi solo gli Stati che avessero rispettato le regole poste per la seconda fase e cioè il raggiungimento di un alto grado di stabilità dei prezzi e la sostenibilità della situazione della finanza pubblica.

[41] Reg. n. 1466/97 e reg. n. 1467/97. Sulla funzione di garanzia esistente tra la stipula del Patto e la disciplina di bilancio durante la "terza fase", cfr. L. Ferrari Bravo - E. Moavero Milanesi, *Lezioni di diritto comunitario*, vol. II, Napoli, 2002. Cfr. anche G. Della Cananea, *Il Patto di stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1, 2001, p. 559 ss. e G. Rivosecchi, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007, p. 370 ss.

livello sovranazionale e la politica fiscale a livello nazionale. Si è notata la mancanza di uno strumento finanziario europeo per gestire eventuali *default* e attacchi speculativi ai debiti pubblici degli Stati membri, nonché quella di un vero e proprio *budget* "federale"[42].

A quel punto, sono state prese una serie di misure che possono essere racchiuse in due gruppi[43]: nel primo sono ricompresi quegli atti con l'obiettivo di dare assistenza finanziaria agli Stati con problemi di debito sovrano, mentre nel secondo le misure per il coordinamento delle politiche economiche degli Stati dell'area euro. In questo secondo gruppo, ci si è mossi essenzialmente in tre direzioni[44]. La prima direzione è stata quella di «rafforzare l'impianto del Patto di Stabilità, sia relativamente alla parte preventiva che a quella correttiva»[45]; la seconda è stata quella di inserire negli ordinamenti nazionali alcune delle regole poste a livello dell'Unione, come quella del pareggio di bilancio; la terza, infine, è stata quella di introdurre una disciplina più articolata per il coordinamento delle politiche economiche, attraverso il Calendario comune di bilancio (o Semestre europeo) e una procedura per prevenire ed eventualmente correggere gli squilibri macroeconomici.

Sia attraverso il c.d. *Six pack* sia attraverso il *Fiscal Compact* viene confermato l'impianto generale del Patto di Stabilità e Crescita e vengono inserite regole più stringenti a presidio del principio del pareggio di bilancio e della sostenibilità del debito pubblico,

---

[42] F. Fabbrini, *From Fiscal Constranints to Fiscal Capacity: the Future of EMU and its Challenges*, in M. Adams - F. Fabbrini - P. Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, 2014, p. 399 s. Si tratta, d'altro canto, di un'esigenza avvertita anche da attori politici. Si pensi al documento di Van Rompuy sul futuro dell'Unione economica e monetaria: cfr. H. Van Rompuy, *Towards a Genuine Economic and Monetary Union. Report by President of the European Council*, 2012.

[43] Cfr. G.L. Tosato, *L'integrazione europea ai tempi dell'euro*, in *RDI*, 3, 2012, p. 681 ss.; A. Viterbo - L. Cisotta, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *DUE*, 2012, p. 323 ss.; G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della* governance *economica europea*, in Id. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012 p. 383 ss.; P. Manzini, *La riforma delle regole UE sulla sorveglianza dei bilanci pubblici nazionali*, in G. Adinolfi - M. Vellano (a cura di), *La riforma del debito sovrano degli Stati dell'area euro. Profili giuridici*, Torino, 2013, p. 29 ss.

[44] P. Manzini, *op. cit.*, p. 41.

[45] *Ibid.*

intervenendo sia sulla parte preventiva sia su quella correttiva del Patto.

Ma l'intreccio costituzionale si è fatto ancora più intenso quando il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (c.d. "*Fiscal Compact*") ha previsto, all'art. 3, par. 2, che la regola sul pareggio di bilancio dovesse produrre effetti nel diritto nazionale al più tardi entro un anno dall'entrata in vigore del Trattato tramite «disposizioni di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo garantito lungo il processo nazionale di bilancio».

In quest'ambito, si può ritenere che l'egemonia culturale tedesca e la sua *weltanschauung* economico-finanziaria abbiano fortemente influenzato la reazione alla crisi[46]: infatti, la riforma costituzionale tedesca del 2009[47] aveva – in sostanza – anticipato i principali caratteri della riforma della *governance* economica europea[48] e di quegli interventi costituzionali che si sono avuti in una serie di Stati membri. Si è assistito, pertanto, su larga scala, all'europeizzazione dei principali caratteri della Costituzione economica tedesca, con una contaminazione e un ingresso delle c.d. "*fiscal rules*" nelle Costituzioni di mezza Unione europea[49].

Si tratta, come si è detto, di riforme costituzionali post-nazionali[50]. Eppure, si è anche notato come la riforma costituzionale italiana, ad esempio, sia antecedente rispetto all'entrata in vigore del *Fiscal Compact*, e sia dovuta perciò non tanto a quanto in esso prescritto, bensì alla volontà di "tranquillizzare" i mercati, le cui turbolenze stavano notevolmente alzando lo *spread* e mettendo, in tal

[46] Così come, in precedenza, aveva influenzato anche la costruzione delle regole di Maastricht. In questi termini, cfr. G. De Angelis, *Sovranità economica e legittimità politica nell'Unione economica e monetaria: un modello analitico*, in *Ragion pratica*, 2, 2019, p. 491 ss., spec. p. 498.

[47] La c.d. *Foederalismusreform II*, che ha previsto che i bilanci di Federazione e *Länder* debbano essere in pareggio senza ricorso all'indebitamento. Per rilievi critici sulla riforma, cfr. M. Goldmann, *Legarsi le mani: il quadro delle misure di riduzione del deficit in Germania*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2010.

[48] Sulla *German hegemony*, in generale, cfr. A. von Bogdandy, *German Legal Hegemony?*, in *Verfassungsblog*, 5 ottobre 2020 e D. Sarmiento, *On the Road to German Hegemony in EU Law?*, ivi, 7 ottobre 2020.

[49] Cfr. G. Gerapetritis, *op. cit.* e T. Ginsburg, *Balanced Budget Provisions in Constitutions*, in T. Ginsburg - M.D. Rosen - G. Vanberg (eds.), *Constitutions in Times of Financial Crisis*, Cambridge, 2019, p. 58 ss.

[50] R. Bifulco., *Una riforma costituzionale post-nazionale?,* in *Rivista AIC*, 3, 2011.

modo, lo Stato italiano in seria difficoltà di finanziamento. Senza dubbio la riforma fu favorita dal "clima europeo" in materia e dalla contestuale discussione del *Fiscal compact*, eppure è stata la spinta dei mercati finanziari quella decisiva.

In Italia si è adempiuto all'art. 3, par. 2 del *Fiscal commpact* attraverso la legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1[51], che ha modificato gli artt. 81, 97, 117 e 119 della Costituzione. In particolare, nell'art. 81 Cost. è stato inserito, al primo comma, il principio dell'equilibrio di bilancio[52], mentre nell'art. 97 Cost., primo comma, una clausola – ove possibile – ancora più ampia, secondo la quale «le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

Alla legge costituzionale è seguita la fase attuativa attraverso l'approvazione della legge "rinforzata" prevista dall'art. 81, sesto comma, Cost. Con l'ultimo comma del novellato art. 81 Cost. è stata, infatti, introdotta nell'ordinamento italiano e nel suo sistema delle fonti una legge "rinforzata" di finanza pubblica, aprendo in questo modo la via ad una riorganizzazione di tutti «quei materiali normativi che confluiscono nella decisione di bilancio, lasciando prefigurare una nuova tipizzazione della legge di bilancio, che superi i limiti contenutistici imposti dalla soluzione voluta dai costituenti con il terzo comma dell'art. 81 Cost.»[53].

---

[51] Per M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, tomo III, Milano, 2015, p. 1673 ss., quella vicenda riformatrice ha mosso i suoi primi passi fuori dal Parlamento. Il suo avvio, infatti, prima ancora che la formalizzazione di alcune iniziative legislative, è stato nella sostanza la lettera indirizzata dai "due" (se così si può dire) governatori della Bce (quello in carica - Trichet - e quello prossimo a subentrargli - Draghi, a quel momento ancora governatore centrale italiano) al Governo italiano in data 5 agosto 2011. Sulla lettera cfr. anche E. Olivito, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al governo italiano*, in *Rivista AIC*, 1, 2014; G. Grasso, *op. cit.*, p. 82 ss.; M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Napoli, 2018, p. 64.

[52] Per alcuni, in dottrina, si è trattato di una riforma irrilevante: cfr. G.L. Tosato, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, in *ApertaContrada*, 22 luglio 2012, p. 3. Sulla riforma del 2012, cfr. G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Roma-Bari, 2016, p. 94 ss.; I. Ciolli, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012, p. 83 ss.; F. Bilancia, *Note critiche sul c.d."pareggio di bilancio",* in *Rivista AIC*, 2, 2012, p. 1 ss.

[53] M. Degni - P. De Ioanna, *La voragine. Inghiottiti dal debito pubblico*, Roma, 2012, p. 18.

Sebbene la riforma del 2012 abbia profondamente modificato la Costituzione italiana, appare ormai piuttosto chiaro che – vuoi per la fretta, vuoi per la straordinaria maggioranza con la quale è stata approvata – è stata una risposta non tanto agli altri Stati membri dell'Unione europea e dell'Unione economica e monetaria, o a una vera "necessità costituzionale", quanto ai mercati finanziari[54]. Eppure, con quella riforma si è non solo esplicitata quella lettura "garantista" dell'art. 81 Cost. che già nella Costituzione del 1948 era stata ipotizzata[55], ma si è per la prima volta stigmatizzato costituzionalmente l'uso indiscriminato dell'indebitamento pubblico, in un Paese nel quale – per lunghi anni – molti problemi sociali sono stati risolti con politiche distributive proprio a scapito delle generazioni future[56].

[54] Secondo un'interpretazione per certi versi simile, cfr. M. Manetti, *Il governo Monti tra emergenze vere o presunte*, in *Democrazia e diritto*, 1-2, 2012, p. 41-42, «l'impressione è che il motivo della riforma vada cercato, più che nell'effettiva necessità di sanare una falla della Costituzione, nella volontà di gran parte delle forze politiche di mostrarsi all'altezza della situazione, riscattando la propria immagine con un impegno solenne all'auto-contenimento delle spese. In altre parole, l'emergenza che si è inteso affrontare è quella, tutta soggettiva, della politica, ormai impossibile da gestire in ordine sparso; e la revisione della Costituzione con il *quorum* dei due terzi è sembrata la cornice ideale per una foto di gruppo dove si celebra la fine di vent'anni di ostilità».

[55] Si sono avute due principali interpretazioni dell'equilibrio di bilancio in relazione all'art. 81, ultimo comma, Cost. Secondo qualcuno – seppure minoritaria – dal quarto comma dell'art. 81 Cost. si sarebbe potuta desumere la regola del divieto di finanziamento della spesa pubblica con il ricorso all'indebitamento e quindi la sostanziale necessità di un pareggio in bilancio. Cfr. sul punto, L. Einaudi, *Sulla regolazione degli oneri da ammasso*, in Id. (a cura di) *Lo scrittoio del Presidente* (1948-1955), Torino, 1956, p. 235. Si tratta della c.d. "lettura garantista" dell'art. 81 Cost.: cfr., G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003, p. 97 ss.; G. Bognetti, *Costituzione e bilancio dello Stato. Il problema delle spese in deficit (Note ispirate dalla lettura di un libro di G. Rivosecchi)*, in *Forum di Quad. cost.*, giugno 2010, p. 15 ss. Al contrario, si è affermata – sia nella maggior parte della dottrina giuridica sia, in seguito, nella giurisprudenza costituzionale – una lettura c.d. "relazionale", in base alla quale dalla disposizione si può desumere soltanto una regola procedurale sulla contestualità tra decisione di spesa e mezzi per farvi fronte: è quindi possibile per il legislatore ricorrere all'indebitamento per coprire le maggiori spese o le minori entrate. Cfr. V. Onida, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969.

[56] Cfr. L. Di Nucci, *La democrazia distributiva. Saggio sul sistema politico dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2016, p. 12 ss.

4. Il "cattivo uso" del debito e il suo collidere con il principio della sostenibilità

Continuando nel percorso che ha portato da Maastricht al *Next Generation EU*, pare necessario fare qualche cenno all'utilizzo concreto dell'indebitamento nel periodo post-riforma del 2012 e fino alla crisi pandemica. In quel lasso di tempo, infatti, vi è stata da parte europea una accentuata "flessibilizzazione" delle regole della *governance* economica e, sul lato nazionale, quello che può definirsi un "cattivo uso" del debito pubblico.

La derivazione della riforma del 2012 non solo da una presunta *German egemony*, ma anche dalla situazione contingente di crisi speculativa e senza, dunque, che fossero sentite come regole condivise, può essere uno dei motivi che ha portato ad una loro applicazione molto più che elastica e che ha dato vita, negli anni seguenti, a incisive forme di flessibilità.

Sul versante europeo, la Commissione Juncker ha pubblicato nel gennaio 2015 una comunicazione dal titolo "Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del Patto di Stabilità e Crescita"[57], nella quale si illustra il modo in cui si intende applicare in maniera più flessibile il Patto di Stabilità al momento della valutazione della conformità degli Stati membri alle norme del Patto.

Inoltre, sono state introdotte alcune clausole, come quella sugli investimenti, per tener meglio conto della situazione specifica del singolo Paese (uno Stato membro può beneficiare della clausola sugli investimenti se sono soddisfatte alcune condizioni); nonché quella sulle riforme strutturali', che prevede che, in linea con le norme del Patto, gli Stati che attuano riforme strutturali importanti sono autorizzati a deviare temporaneamente dall'Obiettivo di medio termine o dal percorso di avvicinamento ad esso (in tal modo possono far fronte ai costi a breve termine derivanti dall'attuazione di riforme strutturali destinate a generare a lungo termine effetti positivi sul bilancio).

Già si inizia a delineare, in tale ambito, lo sforzo delle istituzioni europee per intervenire non solo sul lato "quantitativo" della spesa, con le regole sul debito e sul deficit, ma anche sul lato "qualitativo", tentando di incanalare, tramite maggiore flessibilità di bilancio, le

[57] Commissione europea, *Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del Patto di Stabilità e Crescita*, Strasburgo, 13 gennaio 2015, COM(2015) 12 *final*.

riforme nazionali verso ciò che è contenuto nelle Raccomandazioni Specifiche per Paese: raccomandazioni che sono uno dei tasselli più importanti del Calendario Comune di Bilancio.

Eppure, quella flessibilità di bilancio è stata utilizzata, almeno in Italia, senza per questo riuscire a muoversi lungo il crinale delle riforme previste nelle *Country Specific Recommendations*.

Stando all'Italia, in particolare, si può facilmente verificare come dal 2014 in poi è stata di frequente utilizzata la clausola presente nel nuovo art. 81, secondo comma, Cost. per il ricorso al maggiore indebitamento, in linea con gli accordi trovati di volta in volta con le istituzioni europee, che hanno interpretato le nuove regole della *governance* economica con il massimo della flessibilità possibile[58].

Bisogna tuttavia chiedersi se le risorse derivanti dagli scostamenti di bilancio e dalla flessibilità europea siano state utilizzate in linea con il principio costituzionale di sostenibilità del debito pubblico. A ben vedere, infatti, sembrano essere state usate con sguardo rivolto al breve termine, spesso per il finanziamento di spese correnti o, comunque, poco in linea con quanto richiesto all'Unione[59].

Questo è – in linea generale – consentito dalla disciplina costituzionale e dalla legge n. 243 del 2012, che non vincola il nuovo indebitamento statale a spese di investimenti. Invece, dal 2014 in poi, il debito italiano ha continuato a crescere[60], mentre gli investimenti

[58] A partire da: Commissione europea, *Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del Patto di Stabilità e Crescita*, Strasburgo, 13 gennaio 2015, COM(2015) 12 *final*. Sia consentito un rinvio a L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, 2020, spec. p. 296 ss.

[59] Nel tempo la clausola sugli "eventi eccezionali" si è notevolmente ampliata. Si pensi, a solo titolo esemplificativo, alla clausola migranti/sicurezza applicata dalla Commissione europea nel 2016, per tener conto della maggiore spesa dovuta al flusso straordinario di rifugiati, in misura pari all'incremento delle spese registrato in ciascun anno del biennio 2015-16, rispetto all'anno precedente. All'interno di questa voce, il Governo Renzi inserì anche il c.d. "bonus studenti". Ancora, si pensi alla riforma pensionistica nota come "Quota 100", che è andata in direzione contraria rispetto alle Raccomandazioni Specifiche per Paese rivolte all'Italia.

[60] Dall'esercizio finanziario 2014 in poi, l'Italia si è avvalsa di ampi margini di flessibilità sia sul deficit sia sul rapporto debito/PIL: in tal modo il debito pubblico italiano non solo non è diminuito, ma ha continuato a crescere. Nel dicembre del 2013 tale rapporto si era attestato al 129% in relazione al PIL, mentre alla fine del 2019 era pari al 135,7%. Nel 2021, dopo due anni di pandemia, il blocco delle attività economiche e ripetuti scostamenti di bilancio, il debito pubblico

pubblici non sono andati di pari passo[61]. Il fatto che la legge "rinforzata" non abbia vincolato il nuovo indebitamento o il deficit "accettato" dall'Ue all'obbligo di finanziare investimenti implica che il decisore politico ha avuto ancora la possibilità di indebitarsi per finanziare spese correnti[62], ed eventualmente anche per realizzare politiche economiche di stampo, per così dire, «pre-elettoralistico»[63].

Per quanto riguarda, invece, la clausola di flessibilità per gli investimenti concessa all'Italia per il 2016, l'Upb dimostra come l'Italia, quando ottiene flessibilità, non ne fa buon uso[64]. La variazione deve essere letta sulla base degli impegni assunti dall'Italia, poiché in tal modo si viola una delle condizioni poste dalla Commissione europea per concedere la clausola di flessibilità per gli investimenti[65]. L'Ue concede meno vincoli a condizione che si investa per rilanciare l'economia, ma l'Italia non ha investito a sufficienza: non è dunque un problema che riguarda le risorse disponibili, ma l'incapacità (in particolare dell'apparato burocratico) di tradurre in atti concreti le politiche di bilancio[66].

Dunque l'Italia, malgrado la "flessibilità" ricevuta dalla Commissione Ue e le numerose autorizzazioni *ex* art. 81, secondo comma, Cost. non è riuscita né a ridurre il rapporto debito/PIL, né a

---

italiano è stato al 150,4% del PIL, dopo aver toccato la vetta di 155,3% rispetto al PIL nel 2020.

[61] Cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Informativa al Comitato interministeriale per la politica economica, *Andamento degli investimenti pubblici nell'anno 2019, prospettive per il 2020 e rischi relativi alla situazione congiunturale macro-economica*, 17 Marzo 2020.

[62] In questi termini sia R. Ibrido - N. Lupo, *Le deroghe al divieto di indebitamento tra* Fiscal Compact *e articolo 81 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2, 2017, p. 244 sia F. Saitto, *"Costituzione finanziaria" ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo "stato fiscale" allo "stato debitore"*, cit., p. 13 ss.

[63] R. Ibrido - N. Lupo, *op. cit.*, p. 244.

[64] ISTAT, *Conto trimestrale delle amministrazioni pubbliche, reddito e risparmio delle famiglie e profitti delle società*, 4/04/2017, p. 4. I dati di consuntivo rilevano che gli investimenti pubblici nel 2016 sono diminuiti: in particolare, gli investimenti fissi lordi dell'amministrazione sono passati da 36,95 miliardi nel 2015 a 35,29 miliardi nel 2016, con una diminuzione del 5,4%.

[65] G. Montedoro - M. Giordano, *L'avvio del processo di convergenza e le prospettive di gestione del debito pubblico italiano. Recenti evoluzioni delle politiche di* governance *economica*, in *Federalismi.it*, 19, 2017, p. 16. Questa diminuzione ci esclude dalla clausola poiché uno dei requisiti per l'ottenimento della clausola è che gli investimenti dell'anno in cui si utilizza la clausola aumentino.

[66] *Ibid.*

mettere in piedi una politica di investimenti rilevante, spesso utilizzando gli spazi di bilancio attraverso un "cattivo uso" dell'indebitamento.

D'altro canto, il ricorso all'indebitamento per finanziare spese non di investimento sembra mettere in discussione la capacità della spesa pubblica di assolvere ai compiti che la disciplina costituzionale sulla sostenibilità del debito pubblico avrebbe imposto. Quest'ultima, in tal modo – e, in particolare, il requisito della maggioranza assoluta –, si espone alla critica di essere troppo lasca nei confronti del "debito cattivo" e troppo dura nei confronti di quello "buono"[67].

Anche tenendo a mente tali riflessioni si può leggere quanto accaduto nel tempo della pandemia.

5. La pandemia e il debito pubblico

Le risposte economico-finanziarie di Unione europea e Stati membri per fronteggiare l'emergenza Covid-19 hanno avuto un fortissimo impatto sui bilanci degli Stati e sui debiti pubblici. Per far sì che tali debiti rimanessero sostenibili si sono messe in moto una serie di reazioni nelle due principali direzioni dell'integrazione europea sul versante economico-finanziario: alcune risposte di natura fiscale, e altre, monetarie, della Banca Centrale Europea.

Il rischio che si è intravisto è stato quello di un aumento delle divergenze all'interno all'Unione, come ha sottolineato anche la Commissione europea nel presentare le previsioni di primavera (2020): la divergenza, infatti, riflette differenze "di fondo" tra Paesi, che influenzano sia l'esposizione (asimmetrica) dei paesi allo shock, «sia la capacità di reazione dei Paesi quindi l'efficacia delle misure di reazione alla crisi»[68].

Gli Stati che avevano maggiore spazio di bilancio e, dunque, minore debito pubblico, hanno avuto possibilità che, al contrario, gli Stati con alto debito pubblico e conseguente minore spazio di bilancio non hanno avuto per mettere in campo politiche di contrasto alla pandemia, che ha colpito maggiormente, dal punto di vista economico-finanziario, le economie già debilitate per altre ragioni.

[67] R. Ibrido - N. Lupo, *op. cit.*, p. 216, spec. p. 245.

[68] P.C. Padoan, *La crisi amplia le divergenze in Europa. Un rischio per tutti*, in *Il Foglio*, 16 maggio 2020.

Per quanto riguarda l'Italia, basti pensare alla dimensione del debito pubblico e al basso tasso di crescita del PIL: «tanto più è ampio lo spazio di bilancio (e più basso il debito) tanto maggiore l'ammontare di risorse disponibili per fronteggiare la crisi, tanto minore il rischio di divergenza»[69].

Anche per evitare tale rischio, che avrebbe potuto essere esiziale per il destino dell'Ue, quest'ultima ha introdotto una serie di strumenti, arricchendo considerevolmente la sua "cassetta degli attrezzi", andando ben al di là di quanto fatto in occasione della crisi dei debiti sovrani di qualche anno or sono.

Senza qui ripercorrere tutte le iniziative dell'Ue per reagire alla pandemia[70], per continuare lungo il percorso intrapreso è basilare prendere in considerazione cosa è avvenuto con il *Next Generation EU*, attraverso il quale, per la prima volta, vi è stata una emissione di debito comune europeo. Dopo una serie di eventi, tra cui la lettera di nove Stati al Presidente del Consiglio europeo, Charles Michel, in vista del Consiglio europeo del 26 marzo 2020, l'accordo franco-tedesco e la proposta della Presidente della Commissione europea, è giunta la decisione del Consiglio Europeo del 21 luglio 2020. Il cuore del programma, la *Recovery and Resilience Facility*, vede fondi a disposizione per 672,5 miliardi, di cui 312,5 costituiti da sovvenzioni e 360 da prestiti[71].

Si tratta di un salto di qualità evidente nella solidarietà europea e di un primo embrione di mutualizzazione del debito, sebbene – pare opportuno precisarlo – non si tratta di mettere in comune il debito passato degli Stati, ma solo di prendere a debito una parte di risorse. Un'importante innovazione è che le erogazioni avverrebbero secondo il "bisogno", cioè la valutazione della gravità dell'impatto della

[69] *Ibid.* Altre due differenze si rintracciano nella diversa vulnerabilità dei settori produttivi alle misure restrittive (la vulnerabilità è più elevata nei settori ad alta intensità di personale e a basso contenuto di lavoro da remoto) e nell'efficienza della pubblica amministrazione e del settore finanziario, entrambi decisivi nel trasferire le risorse messe a disposizione dallo Stato agli utenti finali.

[70] Sul punto, sia consentito un rinvio a L. Bartolucci, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19 tra Roma, Bruxelles e Francoforte (e Karlsruhe)*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 1, 2021, p. 154 ss.

[71] Si arriva comunque alla somma totale di 750 miliardi: oltre ai 672,5 miliardi del *Recovery and Resilience Facility*, sono previsti: 47.5 miliardi per *React-EU*; 10 miliardi per il *Just Transition Fund*; 7.5 miliardi per il *Rural Development*; 5.6 miliardi per *InvestEU*; 5 miliardi per *Horizon Europe* e 1.9 miliardi per *RescEU*.

pandemia sugli Stati: di fatto sarebbe un trasferimento a fondo perduto che redistribuisce da nord a sud. Questo è esattamente l'aspetto "solidaristico" o di trasferimento di fondi: non c'è simmetria tra contributi nazionali e fondi ricevuti. Per una Ue che sinora ha usato solo logiche strettamente riassicurative, dove cioè i fondi messi in comune sono presi a prestito dal Paese che ne ha bisogno, con vincolo di restituzione, si tratta di una rivoluzione epocale.

Le risorse del c.d. "*Recovery Fund*" non sono distribuite in maniera incondizionata: al contrario, le condizionalità sono molto rigide. Per avere accesso alla propria quota, i Governi devono presentare un "Piano nazionale per la ripresa e la resilienza" nel quale indicare le riforme e gli investimenti che intendono finanziare. Gli Stati, peraltro, dovranno utilizzare queste risorse su materie contenute nelle Raccomandazioni Specifiche per Paese per il 2019 e per il 2020, integrando anche in tal modo le procedure del *Next Generation EU* nell'ambito del "Semestre Europeo".

Si è anche ritenuto come tali misure costituiscano un punto di svolta nel processo d'integrazione europea, «che contribuisce a completare l'Unione economica e monetaria quasi trent'anni dopo la sua istituzione con il Trattato di Maastricht»[72].

Dal punto di vista Ue-Stati membri, tuttavia, è lampante come si chiuda un cerchio: tramite questo strumento, l'Unione europea "costringe" gli Stati membri che vogliono usufruire dei fondi a mettere in pratica quelle riforme, sul lato qualitativo, che erano invero richieste da anni nell'ambito del Calendario Comune di Bilancio.

6. Il ruolo centrale della Bce nelle due crisi

La ricostruzione degli altri principi eco-giuridici non è articolata quanto quella relativa alla non regressione.

In merito alla resilienza, il termine deriva dal verbo latino *resilire* col significato di rimbalzare, ritornare in fretta e anche restringersi o contrarsi; l'aggettivo *resiliens* indica le caratteristiche di alcuni metalli di assorbire l'energia di un urto contraendosi o ritornando alla forma originaria. La costruzione europea, con le sue mancanze originarie, ha reso l'azione della Bce del tutto essenziale per rendere sostenibili i

[72] F. Fabbrini, Next Generation EU. *Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, 2022, p. 17.

debiti pubblici degli Stati membri nei momenti di crisi economico-finanziaria.

La differenza tra la natura "tecnica" e la natura "politica" di un'istituzione è data dalla capacità di prendere decisioni discrezionali: la natura "tecnica" è data quando la regola è formulata in modo tale da definire chiaramente se un comportamento è conforme o no[73]. Se si accetta tale assunto, si può vedere come la Bce sia stata – per lunghi tratti degli ultimi dieci anni almeno – la più "politica" delle istituzioni europee, divenendo il vero custode della democrazia fiscale ed evitando in tal modo la crisi irreversibile della moneta unica.

L'*enlargements of function* della Bce ha avuto inizio nel momento del "*whatever it takes*" di Mario Draghi[74]: è stata proprio tale «vocazione politica»[75] che ha giocato un ruolo cruciale per la fiducia dei mercati che, una volta compreso come ci sarebbe stato un forte sostegno ai Paesi in difficoltà, hanno dovuto attenuare la speculazione finanziaria che si stava scaricando su alcuni debiti sovrani[76]. In quel momento si è mostrata in tutta la sua forza la sovranità monetaria della Bce, anche oltre la lettera dei trattati, e questo ha causato un istantaneo mutamento di aspettative nei mercati, poiché la Bce si è comportata "come se" fosse prestatore di ultima istanza.

La Bce era nata, tuttavia, avendo come *Grundnorm* la stabilità dei prezzi. All'inizio della crisi ha cercato di alleviare le tensioni sul mercato dei titoli sovrani varando il programma di acquisto di titoli del debito pubblico dei Paesi in difficoltà (*Securities market programme*, Smp), condizionandolo all'accettazione di una lettera contenente raccomandazioni in materia di politiche economiche. Dopo il *"whatever it takes*", il programma Smp è stato superato dal piano *Outright monetary transaction* (Omt) e, infine, dal programma di "*Quantitative Easing*" (Qe)[77].

---

[73] G. De Angelis, *op. cit.*, p. 499.

[74] European Central Bank, Directorate General Communication, *Speech by Mario Draghi, President of the European Central Bank at the Global Investment Conference in London, 26 July 2012*.

[75] E. Raffiotta, *Il volto ambiguo della Banca centrale europea*, in A. Morrone (a cura di), *La costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Torino, 2015, p. 215 ss., spec. p. 229.

[76] Cfr. R. Ibrido, voce *Banca Centrale Europea*, in *Dig. disc. pubbl.,* VII aggiornamento, Torino, 2017, p. 90 ss.

[77] Sulle misure non convenzionali della Bce cfr. F. Capriglione - G. Semeraro, *Crisi finanziaria e debiti sovrani: l'Unione europea tra rischi e opportunità,* Torino,

I programmi Omt e Qe sono entrambi inquadrabili tra gli strumenti di politica monetaria non convenzionale, consistenti nell'acquisto di titoli di Stato sul mercato secondario al fine di far fronte a situazioni di emergenza. Non si può non vedere come, in quella fase, le operazioni non convenzionali abbiano rappresentato un caso "critico", "eccezionale", "decisivo", in senso schmittiano[78]. La Bce, d'altronde, si è trovata dinanzi a «un'alternativa del diavolo: o rischiare di andare oltre la propria missione […] o rischiare di provocare il collasso sociale dei Paesi in difficoltà e, con esso, il deperimento e forse la caduta delle stesse condizioni democratiche interne»[79]. In ultima analisi, «un organo tecnico che prende la decisione più politica che ci sia: adottare procedure antidemocratiche per salvare la democrazia»[80], ergendosi a vero e proprio «custode della costituzione economica»[81].

Peraltro, questo carattere "politico" della Bce si è visto non solo nell'ambito delle operazioni straordinarie di natura non convenzionale, ma anche nella funzione consultiva di fatto svolta nella definizione dei piani di salvataggio degli Stati debitori[82]. Così facendo, peraltro, «l'operato della Banca centrale europea è stato in più occasioni oggetto di contestazioni, specialmente in relazione alle lettere con le quali la Bce ha condizionato l'acquisto dei suddetti titoli all'accettazione di specifiche raccomandazioni in materia di politiche economiche»[83].

Tutta la costruzione dei vincoli di bilancio si era retta sulla considerazione per cui gli Stati europei avrebbero dovuto «osservare la disciplina fiscale non perché abbia effetti espansivi o perché ciò sia

2012, p. 97 ss.; G. Napolitano - M. Perassi, *La Banca centrale europea e gli interventi per la stabilizzazione finanziaria: una nuova frontiera della politica monetaria?*, in G. Amato - R. Gualtieri (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Firenze, 2013, p. 41 ss.

[78] L. Buffoni, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso "decisivo"*, in *Rivista AIC*, 2, 2016.

[79] A. Manzella, *Sui principi democratici dell'Unione europea*, Napoli, 2013, p. 147.

[80] *Ibid.*

[81] C. Buzzacchi (a cura di), *La Banca Centrale Europea. Il custode della costituzione economica*, Milano, 2017.

[82] R. Ibrido, *Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, in *Federalismi.it*, 8 marzo 2017.

[83] R. Ibrido, *L'Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, 2017, p. 135-136.

intrinsecamente virtuoso secondo una prospettiva morale dalle basi teoriche incerte, ma perché è l'unico strumento di contenimento del rischio di insolvenza e *default* in un sistema in cui il singolo Stato non sarebbe assistito dagli interventi di un prestatore di ultima istanza»[84]. Pertanto, l'azione della Banca centrale europea ha causato un vero e proprio cambiamento di fatto nella costruzione teorica dell'Unione economica e monetaria. La forza di tale cambiamento – di natura costituzionale – è dimostrata anche dalle resistenze che si sono incontrate in tal senso, soprattutto provenienti dal *Bundesverfassungsgericht*[85].

Anche durante la crisi pandemica è stata la Bce a giocare un ruolo centrale. Infatti, la risposta fiscale del Ngeu è stata importante e tempestiva, ma si tratta di un percorso lungo, che mira a rimettere in sesto le economie europee e a renderle più resilienti e sostenibili nel medio-lungo periodo.

L'azione immediata della Bce, al contrario, è stata decisiva per la sostenibilità dei debiti pubblici. Per fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia, la Bce ha creato un nuovo programma di acquisto di emergenza pandemica**,** in aggiunta ai 120 miliardi già previsti il 12 marzo 2020. Questo nuovo piano, annunciato il 18 marzo 2020, prende il nome di *Pandemic Emergency Purchase Programme* (Pepp), ha una dotazione iniziale complessiva pari a 750 miliardi di euro o più del 6% del PIL fino alla fine del 2020; dotazione

[84] O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della Banca Centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, p. 390.

[85] La legittimità delle operazioni Omt è stata contestata dal *Bundesverfassungsgericht* che ha sollevato questione pregiudiziale dinanzi la Corte di giustizia. Sul rinvio del Tribunale costituzionale federale tedesco, cfr. A. Di Martino, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVERFG*, in *Federalismi.it*, 1, 2014. Sulla decisione della Corte di Giustizia cfr. A. 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*, 13, 2015; P. Faraguna, *La Corte di Giustizia strizza l'occhio alla Corte di Karlsruhe nel caso Gauweiler (OMT)*, in *Quad. cost.*, 3, 2015, p. 798 s. Per una ricostruzione della giurisprudenza del *BVerfG* sulle misure adottate per far fronte alla crisi, si v. M. Ruffert, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 6, 2011, p. 1777 ss.; G. Beck, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning during the Euro Crisis: The Rule of Law as a Fair-Weather Phenomenon*, in *European Public Law*, 3, 2014, p. 539 ss.; v. P. Faraguna, *Il "sospettoso" cammino europeo del Bundesverfassungsgericht da Solange a Gauweiler,* in *La cittadinanza europea*, 1, 2016, p. 211.

complessiva che, pur essendo già notevole, può essere aumentata e la sua composizione può essere adattata «per quanto necessario e per tutto il tempo necessario». Il programma è stato ulteriormente ampliato il 4 giugno 2020 e, ancora, l'8 dicembre 2020, portando la dotazione del Pepp fino a 1.850 miliardi e prorogando il programma fino a marzo 2022.

Non sono mancati, anche in quest'ambito, attriti con il *Bundesverfassungsgericht*: la sentenza del 5 maggio del 2020, infatti, pur dedicandosi al Qe, deve essere letta in controluce per analizzare le nuove misure messe in campo dalla Bce. La sentenza[86] ha parzialmente accolto alcune questioni aventi ad oggetto gli acquisti disposti dalla Bce nell'ambito del Qe: pur essendosi risolta, alla fine, in un nulla di fatto, lasciando l'impressione che il *BVerfG*, in materia europea "abbai ma non morda", si tratta pur sempre di un segnale evidente di come lo snodo tra le sovranità – soprattutto in materia economica – sia ancora il tasto dolente della costruzione europea[87]. Non solo: è stato anche vistoso «lo scarto tra l'orizzonte mentale dei giudici tedeschi e la realtà che ci si trovava ad affrontare, in termini di salvataggi di vite umane e di tenuta economica e sociale, in Italia e in altri paesi europei»[88].

---

[86] Cfr. A. Ciancio, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's public sector purchase program: an attempt to "break the toy" or a new starting point for the Eurozone?,* in *Federalismi.it*, 27 maggio 2020, e P. Faraguna, *Il* Bundesverfassungsgericht *dichiara* ultra vires *il* Quantitative easing *(con uno sguardo al* Pandemic Emergency Purchase Programme*?)*, in *Forum dei Quad. Cost.*, 12 maggio 2020, p. 307 s.

[87] Sia consentito un rinvio a L. Bartolucci, *La "sovranità economica" all'intersezione tra Unione europea e Stati membri*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo* (*La sovranità nel prisma dell'integrazione europea: passato, presente e futuro,* a cura di R. Bifulco e A. Nato), 2, 2021, p. 315 ss.

[88] A. Di Martino, Bundesverfassungsgericht *e atti europei* ultra vires: *cultura costituzionale e tradizione economica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2020, p. 3. Peraltro, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ha portato ad un aumento dei poteri del *Bundestag*, mentre i Parlamenti degli altri Paesi europei sono stati invece depotenziati, aumentando in tal modo la diseguaglianza di fatto tra creditori e debitori, nonché le asimmetrie sul terreno dei diritti sociali (p. 53). L'A. vede infatti un aggravamento delle asimmetrie tra gli Stati membri a partire dalla crisi dello scorso decennio e si chiede che significato possa avere oggi il principio di parità, valorizzando, soprattutto per i paesi mediterranei, il nesso tra identità costituzionale, democrazia e giustizia sociale.

7. Brevi riflessioni conclusive: il successo del PNRR italiano come cruciale bivio euro-nazionale

Nel periodo post-crisi dei debiti sovrani, l'Ue ha dato flessibilità di bilancio agli Stati e soprattutto all'Italia, tentando in tal modo di allinearla agli altri paesi europei, sul versante delle riforme. Forse, da una parte, è stata anche una reazione delle istituzioni europee che si sono rese conto che una integrazione che limita solamente i suoi membri non sarebbe stata, per l'appunto, sostenibile nel lungo periodo.

Dall'altra parte, eppure, tale flessibilità non è riuscita non solo a far spendere "bene" le risorse, ma neppure a far penetrare nel tessuto sociale italiano e nell'opinione pubblica – e, dunque, tra le forze politiche – quei valori che l'Unione europea tenta di difendere e diffondere.

Ci si è resi conto, allora, di fronte a una pandemia tanto pervasiva che è divenuta un vero e proprio "fatto costituzionale", o perlomeno uno stress test per le democrazie, che ci si trovava di fronte ad un'occasione unica per cambiare paradigma, inventando uno strumento del tutto nuovo, che vincola l'erogazione di risorse a obiettivi concreti, *ex post*, in termini di riforme, investimenti e risultati.

Si può ritenere che da tale innovazione difficilmente si tornerà indietro. L'aggressione russa all'Ucraina, e le fibrillazioni sui mercati energetici che ne sono conseguite, da questo punto di vista, possono essere letta in duplice modo. Da un lato, infatti, la guerra in parte vanifica quella ripresa economica che stava dando aria ai paesi maggiormente colpiti dalla pandemia, come l'Italia (che è anche uno dei paesi più dipendenti dal gas russo); dall'altro lato, tuttavia, potrebbe rappresentare una nuova occasione, per l'Ue, per unirsi. Questo è testimoniato non solo dalla compattezza con la quale l'Ue ha reagito, ma anche dalla prospettiva per cui potrebbero essere varati nuovi piani simili al Ngeu, con un meccanismo in parte replicabile.

Per tirare le somme, si può allora affermare come, oggi, la sostenibilità del debito pubblico sia un principio di ordine costituzionale, che si inserisce nella Costituzione "composita" europea, tutelato nell'ambito dei procedimenti euro-nazionali di bilancio, che vede nell'azione della Banca Centrale europea, attualmente, il maggiore "azionista". Eppure, il Ngeu segna un cambio di passo importante, con un primo embrione di debito

comune europeo e una capacità redistributiva, che promette di essere un punto di svolta importante. A patto che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano abbia successo.

Infatti, il Pnrr, pur essendo strumento "straordinario", si può considerare rientrante tra i procedimenti euro-nazionali[89] e, in particolare, tra quelli che attengono alla materia economico-finanziaria. Si possono intravedere delle chiare conseguenze euro-nazionali derivanti dal successo (o dall'insuccesso) del Pnrr italiano. Infatti, l'attuazione del Pnrr italiano e, soprattutto, la parte sulle riforme, è del tutto centrale per il futuro italiano ed europeo: sia perché interviene su quei "colli di bottiglia" che in Italia si

[89] Si tratta di quei procedimenti che sono disciplinati da norme sia europee sia nazionali e ai quali partecipano istituzioni dell'Unione europea e dello Stato membro. Sul punto, cfr. Sulle procedure euro-nazionali cfr. A. Manzella - N. Lupo (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, 2014; N. Lupo - G. Piccirilli, *The Italian Parliament and the New Role of National Parliaments in the European Union*, in Id. (a cura di), *The Italian Parliament in the European Union*, Oxford, 2017, p. 1 ss. Sui procedimenti euro-nazionali di bilancio, in particolare, sia consentito anche un rinvio a L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, cit., sia nella loro declinazione "sulla carta" (p. 227 s.), sia "in azione" (p. 286 s.). Sulle preoccupazioni che il Pnrr pone al costituzionalismo, cfr. F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del* Recovery and Resilience Facility, *tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, p. 1 ss. Cfr. anche A. Sciortino, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?,* in *Federalismi.it*, 18, 2021, p. 235 s., spec. 260 s.; F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *lamagistratura.it*, 13 novembre 2021; M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *ASTRID-Rassegna*, 12, 2021; E. Catelani, *Profili costituzionali del PNRR, in associazionedeicostituzionalisti.it*, 5, 2022; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 12 gennaio 2022. Sulle condizionalità del Pnrr, cfr. F. Salmoni, Recovery fund, *condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano, 2021, spec. p. 25 ss. Peraltro, per F. Salmoni, *Piano Marshall*, Recovery Fund *e il* containment *americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, p. 51, spec. p. 77 s., il Pnrr rappresenta un «commissariamento» e una «vera e propria intromissione nella struttura politica, istituzionale e sociale dei Paesi che hanno richiesto l'assistenza finanziaria del *Recovery*, che potrebbe portare a una sorta di omologazione strutturale degli Stati membri potendo arrivare persino a cambiarne significativamente forma di Stato e di governo». Al contrario, si può ritenere come il Pnrr sia un autovincolo, posto che il Parlamento ben avrebbe potuto non approvare il Piano presentato dall'Esecutivo, rinunciando alle erogazioni previste dal *Next Generation EU* (e, volendo, procedendo ugualmente alle riforme coerenti con il sistema economico nel quale l'Italia è inserita, e che venivano richiesta da anni dall'Ue).

combattono da decenni; sia perché dal successo del Pnrr italiano si gioca probabilmente la possibilità di rendere permanente questo meccanismo oppure di crearne altri simili (ad esempio, per altre emergenze)[90].

Non solo. Il Pnrr, puntando l'accento sulle riforme e sul "debito buono", si muove anche verso una sempre maggiore tutela delle generazioni presenti e future. L'attenzione verso queste ultime, in particolare, è sempre più evidente «a vari livelli e in plurimi settori dell'ordinamento giuridico, non solo nazionale»[91]. Si pensi alla recente ma già "storica" ordinanza del *BVerfG* del 24 marzo 2021 su clima e generazioni future[92].

---

[90] Al contrario, sprecare questa opportunità rischia di minare il futuro processo di integrazione europea, andando ad influire pesantemente sulla fiducia che, ad esempio, i Paesi frugali nutrono nei confronti dei Paesi debitori e, in particolar modo, dell'Italia. Gli aiuti europei sono finalizzati a ridurre i gap di competitività tra Paesi, ma, se il Ngeu verrà centrato solo dal lato della spesa e della domanda, il gap tra Nord e Sud Europa rischia di allargarsi ulteriormente. Dunque, un eventuale spreco o fallimento nel *Next Generation EU* da parte dell'Italia potrebbe pertanto innescare una doppia crisi d'integrazione: economica e politica, proprio nel momento in cui l'Europa aveva fatto un ulteriore passo per aumentare quelle integrazioni. In definitiva, il successo di *Next Generation EU* ha **«**un valore esistenziale per le prospettive future europee; e tale successo dipende, in larga misura, proprio dalla capacità del nostro paese di utilizzare le risorse finanziarie (trasferimenti e prestiti) in modo efficiente, mediante la definizione e la realizzazione del cosiddetto Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza**»**. Per l'Italia, in particolare, si tratta **«**non solo di un'occasione per recuperare stabilità e benessere economici, ma anche per riguadagnare un ruolo costruttivo nella comunità internazionale**»** (così C. Bastasin - L. Bini Smaghi - M. Bordignon - S. De Nardis - C. De Vincenti - V. Meliciani - M. Messori - S. Micossi - P.C. Padoan - G. Toniolo, *Una visione del paese per una grande opportunità: le necessarie scelte del governo italiano in vista di Next Generation-EU*, in *Luiss School of European Political Economy - Policy Brief*, 42/2020, p. 3).

[91] F. Fracchia, *op. cit.*, p. 25. Sul punto, da ultimo, cfr. I. Ciolli, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Bilancio Comunità Persona*, 1, 2021, p. 51 ss.; C. Bergonzini, *Equità intergenerazionale e giurisprudenza costituzionale: le ricadute di sistema delle decisioni in materia contabile. Riflessioni a ritroso a partire dalla sentenza n. 235 del 2021*, in *Bilancio Comunità Persona*, 1, 2022, p. 64 ss.; M.A. Gliatta, *Ambiente e Costituzione: diritti distributivi e riconfigurazione della responsabilità intergenerazionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2021, p. 102 ss.; A. Morelli, *Ritorno al futuro. La prospettiva intergenerazionale come declinazione necessaria della responsabilità politica*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2021, p. 77 ss.

[92] Sul punto, cfr. M. Pignataro, *Il dovere di protezione del clima e i diritti delle generazioni future in una storica decisione tedesca*, in *EuBlog.eu*, 17 maggio 2021; R. Montaldo, *La neutralità climatica e la libertà di futuro (BVerfG, 24 marzo 2021)*, in

Eppure, i principali problemi anche riguardo alla sostenibilità del debito sono i bassi tassi di crescita registrati in Italia negli ultimi venti anni, insieme alla bassa produttività. Con questi tassi di crescita, ridurre il debito diventa estremamente complicato e questo preoccupa chi compra titoli di stato, che quindi chiede interessi più elevati. In questo senso, riforme e investimenti (soprattutto le prime) sono i due elementi che sono mancati negli ultimi due decenni. Per questo, il Pnrr è una grande occasione per tornare a crescere a tassi elevati.

Le riforme previste nel Pnrr e la crescita che da esse ci si aspetta, sono essenziali per rendere sostenibile il debito pubblico italiano, soprattutto in un momento nel quale la Banca Centrale Europea non alimenta più l'acquisto di titoli del debito italiano sul mercato secondario, lo spread è tornato in scena, con la fine dell'"armistizio finanziario" che si è vissuto finora e si prospetta una nuova fase di recessione.

***

ABSTRACT: The paper traces the path, of a Euro-national nature, of the public debt sustainability principle. To do this, it starts from the concept of sustainability to reach the meaning of sustainability of the public debt, investigating at the same time the relationship between the future and the Constitutions and between the latter and public debt. The principle of sustainability of the public debt is then analyzed in stages: from the Maastricht Treaty to its inclusion, in 2012, in the Italian Constitution; the flexibility and the "bad" use of debt that was made between the two crises; what happened during the pandemic, with the creation of the Next Generation EU, which marks a paradigm shift in the use of public debt in the European Union.

Diritticomparati.it, 1° luglio 2021; M.T. Roerig, *Tribunale costituzionale federale, ordinanza del 24 marzo 2021 (1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20), in merito alla tutela del clima e alla riduzione di emissioni di gas serra anche a garanzia delle libertà delle generazioni future*, in *Servizio studi della Corte costituzionale*, 30 aprile 2021; M. Carducci, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del* BVerfG *del 24 marzo 2021*, in *LaCostituzione.info*, 3 maggio 2021; R. Bin, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 30 aprile 2021; R. Bifulco, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in *LuissOpen*, 28 maggio 2021.

KEYWORDS: sustainability – public debt – European Union – Next Generation EU – Constitution

***

Luca Bartolucci – Lecturer in Diritto pubblico, Luiss School of Government; dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Università La Sapienza di Roma (lbartolucci@luiss.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su "*Corporate Sustainability Due Diligence*". Nasce la *stakeholder company*?*

Sabrina Bruno

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I precedenti della disciplina in materia di *due diligence* delle società per azioni nelle legislazioni degli Stati membri. – 3. La Proposta di Direttiva 2022/0051 ed i suoi effetti extraterritoriali. - 4. Obblighi e responsabilità delle società e degli amministratori ai sensi della Proposta di Direttiva 2022/0051. – 5. Le critiche alla Proposta di Direttiva 2022/0051. 6. La *due diligence* in materia di diritti umani. – 7. La *due diligence* in materia di cambiamento climatico. 8. Conclusioni: nasce la *stakeholder company*?

1. Introduzione

Sin dalla modifica nel 2010 del Trattato sull'Unione Europea, attraverso il Trattato di Lisbona, l'Unione Europea si prefigge di adoperarsi «per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente» (art. 2). Una delle tecniche per il raggiungimento di questi obiettivi riguarda la disciplina della società per azioni, protagonista giuridica, storicamente, del capitalismo. La prima Direttiva che si è occupata del tema è stata la Direttiva 2014/95/EU in materia di dichiarazione non finanziaria. Nei suoi *Considerandа* e nella documentazione di supporto si riscontra un riferimento esplicito alla responsabilità sociale di impresa, alla sostenibilità e al lungo periodo nel presupposto teorico che non esista antinomia tra interesse dell'attività imprenditoriale e della comunità sociale nel suo complesso, secondo la nozione di *shared value* elaborata dagli economisti: attraverso una gestione sostenibile, che prenda in considerazione anche i fattori sociali, ambientali e di governance, si

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

producono più profitti (a favore degli azionisti) e più benefici (a favore degli altri *stakeholders)*[1].

In particolare, lo strumento utilizzato dalla Direttiva 2014/95/EU è la trasparenza: le società di maggiori dimensioni (con più di 500 dipendenti e, in ogni caso, le banche, le assicurazioni e le riassicurazioni) hanno l'obbligo di dichiarare annualmente *se* perseguono politiche a favore della sostenibilità, e cioè se considerano nella gestione i c.d. fattori ESG, l'ambiente, il sociale, la *governance* (e la diversità); se non perseguono tali politiche, le società devono spiegarne le ragioni. Quindi, non è previsto un obbligo di gestione delle società di maggiori dimensioni in chiave sostenibile, ma solo un obbligo di trasparenza. Parallelamente, è stata adottata la Direttiva 2017/828/EU che riguarda gli investitori istituzionali ed i gestori di attivi i quali sono i principali azionisti nel capitale delle società quotate[2]. Anche in questo caso, lo strumento giuridico utilizzato è stata la trasparenza: essi devono dichiarare annualmente la politica seguita precisando se e come, nelle scelte gestorie di investimento, disinvestimento, o amministrazione delle azioni per le quali esercitano il diritto di voto, considerano i fattori c.d. ESG. Cioè, secondo la scelta legislativa europea adottata fino a questo momento, come è chiaro dai *Considerandа* delle due Direttive citate e dai documenti di supporto, l'organo amministrativo dell'emittente da un lato (responsabile della

[1] Per un approfondimento, cfr. S. Bruno, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, in *Rivista delle Società*, 2018, p. 974, 976 ss.; Ead., *Obblighi degli amministratori e* corporate governance *sostenibile: quale disciplina*?, in corso di pubblicazione in *Studi in onore del prof. Sabino Fortunato*. Quanto alle teorie economiche sullo *shared value*, cfr. A. Edmans, *Grow the Pie. How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit,* Cambridge, 2020, p. 28, 36, 88; R. Henderson, *Reimagining Capitalism in a World on Fire*, New York, 2020, p. 36 ss. Per una ricostruzione storica della teoria della responsabilità sociale d'impresa, cfr. M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Rivista delle Società*, 2009, p. 22 ss., in particolare 17 ss.; l'A. afferma che, sul piano della storia delle idee e della teorizzazione delle finalità dell'impresa, essa si sia affermata con prepotenza dagli anni Ottanta in poi; nello stesso periodo è maturata l'idea dello sviluppo sostenibile. Cfr. inoltre, F. Denozza, *Le aporie della concezione volontaristica della CSR*, in *La responsabilità sociale dell'impresa. Scritti in ricordo di G. Auletta*, a cura di V. Di Cataldo - P.M. Sanfilippo, Torino, 2013, p. 49 s.; M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, ivi, p. 9 s.

[2] Per un approfondimento, cfr. S. Bruno, *Impegno degli azionisti in materia di sostenibilità secondo la Direttiva N. 2017/828/UE: il cambiamento climatico,* in A. Nuzzo - A. Palazzolo (a cura di), *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Studi in onore di Gustavo Visentini*, Roma, 2020, vol. II, p. 95, 96 ss.

redazione della dichiarazione non finanziaria) e gli investitori istituzionali ed i gestori di attivi, quali azionisti, dall'altro, sono responsabilizzati ma *non* obbligati a perseguire la sostenibilità: non obblighi specifici, né di gestione per gli amministratori, né di amministrazione per gli investitori istituzionali (anche perché non coerenti con la disciplina degli obblighi verso i beneficiari improntata alla discrezionalità di investitori e gestori) ma pubblicazione della dichiarazione non finanziaria e del documento sulle politiche di *stewardship* per promuovere la considerazione dei fattori c.d. ESG ed il lungo periodo. Sostenibilità e lungo termine sono concetti collegati in quanto gli investimenti in obiettivi ambientali e sociali richiedono, di per sé, una prospettiva di lungo periodo[3]. La disciplina in materia di dichiarazione non finanziaria sarà oggetto di modifica a seguito dell'approvazione della Proposta n. 2021/0104 (COD), *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) la quale: prevede una maggiore standardizzazione delle informazioni; muta il nome della dichiarazione non finanziaria in documento di sostenibilità (il quale sarà contenuto nella relazione sulla gestione e non più, come opzione, in un documento separato); estende i destinatari della disciplina a tutte le società quotate (eccetto le micro-imprese); prevede la selezione delle informazioni in un'ottica di doppia materialità (cioè con riferimento anche agli impatti dell'impresa sull'esterno, secondo la concezione ripresa dalla Proposta di Direttiva oggetto di questo articolo e su cui si tornerà); e richiede un controllo contabile indipendente sulle informazioni, nella forma della *limited assurance*. Ma il fondamento continua ad essere la trasparenza anziché la previsione di obblighi di gestione a favore degli *stakeholders* diversi dagli azionisti.

Su questo piano legislativo potrebbe sovrapporsi una nuova disciplina che modifica l'impostazione fin qui adottata dal legislatore europeo: trattasi della Proposta di Direttiva relativa alla *due diligence* in materia di sostenibilità, pubblicata il 23 febbraio 2022 (n. 2022/0051 COD), che prevede un obbligo specifico di diligenza per le società di grandi dimensioni ai fini della sostenibilità, con particolare riguardo, tra i fattori c.d. ESG, agli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente. La scelta di limitarsi ai diritti umani e all'ambiente è, a mio avviso, opportuna dato che la *governance* è molto ben disciplinata dalle

[3] Come spiegato dalla European Commission, *Communication from the Commission. Action Plan: Financing Sustainable Growth*, 8 marzo 2018, COM (2018) 97 final.

normative interne e dai codici di *corporate governance* che stanno dimostrando di essere efficaci[4].

Questo articolo analizzerà il contenuto della Proposta menzionata, valutandone le possibili implicazioni, per poi considerare se esista l'esigenza di una disciplina che riguardi esplicitamente i contenuti della gestione – modificando l'impostazione di *policy* europea finora adottata – o se invece l'attuale impostazione normativa sarebbe in grado, comunque, di raggiungere gli obiettivi di una gestione sostenibile da parte delle società per azioni.

2. I precedenti della disciplina in materia di due diligence delle società per azioni nelle legislazioni degli Stati membri

La Francia è stato il primo paese europeo ad avere adottato una legge in materia di dovere di vigilanza delle società per azioni, la *Loi de vigilance*: con l'*Ordonnance* n. 2017-1162 del 12 luglio 2017, art. 11, è stato modificato l'Articolo L225-102-4 per prevedere che le società di grandi dimensioni (con almeno 5.000 dipendenti, considerando anche le filiali dirette e indirette situate in Francia, o con almeno 10.000 dipendenti, considerando pure le filiali dirette e indirette situate anche fuori dalla Francia) pongano in essere in maniera effettiva un "piano di vigilanza" per identificare i rischi e prevenire gli impatti gravi verso i diritti umani e le libertà fondamentali, la salute e la sicurezza delle persone e dell'ambiente con riferimento, non solo all'attività della società medesima e delle sue controllate, ma anche di tutti i fornitori e subfornitori con cui la società ha rapporti commerciali stabili. Inoltre, l'Articolo L225-102-5 prevede che, il mancato adempimento dell'obbligo suddetto, comporta la responsabilità della società per il risarcimento dei danni che l'esecuzione dell'obbligo avrebbe impedito; la legittimazione ad agire spetta a ogni persona avente un interesse a

[4] Sull'efficacia della *soft law*, cfr. G. Ferrarini - M. Siri - S. Zhu, *The EU Sustainable Governance Consultation and the Missing Link to Soft Law*, p. 9 ss., in *ECGI Law Working Paper n. 576/2021*. Invece, il testo originario della Proposta di Direttiva relativa alla *due diligence* presentata dal Parlamento europeo il 10 marzo 2021(Risoluzione 2020/2129(INL), conteneva un riferimento anche agli impatti negativi sulla "buona *governance*".

questo fine[5]. L'Olanda parimenti ha adottato il 24 ottobre 2019 la *Wet Zorgplicht Kinderarbeid*; la Germania la *Lieferkettengesetz* l'11 giugno 2021(che entrerà in vigore nel 2023); la Norvegia il *Transparency Act* del 10 giugno 2021. Tutte presentano contenuti simili alla *Loi de vigilance*.

Possiamo già dire che, rispetto a queste discipline nazionali, la Proposta di Direttiva relativa alla due diligence in materia di sostenibilità è molto più precisa, elaborata e stringente. Inoltre le discipline nazionali hanno fondamentalmente lo scopo di mitigare i rischi relativamente agli impatti sociali e ambientali e si collocano, da questo punto di vista, nell'ottica del legislatore europeo dei precedenti interventi legislativi menzionati secondo i quali la selezione delle informazioni da pubblicare si basa sui rischi (ma anche sulle opportunità) di cui le società devono tenere conto[6]. Non è questo invece, come vedremo, l'unico scopo della Proposta di Direttiva in oggetto. Infine, la proposta disciplina europea si differenzia rispetto alle discipline nazionali menzionate perché avrebbe effetti, come vedremo, più marcatamente extraterritoriali (cioè su imprese che sono state costituite fuori dall'Unione Europea) e perché contiene disposizioni precise sul cambiamento climatico, fa riferimento a vari trattati e principi internazionali in materia di tutela dei diritti umani, e prevede un obbligo specifico per gli amministratori[7].

3. La Proposta di Direttiva 2022/0051 ed i suoi effetti extraterritoriali

Anche al fine di evitare la frammentazione interna in Europa (a causa degli interventi nazionali sopra menzionati), e quindi eventuali vantaggi o svantaggi competitivi tra Stati membri ad ostacolo, di fatto, della libertà di stabilimento, la Commissione Europea ha presentato la Proposta di Direttiva 2022/0051 che riguarda gli impatti negativi delle

[5] Per un approfondimento sulla disciplina francese, cfr. A. Pietrancosta, *Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Law Reforms and EU Perspectives*, in *ECGI Working Paper Series in Law*, April 2022.

[6] Cfr. S. Bruno, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, cit., p. 984 ss.

[7] Cfr. A. Pietrancosta, *op. cit.*, p. 16, p. 23 ss. per un approfondimento di tutte le differenze tra la disciplina francese e la Proposta europea; Rodl & Partner, *Catene di approvigionamento: in Germania obblighi di diligenza delle imprese*, 2 luglio 2021, in *roedl.it*.

società di grandi dimensioni sui diritti umani e sull'ambiente[8]. La Proposta prevede un obbligo globale di diligenza delle imprese di maggiori dimensioni affinché queste società, come spiegato nella premessa della Proposta, contribuiscano allo sviluppo sostenibile e alla transizione economica e sociale verso la sostenibilità attraverso: l'individuazione, la prevenzione, l'attenuazione, l'arresto e la minimizzazione degli impatti negativi (potenziali o effettivi) sui diritti umani e sull'ambiente, connessi, non solo alle attività delle società stesse, ma anche delle controllate (dovunque si trovino) e dell'intera catena di valore, anche se queste imprese fossero costituite fuori dall'Unione Europea. Per catena di valore si intende: l'insieme delle attività inerenti la produzione di beni o la prestazione di servizi (compresi lo sviluppo del prodotto o del servizio, l'uso e lo smaltimento del prodotto, a monte e a valle; per le imprese finanziarie regolamentate, invece, la catena del valore comprende solo le attività dei clienti che ricevono prestiti o altri servizi finanziari purché non si tratti di PMI). È una Direttiva molto ambiziosa che si propone di esportare valori sociali e ambientali di modelli di business in tutto il mondo.

Destinatarie sarebbero, dal momento dell'entrata in vigore della Direttiva, le società costituite nell'Unione Europea con, in media, più di 500 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale di oltre 150 milioni di EUR nell'esercizio precedente. Per le società che non soddisfano tali criteri ma che hanno avuto, in media, più di 250 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale superiore a 40 milioni di EU nell'esercizio precedente e che operano in uno o più settori ad alto impatto, l'obbligo si applicherebbe due anni dopo la fine del periodo di recepimento della direttiva. I settori ad alto impatto sono considerati: abbigliamento e calzature, agricoltura, e settore minerario. In ogni caso anche le PMI, se appaltatori o subappaltatori delle società di rilevante dimensione, vengono influenzate da questa disciplina (anche se la Direttiva vuole minimizzarne i costi). Questa Proposta inoltre, se approvata in questi termini, come si diceva, avrebbe effetti extra europei. Destinatarie dirette sarebbero infatti anche le società che sono costituite in un paese terzo se soddisfano una delle condizioni seguenti: 1) avere generato un fatturato netto di oltre 150 milioni di EUR nell'Unione nell'esercizio precedente; 2) avere generato un

[8] Cfr. Contesto della Proposta, Bruxelles, 23.2.2022 COM (2022), 71 final 2022/0051(COD). p. 1 ss.

fatturato netto di oltre 40 milioni di EUR ma non superiore a 150 milioni di EUR nell'Unione nell'esercizio precedente, purché almeno il 50 % del fatturato netto della società a livello mondiale sia stato generato in uno o più dei settori ad impatto elevato sopra menzionati[9]. Quindi gli obblighi di diligenza riguardano non solo la singola società e le controllate del gruppo dovunque si trovino, in Europa o fuori, ma l'intera catena di fornitura, pur se i soggetti sono stati costituiti fuori dall'Europa. Inoltre, gli obblighi diretti riguardano pure le società extraeuropee che producono il fatturato di cui sopra. Pertanto se una società in Europa è controllata da una società extra-UE, anche la holding extra-UE sarebbe soggetta alla Direttiva perché eventuali violazioni dei diritti umani o ambientali della holding si riverberano sulle controllate UE e quindi la Direttiva europea influenzerebbe scelte della holding non europea; parallelamente se la controllata in UE viola le norme, scattano sanzioni e responsabilità che si trasferiscono su holding extra UE[10]. È questa la portata dirompente della Direttiva.

4. Obblighi e responsabilità delle società e degli amministratori ai sensi della Proposta di Direttiva 2022/0051

In sintesi, le società destinatarie della Proposta devono: 1) integrare il dovere di diligenza nelle politiche e nei sistemi di gestione; 2) individuare e valutare gli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente (cagionati non solo dalla stessa società ma anche dalle società controllate e da quelle posizionate lungo l'intera catena di valore, come sopra spiegato); 3) prevenire, bloccare o minimizzare questi impatti negativi, siano essi effettivi e potenziali (e cioè predisponendo un piano operativo con scadenze che riguardino anche i partners commerciali stabili -oltre che le società del gruppo-, investendo in ciò risorse anche con riferimento alle PMI quali partners

[9] Art. 2, ivi.

[10] Cfr. per un approfondimento sul punto, con particolare riguardo al diritto americano, cfr. L. Enriques – M. Gatti, *Why Corporate America Should Pay Attention to the Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence*, in *The Columbia Law School's Blog on Corporations and the Capital Markets*, 25 April 2022, at *clsbluesky.law.columbia.edu*. Inoltre, in senso critico riguardo gli effetti extraterritoriali della Proposta, pur se commentata nel suo testo originario parzialmente modificato sul punto, cfr. F.M. Mucciarelli, *Ricomporre il nesso spezzato: giurisdizione e legge applicabile alle imprese multinazionali*, in *Rivista delle Società*, 2021, p. 349, *passim*.

commerciali stabili); in particolare, l'impatto negativo, dovrebbe essere bloccato attraverso azioni correttive, di risarcimento, e garanzie contrattuali da inserire negli accordi con i partners; 4) monitorare e valutare l'efficacia delle misure (periodicamente, almeno ogni anno); 5) comunicare al mercato le misure; 6) riparare eventuali impatti negativi. È evidente che la predisposizione di questi piani richiede l'impiego di risorse adeguate.

In definitiva, questi elementi (diritti umani e ambiente) devono essere presi in considerazione non solo come fattore di rischio (è chiaro che, anche senza la nuova disciplina, se vengono violati diritti umani o viene danneggiato l'ambiente, l'impresa ne risponde secondo i principi generali della responsabilità extracontrattuale, esistendo diverse disposizioni di legge a tutela dei diritti umani e dell'ambiente; cioè l'impresa deve calcolare, a prescindere dalla nuova disciplina e già ora, il rischio che deriva da queste sanzioni): la prospettiva della Proposta di Direttiva è ulteriore in quanto questi elementi, diritti umani e ambiente, devono essere integrati nell'organizzazione e nella gestione delle imprese rilevanti al fine già di impedire anche la mera possibilità che esternalità negative (per violazione dei diritti umani o dell'ambiente) si verifichino. Pertanto, alle società rilevanti è chiesto di mutare l'ottica della pianificazione strategica e della gestione. La Proposta disegna quindi un nuovo modello di società per azioni che si rapporti non solo ai suoi azionisti ma anche ai fattori sociali e ambientali di cui deve tenere conto, ripensando la strategia industriale e l'organizzazione interna, in modo che si blocchi sul nascere qualunque possibilità di incidere negativamente su questi fattori. A mio avviso, il presupposto teorico di questa nuova impostazione è quello secondo cui esistono cinque componenti del capitale nell'attività di impresa: capitale umano (lavoratori, fornitori, clienti), capitale intellettuale (conoscenza, competenza), capitale materiale (immobili, macchinari), capitale naturale (ambiente, terra, natura), capitale sociale (beni pubblici, fiducia, infrastrutture sociali), capitale finanziario (azioni e obbligazioni). Finora l'attenzione del legislatore – anche ai fini della contabilità – si è concentrata esclusivamente sul capitale finanziario. Ma ci si è resi conto che le imprese molto spesso prosperano e producono profitti sfruttando voracemente il capitale naturale (invece che proteggerlo), sottopagando i lavoratori o non garantendoli a sufficienza, distruggendo la comunità e le infrastrutture locali. Queste esternalità negative sono costi che non vengono contabilizzati dalle

imprese (a meno che non scattino, eventualmente, sanzioni) le quali quindi realizzano, ciononostante, profitti e splendono. Esternalità, da un punto di vista contabile, significa ciò che il mercato non prezza e che perciò non è incorporato nei conti di un'impresa. Al momento i ricavi sono infatti calcolati sottraendo i soli costi di mantenimento del capitale materiale senza tenere conto dei costi di conservazione degli altri tre capitali; quindi un'impresa può essere altamente redditizia ma al contempo interamente non sostenibile perché mentre accantona riserve per il capitale fisico, non le accantona per i costi relativi al deterioramento del capitale naturale, umano e sociale[11].

Nello specifico è l'art. 5 della Proposta che prevede l'adozione di una politica di *due diligence* con riferimento ai diritti umani e all'ambiente, anche con riferimento al lungo periodo, ed inoltre l'adozione di un codice di condotta cui, sia i dipendenti del gruppo che i partners (cioè appaltatori o subappaltatori) legati da un rapporto continuativo, siano tenuti. È inoltre prevista la descrizione delle procedure adottate per controllare il rispetto del codice di condotta. Questa politica deve essere aggiornata ogni anno. In Italia, il decreto legislativo n. 231/01 del 8 giugno 2001 che regola la responsabilità penale delle imprese, prevede che le aziende possano, nell'ambito di un codice etico e di condotta, richiedere ai loro fornitori di rispettare determinati diritti umani; tuttavia il decreto menziona solo alcuni di essi, come la protezione contro la schiavitù, il traffico di esseri umani e il lavoro forzato (e difatti le grandi società hanno già adottato tali codici etici). La Proposta di Direttiva avrebbe invece un impatto decisamente più incisivo essendo in essa richiamati tutti i diritti umani inclusi in Accordi e Trattati internazionali elencati nell'Allegato[12].

Quanto alla disciplina della responsabilità civile della società, essa è contenuta nell'art. 22 per il caso in cui, il mancato rispetto degli obblighi di diligenza – finora descritti - cagioni un impatto negativo

[11] Sui cinque capitali nel senso ricostruito, cfr. C. Mayer, *Prosperity. Better Business Makes the Greater Good*, Oxford, 2018, p. 41, 132 ss. La proposta dell'autore è addirittura quella di rimodulare il metodo contabile di calcolo del profitto che tenga conto anche dei costi menzionati nel testo sostenendo che «*At present, distributions are excessive in relation to companies' true profits because their profits are overstated. By correctly measuring depreciation and capital maintenance in relation to all relevant forms of capital then firm's profits are appropriately restated and permissible distributable profits correspondingly reduced*».

[12] V. Annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence, Brussels 23.2.2022 (COM) 2022 71 Final, Part I.

che avrebbe dovuto essere individuato, prevenuto, attutito, arrestato o minimizzato e che ha causato danni. Non c'è però responsabilità della società principale se i danni derivano da un impatto negativo prodotto dalle attività di un partner indiretto (con il quale esista un rapporto d'affari consolidato), a meno che, nello specifico caso, fosse irragionevole attendersi che il concreto intervento, anche per quanto riguarda la verifica della conformità, avrebbe evitato l'impatto negativo. A questa responsabilità della società si aggiunge, ai sensi dell'art. 26, la responsabilità degli amministratori per la mancata predisposizione di piani di *due diligence* per identificare, monitorare, mitigare gli impatti negativi cagionati (o potenziali) dalla società all'ambiente o relativamente ai diritti umani (anche per la catena di fornitura).

Gli amministratori sarebbero dunque responsabili della predisposizione delle azioni di diligenza di cui alla presente direttiva, dell'adozione della politica di diligenza della società e della relativa vigilanza, tenendo debitamente conto dei contributi dei portatori di interessi delle organizzazioni della società civile e integrando il dovere di diligenza nei sistemi di gestione aziendale. Pertanto, gli amministratori dovrebbero adattare la strategia aziendale in conseguenza degli impatti effettivi e potenziali individuati e delle eventuali misure di diligenza adottate. Cioè, in buona sostanza, l'obbligo delle società rimbalza sugli amministratori nell'ambito del loro obbligo di gestione.

A prescindere dall'obbligo di predisposizione del piano di *due diligence* spiegato, la Proposta prevede inoltre un obbligo specifico, che gli Stati membri devono disciplinare, con riferimento alla lotta al cambiamento climatico: secondo l'art. 15, le società devono adottare un piano atto a garantire che il proprio modello di business e la strategia aziendale siano compatibili con la transizione ad un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale ad 1,5° C secondo quanto previsto dall'Accordo di Parigi; questo piano deve indicare in che misura il cambiamento climatico rappresenti un rischio per l'attività della singola società oppure il possibile impatto; nel caso di rischio da cambiamento climatico il piano deve individuare gli obiettivi di riduzione delle emissioni; peraltro, il raggiungimento di questi obiettivi dovrebbe far parte della componente variabile della remunerazione degli amministratori.

Inoltre, sempre indipendentemente dall'obbligo di *due diligence*, l'art. 25 prevede un obbligo specifico di diligenza (tradotto nella

Proposta, con espressione non proprio felice, obbligo di "sollecitudine") degli amministratori. Gli Stati membri, cioè, devono provvedere a che gli amministratori di società di maggiori dimensioni tengano conto, nell'adempimento del loro «dovere di agire nell'interesse superiore della società, delle conseguenze in termini di sostenibilità, a breve, medio e lungo termine, delle decisioni che assumono, comprese, se del caso, delle conseguenze per i diritti umani, il cambiamento climatico e l'ambiente». È probabilmente questa la disposizione più dirompente della Proposta perché andrebbe ad incidere sulle discipline di diritto societario dei singoli Stati, prevedendo il contenuto dell'obbligo di gestione degli amministratori (pur se delle sole società a rilevante dimensione). La Proposta rinvia agli Stati membri per la disciplina della violazione di questo obbligo. Decisamente questo testo è preferibile rispetto a quanto prospettato nello Studio redatto, su incarico della Commissione Europea, dalla società di consulenza Ernst & Young e pubblicato nel luglio 2020[13]. In esso si proponeva, come soluzione massimalista che la legislazione europea avrebbe potuto adottare, la previsione di un obbligo degli amministratori verso tutti gli stakeholders cui si prospettava di attribuire la legittimazione ad agire contro gli amministratori nel caso di violazione degli obblighi di gestione a loro beneficio[14]. Nell'art. 25, invece, si prevede un obbligo di agire nell'interesse superiore della società ma evitando di sradicare il primato degli azionisti a favore dell'organo amministrativo, come invece sembrava indicare lo Studio citato che ho avuto già modo di commentare in altra sede[15]. Inoltre, il testo ora proposto non fa più riferimento esclusivo al lungo termine ma anche al breve e medio periodo dato che, come messo in luce da alcuni autori, la considerazione del breve o medio termine potrebbe rendersi necessaria o opportuna per i consigli di amministrazione, in determinate circostanze, e prevalente rispetto al lungo termine anche in applicazione della *business judgment rule*[16].

[13] European Commission, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance. Final Report*, July 2020.

[14] Ivi, p. 59-60.

[15] Cfr. S. Bruno, *Obblighi degli amministratori e* corporate governance *sostenibile*, cit.

[16] Come messo in luce da M. Stella Richter Jr., *Long termism*, in *Rivista delle Società*, 2021, p. 34 ss. Cfr., inoltre, F. Denozza, *Incertezza, azione collettiva, esternalità, problemi distributivi: come si forma lo* short-termism *e come se ne può uscire con l'aiuto degli* stakeholders, in *Rivista delle Società*, 2021, p. 297, *passim*.

La Proposta rinvia agli Stati membri, negli stessi artt. 20, 22, 25, 26, la disciplina della responsabilità civile per i danni derivanti dal mancato rispetto degli obblighi di diligenza, sia per le società che per gli amministratori, nel caso di violazione e anche per quanto riguarda le sanzioni amministrative, ove si tratti di mancata predisposizione del piano di *due diligence*. Pertanto, la legittimazione ad agire e la natura della responsabilità civile della società e degli amministratori, nel caso di impatto negativo derivante dalla mancata predisposizione del piano di *due diligence* o dal mancato controllo della sua efficacia, è lasciato al diritto nazionale; né la direttiva si sostituisce ad eventuale disciplina interna della responsabilità civile eventualmente più rigorosa. La qualificazione giuridica della natura della responsabilità dipenderà pertanto dalle scelte dei singoli Stati membri. Se in Italia la Proposta fosse approvata attribuendo la legittimazione ad agire a soggetti determinati (anche associazioni) potrebbe la responsabilità configurarsi come di natura contrattuale, in quanto viene definita la prestazione (obblighi di *due diligence*) ed indicate le due parti del rapporto: società/amministratori da un lato, e rappresentanti dell'ambiente o dei diritti umani, dall'altro. Se invece questi termini non venissero individuati dalla disciplina interna, si tratterebbe di responsabilità extracontrattuale azionabile da chi risultasse danneggiato dalla violazione dei diritti umani o dell'ambiente, sia contro la società, ex art. 2043 c.c., che contro gli amministratori, ex art. 2395 c.c. - quest'ultima disposizione attribuisce a singoli soci o terzi la legittimazione ad agire per danni diretti contro gli amministratori. In questo caso, la differenza rispetto alla disciplina vigente (che comunque consente di proporre azioni per danno da responsabilità extracontrattuale per violazione dei diritti umani e dell'ambiente) risiederebbe nel fatto che, a seguito dell'approvazione della Proposta, la prova dell'attore sarebbe più agevole perché basterebbe mostrare la violazione dei diritti umani e dell'ambiente (e il danno) e spetterebbe alla società o agli amministratori convenuti difendersi dimostrando di avere rispettato gli obblighi di due diligence previsti nell'art. 5[17].

[17] Sulla distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, cfr. *ex multis* G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, p. 197 ss. la quale spiega che laddove vi sia inadempimento ad una obbligazione preesistente, la colpa è contrattuale, laddove venga causato un danno ingiusto per il comportamento antigiuridico di un soggetto ad un altro soggetto – essendo questi estranei, e cioè non legati da un rapporto obbligatorio preesistente, si ha colpa aquiliana. L'Autrice inoltre (ivi, p. 203) ribadisce che la distinzione è ancora attuale e che, quando si parla di

Un altro aspetto molto interessante della Proposta, che garantirebbe una maggiore efficacia della disciplina, è la previsione negli artt. 17 e 18 di un'autorità pubblica di controllo (da istituire ad hoc, oppure integrando le funzioni di autorità amministrative già esistenti) con compiti di vigilanza e poteri sanzionatori. E' prevista inoltre, nell'art. 21, l'istituzione di un'autorità europea sovranazionale (di coordinamento delle varie autorità nazionali) con poteri di indagine d'ufficio o a seguito di segnalazioni. Ancora, l'art. 19 prevede il diritto al reclamo diretto nei confronti della società, sia a favore di persone che di organizzazioni (inclusi i sindacati), anche nel caso di timore di impatti negativi: le società devono prevedere una procedura di trattamento di questi reclami. Il reclamo non ostacola, comunque, altri rimedi giurisdizionali.

Nel *Considerando* 15 della Proposta è spiegato che comunque l'obbligo di diligenza, nella predisposizione del piano per individuare e gestire gli impatti negativi, è un'obbligazione di mezzi e non di risultato. Da questo punto di vista la struttura della Proposta di Direttiva è simile alla disciplina prevista dal decreto legislativo n. 231/2001 che prevede l'obbligo di predisporre un modello di organizzazione e controllo al fine di ridurre il rischio che, nel caso del decreto legislativo, è la commissione degli illeciti penali ivi individuati.

5. Le critiche alla Proposta di Direttiva 2022/0051

Seguendo la procedura dell'Unione Europea, la Proposta è stata accompagnata dal progetto di valutazione d'impatto (*impact assessment*) trasmesso al comitato per il controllo normativo della Commissione il quale però ha rilasciato parere negativo l'8 novembre 2021[18]. Al comitato è stata poi trasmessa una valutazione d'impatto rivista per un secondo parere, ma anche questo – rilasciato il 26 novembre 2021 – è stato negativo sostenendo che: 1) non fosse stato adeguatamente descritto il problema, né provato che le imprese dell'Unione Europea, in particolare le PMI, non rispecchiano già in misura sufficiente gli aspetti della sostenibilità o non hanno incentivi sufficienti in tal senso; 2) non fossero state presentate una varietà di

inadempimento nella fattispecie contrattuale, esso include le varie forme in cui può esprimersi «fino a comprendere ogni violazione di obblighi preesistenti e non solo di quelli derivanti da contratti».

[18] V. Inception Impact Assessment, Ref. Ares (2020) 4034032 – 30/07/2020.

opzioni strategiche e individuate, o pienamente valutate, le scelte politiche fondamentali; 3) non fossero stati valutati gli impatti in modo completo, equilibrato e neutrale ed evidenziata l'incertezza relativa alla realizzazione dei vantaggi[19]. La valutazione d'impatto è stata poi integrata e l'iniziativa legislativa è andata avanti con l'adozione da parte della Commissione Europea della Proposta, grazie al vicepresidente per le Relazioni interistituzionali e le prospettive strategiche, che ha consentito il proseguimento, nonostante il secondo parere negativo da parte del comitato per il controllo normativo, stante il significato politico e l'urgenza del tema.

Anche gli accademici hanno evidenziato varie critiche riguardo la Proposta. Tra queste, molte muovono dal presupposto che essa sia la diretta conseguenza dello Studio di Ernst & Young sopra citato. Anche se cronologicamente la Proposta segue lo Studio – ed il suo contenuto originario è stato modificato per rispecchiare le critiche allo Studio medesimo – per le ragioni sopra dette nel parag. 4, circa la configurazione del contenuto dell'obbligo di gestione (non previsione di un obbligo degli amministratori verso tutti gli *stakeholders* dotati di legittimazione ad agire, ma obbligo degli amministratori di agire nell'interesse superiore della società, tenendo conto della sostenibilità ma senza sradicare il primato degli azionisti), la Proposta a mio avviso si discosta decisamente dallo studio ed è erroneo associare Studio e Proposta *sic et simpliciter*. Inoltre, alcuni autori hanno commentato, anche in questo caso per lo più criticamente, l'originario testo di Direttiva, che era stato presentato dal Parlamento il 10 marzo 2021, ma che è stato sostituito, in misura rilevante, dal testo del 23 febbraio 2022 che qui si commenta[20].

In uno dei pochi articoli già pubblicati, riguardo la Proposta vigente, viene criticata la previsione dell'obbligo per le società in materia di cambiamento climatico, in quanto del tema dovrebbe occuparsi – si asserisce – in via esclusiva l'Unione Europea, prevedendo la *carbon tax* ed altri strumenti (cosa che peraltro già l'Europa ha fatto come sarà spiegato nel parag. 7 *infra*), invece che il

[19] SEC (2022) 95.

[20] Al testo presentato dal Parlamento europeo si riferiscono gli autori di vari articoli pubblicati sulla *Rivista delle Società,* 2-3, 2021, alcune delle considerazioni non sono più proponibili secondo il nuovo testo.

settore privato[21]. In verità, a mio avviso, è necessaria una sinergia di interventi, pubblici e privati, per raggiungere, nel più breve tempo possibile, gli obiettivi climatici ed in particolare l'impegno a che la temperatura globale non aumenti più di 1,5° entro la fine del secolo, secondo gli Accordi di Parigi; l'azione dei governi da sola non è sufficiente[22]. Né il settore privato, né il settore pubblico da soli sono in grado di raggiungere gli obiettivi prefissati; c'è bisogno di convergenza tra tutti, anche con il mercato (cioè gli investitori), l'opinione pubblica ed i singoli cittadini. Come potrebbero gli Stati raggiungere da soli gli obiettivi degli Accordi di Parigi senza prevedere obblighi specifici per le imprese, che sono le principali responsabili per le emissioni di CO2? L'impegno degli Stati per il recepimento e l'attuazione della normativa di cui al *Green Deal* (su cui v. parag. 7 *infra*) non basta se le imprese non contribuiscono. Anche da questo punto di vista è corretto, a mio avviso, che il legislatore europeo si serva *anche* del diritto societario. Chi mette in dubbio l'opportunità di questo intervento ignora o sottovaluta l'emergenza climatica ed il suo carattere antropogenico[23]. Ancora, nello stesso articolo si sostiene che questo atteggiamento dirigistico in materia di cambiamento climatico ridurrebbe gli incentivi per le società a limitare le emissioni di CO2; ma anche questa considerazione è, a mio avviso, non corretta considerando che l'incentivo fondamentale per le società, nella riduzione delle emissioni, consiste nel mitigare i rischi

[21] Cfr. S. Thomsen, *Sustainable Corporate Governance and the Road to Stagnation*, in *Oxford Business Law Blog*, 14 April 2022, p. 1.

[22] Cfr. nello stesso senso e per un approfondimento, R. Henderson, *op. cit.*, p. 202 ss. a proposito, in generale (e cioè non con riferimento alla Proposta in oggetto), di come affrontare le sfide del cambiamento climatico.

[23] Per rendersi conto di quanto questi rischi siano concreti e dell'urgenza di affrontarli unendo tutti gli sforzi, del settore pubblico e del privato, basti considerare il Rapporto dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change,* IPCC delle Nazioni Unite del 2018, secondo il quale si supereranno i 3°C di temperatura in Europa in più entro fine secolo, i 4°C in USA, se non si reagisce; mentre, secondo il Rapporto dello stesso organismo pubblicato nel 2022, è probabile che le emissioni di CO2 entro il 2030, pur attuando tutte le politiche nazionali annunciate nella COP26, saranno comunque tali da causare un aumento della temperatura superiore ad 1,5°C entro fine secolo, con conseguente rapida accelerazione degli sforzi di mitigazione, a partire dal 2030, affinché l'aumento di temperatura resti al di sotto di 2°C, come previsto dall'Accordo di Parigi. Queste previsioni mostrano che il mercato da solo non riesce a mitigare il cambiamento climatico e quindi c'è bisogno di una disciplina più efficace. Cfr. per un approfondimento, S.Bruno, *Climate Corporate Governance: Europe vs. Usa?*, in *European Company and Financial Law Review*, 2019, p. 1, *passim*.

fisici e di transizione legati al cambiamento climatico e nello sfruttare le opportunità[24].

La paura maggiormente paventata nei commenti finora intervenuti è di aumentare eccessivamente il regime di responsabilità degli amministratori (il c.d. *overkilling,* termine utilizzato nel dibattito internazionale). Ma si tratta di obiezioni squisitamente teoriche che vengono prospettate solitamente, ogni qual volta si è voluto regolamentare di più un settore. Peraltro l'aumento delle azioni civili di responsabilità è tutto da dimostrare, dato che la Proposta rinvia agli Stati membri per la disciplina dei rimedi e del regime di responsabilità – e quindi è prematuro azzardare delle previsioni - ed in ogni caso, come calcolato dalla Commissione Europea, la disciplina si applicherebbe soltanto allo 0.2% di società europee per cui il rischio di *overkilling* di cui sopra è decisamente sovrastimato. Lo stesso autore critica l'estensione della responsabilità civile degli amministratori di cui alla Proposta, citando argomentazioni a mio avviso astratte perché facenti riferimento alla responsabilità civile in generale: viene stigmatizzata una crescita della responsabilità civile "diffusa ed incerta", tanto da far desistere gli amministratori più meritevoli dall'assumere queste cariche, e ciò potrebbe avere conseguenze non desiderate, quali l'accettazione del ruolo da parte di amministratori meno esperti e competenti, che ridurrebbero il valore della società[25]. Ma vengono citati studi che ipotizzano comportamenti da parte di potenziali candidati, facendo riferimento ad ordinamenti giuridici diversi e comunque non alla disciplina della Proposta – mentre non esistono prove che ciò che viene argomentato, effettivamente

[24] Sono state le Raccomandazioni della *Task Force* del *Financial Stability Board* del 2017 (sulla base di studi scientifici ed economici) a spiegare che i rischi legati al cambiamento climatico sono: i rischi da danni fisici (es. uragani, inondazioni, etc.) - che potrebbero compromettere le infrastrutture di un'impresa o la vita dei suoi dipendenti - ed i rischi derivanti dalla c.d. transizione energetica e cioè dai cambiamenti tecnologici, regolatori, legali (es. azioni risarcitorie o danni reputazionali), di mercato etc. che potrebbero mettere in crisi il modello di business originario. Per quanto riguarda le opportunità, trattasi delle iniziative (es. efficienza energetica, investimenti in fonti rinnovabili, in ricerca, tecnologia etc., diversificazione della produzione) che vanno ad incidere sul modello di business originario delle singole società, al fine di evitare l'uscita dal mercato delle stesse.

[25] Queste le critiche alla Proposta da parte di S. Thomsen, *op. cit.*, cui ribatto nel testo.

accadrebbe[26]. Anche perché, come si avrà modo di vedere, la giurisprudenza internazionale sta già iniziando a muoversi nella direzione di prevedere la responsabilità degli amministratori per mancata considerazione dei cambiamenti climatici, anche dal punto di vista del diritto societario, oltre che per violazione dei diritti umani. Una disciplina, come quella proposta, al contrario potrebbe aiutare a delimitare tale responsabilità in quanto vengono precisati quali sono gli obblighi di *due diligence* attesi dalla società e dagli amministratori, con riferimento agli impatti negativi su diritti umani e ambiente, qualificati peraltro, come visto, quali obblighi di mezzi. Quindi, ben venga una disciplina che chiarisca quali siano i comportamenti di società e amministratori per prevenire impatti negativi su diritti umani e ambiente perché così viene delineata la condotta corretta per s.p.a. e consigli di amministrazione e, eventuali future azioni di responsabilità, potrebbero essere mitigate perché legittime solo nel caso di violazione degli obblighi di legge. Laddove al momento – come si vedrà sotto, parag. 7 - la fattispecie è più incerta. Inoltre, non convince l'affermazione secondo cui una maggiore responsabilità ridurrebbe l'innovazione[27]. Al contrario, al fine di affrontare le sfide climatiche, le società devono puntare sull'innovazione e la previsione della responsabilità funge senz'altro da deterrente che spingerebbe maggiormente gli amministratori a cercare soluzioni innovative, anche in considerazione dei progressi tecnologici in materia; quindi, anche questa critica si basa su un'argomentazione puramente teorica. Per la stessa ragione non è condivisibile l'argomento secondo cui la disciplina

[26] Id., il quale cita S.L. Naaraayanan – K.L. Meisner (*Does personal liability deter individuals from serving as independent directors?*, in *JFE*, 140(2), 2021, p. 621 ss.) – che si occupano dell'ordinamento indiano; e R. Marsulis – S. Shen e H. Shou, *Director Liability Protection and the Quality of Outside Directors*, in *SSRN*, 2020 – con riguardo all'ordinamento americano e ad un caso molto specifico della procedura statunitense delle azioni derivate, ossia il c.d. *Universal Demand Statutes,* che non trova corrispondenti nei diritti europei.

[27] *Ibid.*, citando: Y. Guan *et al.* (*Managerial liability and corporate innovation: Evidence from a legal shock*, in *JCF,* 69, 2021 - in cui, con riferimento specifico allo stato del Nevada (USA), si è trovata una correlazione (e quindi non un nesso di causalità) tra riduzione della responsabilità degli amministratori in quello stato, aumento delle incorporazioni in quello stato e maggiore innovazione da parte di quelle società; e S. Choi – H. Jung, *Can directors' liability reduction promote corporate innovation?*, in *MF*, 47(11), 2021 – riferito alla Corea del Sud.

aumenterebbe un atteggiamento conservativo degli amministratori[28]; viceversa, gli amministratori sarebbero spinti a cercare le soluzioni più nuove ed efficaci per raggiungere gli obiettivi stabiliti dalla Proposta. Né è convincente sostenere che maggiori responsabilità condurrebbero a compensi più alti per gli amministratori, dato che la previsione del voto assembleare, in base alla disciplina della *Shareholder Rights Directive* II (Direttiva 2017/828), farebbe sì che eventuali tentazioni in questa direzione potrebbero non essere approvate dall'assemblea[29]. Sono solo argomenti teorici, superficiali, astratti e parziali, esposti in studi che non fanno riferimento all'Europa, né ai suoi Stati membri, e neppure alla disciplina specifica proposta dalla Commissione Europea. Lo stesso autore tuttavia cita coloro i quali sostengono che una maggiore responsabilità degli amministratori (senza coperture assicurative) può condurre ad una gestione più sostenibile, e una maggiore responsabilità della società (e non degli amministratori) può comportare una riduzione dell'inquinamento[30]. Ebbene, nella Proposta sono previste entrambe le soluzioni, ovverossia maggiori responsabilità sia per la società che per gli amministratori. Secondo altri studi riferiti, la responsabilità degli amministratori viene associata ad un miglioramento della redditività della società ma solo quando la struttura proprietaria è dispersa, la protezione degli investitori è bassa, e la crescita dell'impresa è alta[31]. Ma anche questi argomenti sono discutibili in quanto si dimentica che nei sistemi finanziari a proprietà concentrata sono previste le azioni derivate a favore degli azionisti di minoranza. Ancora, ci si riferisce ad altri studi che, sempre in astratto, sostengono che, a parte la responsabilità degli

[28] *Ibid.*, citando S. Basu – Y. Liang, *Director–Liability–Reduction Laws and Conditional Conservatism*, in *JAR,* 57(4), 2019, p. 889 ss. - che fa riferimento agli USA e ad un particolare tipo di atteggiamento conservativo, quello in materia di contabilità.

[29] *Ibid.*, citando A. Melis – L. Rombi, *Country-, firm-, and director-level risk and responsibilities and independent director compensation*, in *CGIR*, 2021 – che fa riferimento esclusivamente al compenso degli amministratori indipendenti.

[30] *Ibid.*, riferendosi, rispettivamente, a S. Choi - H. Jung, *Effects of the litigation risk coverage on corporate social responsibility*, in *AEL,* 28(21), 2021, p. 1836 ss., e P. Akey – I. Appel*, The Limits of Limited Liability: Evidence from Industrial Pollution,* in *JF*, 76, 2021, p. 5 ss.

[31] *Ibid.*, citando A. Crane – A. Koch, *Shareholder Litigation and Ownership Structure: Evidence from a Natural Experiment*, in *MS*, 64(1), 2018, p. 5 ss., D. Donelson – C. Yust*, Litigation Risk and Agency Costs: Evidence from Nevada Corporate Law*, in *JLE*, 57(3), 2014, p. 747 ss., e Y. Grinstein – S. Rossi, *Good Monitoring, Bad Monitoring*, in *RF*, 20(5), 2016, p. 1719 ss.

amministratori verso gi azionisti, è incerto se la responsabilità extracontrattuale produca un reale effetto deterrente, mentre pare invece sia causa di effetti collaterali quali livelli dei servizi resi di peggiore qualità, pratiche difensive e costi più alti[32].

La vera paura, che emerge anche dagli incontri organizzati sul tema, è che una maggiore responsabilità civile in materia di sostenibilità renderebbe l'Europa più litigiosa e simile agli Stati Uniti, ovverossia, l'America-fobia[33]. Inoltre la previsione di istituire dei regolatori nazionali con poteri sanzionatori, anche in grado di ascoltare le Organizzazioni non governative (NGO), cui viene attribuito il diritto di reclamo, è considerata una misura che sovvertirebbe i sistemi giudiziari nazionali; ma questa critica non considera che le autorità amministrative indipendenti esistono da molto tempo negli Stati membri[34].

6. La *due diligence* in materia di diritti umani

Per quanto riguarda l'obbligo di *due diligence* per prevenire impatti negativi sui diritti umani, la Proposta di Direttiva, come accennato, richiama tutti i diritti umani inclusi in Accordi e Trattati internazionali elencati nell'Allegato[35]. Il riferimento principale è ai Principi Guida delle Nazioni Unite del 2011 su *Business and Human Rights* i quali si basano su tre pilastri: l'obbligo statale di proteggere i diritti umani; la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani; l'accesso ai rimedi giurisdizionali e non[36]. I Principi hanno natura non vincolante; a volte sono fatti propri dalle società di maggiori dimensioni per motivi reputazionali attraverso l'adozione di codici di condotta, ma non da tutte. Pertanto, se continuassimo a basarci esclusivamente sul diritto internazionale, non esisterebbe certezza del diritto, né per le imprese, né per le vittime. In ogni caso, la natura

[32] *Ibid.*, citando B. Rooij – M. Brownlee, *Does Tort Deter? Inconclusive Empirical Evidence about the Effect of Liability in Preventing Harmful Behaviour*, in *CHOC*, 2021.

[33] *Ibid.*

[34] *Ibid.*

[35] V. Annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence, Brussels 23.2.2022 (COM) 2022 71 Final, Part I.

[36] The Human Rights Council ha recepito i Principi Guida con la Risoluzione 17/04 del 16 giugno 2011.

volontaria di questi principi non ha portato a miglioramenti significativi su vasta scala, soprattutto a livello extraeuropeo. Difatti alcune società europee (ma anche americane) sono state associate ad impatti negativi lungo la catena di fornitura: gravi violazioni dei diritti umani e del lavoro sono stati ben documentati in un rapporto pubblicato dal Parlamento Europeo nel 2014[37]. Basti pensare al settore della moda: più del 70% delle importazioni europee proviene dall'Asia e in quel continente la maggior parte dei paesi non ha ratificato le convenzioni dell'ILO, le condizioni di lavoro sono precarie, senza orari, senza contratti, le rappresentanze sindacali sono vietate, i luoghi di lavoro sono malsani o pericolosi per l'agibilità – si parla di condizioni di schiavitù in questo rapporto europeo -, ed anche i minori vengono sfruttati. Si ricorda, nel rapporto, un grave incidente accaduto in una città del Bangladesh nel 2013, la tragedia di Rana Plaza, quando un palazzo di 8 piani con 5 fabbriche di abbigliamento è crollato e sono morti 1138 lavoratori e 2500 rimasero feriti – ma è solo uno dei vari incidenti – con la beffa peraltro che, non essendoci contratti regolari, le vittime o i loro parenti non sono stati neanche risarciti[38]. Oltre al settore della moda, molto coinvolto è anche il settore della logistica e dell'agricoltura. È finanche raccapricciante scrivere di quanto accade nel distretto di Beed, in India, principale zona di produzione dello zucchero di canna, in cui il 36% delle lavoratrici agricole ha subito un'isterectomia totale per renderle più produttive, evitando loro assenze per gravidanze etc.; l'India è il più grande produttore mondiale di zucchero assieme al Brasile e quindi è il resto del mondo – cioè noi - a consumare un prodotto commercializzato dalle grandi imprese che deriva da tale abuso[39]. Ma le violazioni dei diritti umani riguardano anche il nostro paese, non è solo un problema extracomunitario. Purtroppo il caporalato è un fenomeno diffuso sui nostri campi in cui lavorano migranti che vengono sottopagati, sfruttati e maltrattati, come stigmatizzato dal Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani al termine di una visita ufficiale nel 2021, mettendo in luce gravi e persistenti abusi dei diritti umani in relazione alle attività delle

[37] European Parliament, *Workers' conditions in the textile and clothing sector: just an Asian affair?*
Issues at stake after the Rana Plaza tragedy, Briefing August 2014.
[38] *Ibid.*
[39] La Repubblica, *In India nel distretto dello zucchero il 36% delle lavoratrici è senza utero*, 19 maggio 2022.

imprese in Italia che includono "condizioni di lavoro e di vita disumane per migliaia di lavoratori migranti, gravi problemi di salute e sicurezza sul lavoro e inquinamento ambientale che mette in pericolo la salute pubblica"[40]. Manca un monitoraggio efficace dell'intera catena di fornitura: quei prodotti ortofrutticoli vengono coltivati e raccolti attraverso lo sfruttamento e arrivano sulle nostre tavole, attraverso le grandi catene di distribuzione le quali traggono beneficio economico dallo sfruttamento del quale, a volte, potrebbero non essere a conoscenza. Per non parlare degli incidenti sul lavoro in Italia che, nel 2021, hanno raggiunto la cifra di tre incidenti mortali al giorno (!) e che denotano condizioni di sicurezza non adeguate e quindi investimenti e controlli da parte delle imprese non congrui[41].

In definitiva, il problema è grave e persistente e le norme internazionali non hanno dimostrato di essere sufficienti: questa è la ragione dell'intervento della Commissione Europea nella Proposta[42]. È chiarissimo nella Proposta il richiamo al Secondo Pilastro delle Linee Guida delle Nazioni Unite, il cui impianto ed il cui testo la Proposta riprende interamente. L'art. 11 dei Principi Guida stabilisce che le imprese devono rispettare i diritti umani e concentrarsi sugli impatti avversi in cui sono coinvolti; il Principio 13 stabilisce che le imprese devono fare riferimento, non solo alle proprie attività, ma anche a quelle poste in essere da soggetti con cui hanno un rapporto commerciale, anche laddove le imprese principali non abbiano contribuito agli impatti cagionati da questi soggetti terzi. È soprattutto il Principio 15 che viene ripreso dalla Proposta: in esso si fa riferimento ai processi e alle politiche che le imprese devono adottare ed in esso troviamo il riferimento alla *due diligence* sui processi per prevenire, mitigare, riparare e rimediare le violazioni dei diritti umani. Il Principio 17 inoltre spiega in cosa debba consistere la *due diligence* sui diritti umani e cioè, nell'identificare impatti negativi attuali e potenziali sui diritti umani, integrarli nei piani strategici della società, monitorarli, e comunicare come sono trattati questi impatti. Si spiega poi, nel commento al Principio 17, che condurre una *due diligence* appropriata sui diritti umani aiuta l'impresa ad identificare il rischio di azioni legali nei propri confronti per violazione dei diritti stessi, se dimostra di avere

[40] Cfr. Press Release, 6 ottobre 2021, in *onuitalia.com*.

[41] Secondo l'Inail, 1.221 persone sono morte sul lavoro nel 2021, più di 3 al giorno: cfr. D: Angeletti, *Inail, 1.221 persone sono morte sul lavoro nel 2021*, in *RAI News*.

[42] Cfr. Contesto della Proposta, in Proposta di Direttiva, cit.

condotto ogni ragionevole passo per evitare il coinvolgimento in un abuso dei diritti umani. Il Principio 18 spiega che il processo di *due diligence* dovrebbe consistere nel: fare riferimento ad un esperto di diritti umani indipendente, interno o esterno all'impresa; avviare consultazioni con gruppi e *stakeholders* potenzialmente influenzati dalle violazioni. Queste valutazioni devono essere integrate nelle funzioni interne competenti e nei processi interni secondo il Principio 19. Ma anche il Terzo Pilastro dei Principi Guida, sui rimedi, viene ripreso dalla Proposta: nel Principio 25 si fa riferimento a tutti i tipi di rimedi, amministrativi, legislativi, giudiziali o altro, di tipo statale o non statale, affinché in caso di abusi, essi siano efficaci.

Per comprendere le ragioni per cui l'attuale disciplina, cioè la responsabilità extracontrattuale generale, non sia sufficiente, dal punto di vista giudiziario, per affrontare questa problematica basti menzionare un recentissimo caso in materia: *Doe et al. v Apple, Google, Tesla, and others,* 2021[43]. Nel 2019 è stata proposta una *class action* negli Stati Uniti, azionata in rappresentanza di vari minori (alcuni dei quali di 6 anni) del Congo, morti o comunque feriti per avere lavorato nelle miniere di cobalto**,** per ingiustificato arricchimento, sfruttamento del lavoro minorile e della schiavitù e risarcimento danno. Il cobalto è un materiale prezioso per le batterie elettriche e quindi fondamentale per telefoni, macchine elettriche, etc. oggetto di produzione, come noto, da parte dei convenuti, Apple, Tesla, Microsoft, Dell, Alphabet – tra le società più capitalizzate al mondo. L'atto di citazione è corredato di foto dei bambini menomati atroci. Il problema nasce dalla circostanza per cui queste società (come altre) non si servono *direttamente e consapevolmente* del lavoro minorile; tuttavia la catena di approvvigionamento è molto lunga, soprattutto quando il cobalto viene estratto con metodi artigianali. Queste società, in genere, si rivolgono ad una serie di intermediari, l'ultimo dei quali utilizza il lavoro minorile. In definitiva, per queste ragioni la corte non ha potuto accertare un coinvolgimento diretto delle società convenute nello sfruttamento del lavoro minorile ed ha respinto, nel novembre 2021, l'azione utilizzando questo ragionamento principale: «Potrebbe essere che se queste società acquistassero meno cobalto dalla società X1, questa ne acquisterebbe meno dalla società X2, che ne acquisterebbe meno dalla X3 che alla fine non comprerebbe più il cobalto artigianale che ha causato morti e lesioni agli attori e quindi che questi non

[43] In *law360.com.*

lavorerebbero più nelle miniere. Ma questa lunga catena di eventualità crea mere speculazioni non un danno precisamente tracciabile»[44]. Questo problema giuridico nella configurazione della responsabilità extracontrattuale si riproporrebbe ovviamente anche nel nostro ordinamento; perciò è necessario, a mio avviso, che il legislatore intervenga per imporre obblighi specifici in questa direzione, per la prevenzione dello sfruttamento minorile e in generale per la tutela dell'ambiente e dei diritti umani. Senza una disciplina *ad hoc* degli obblighi di *due diligence*, con riferimento all'intera catena di fornitura, anche se situata fuori dall'Europa, il nesso di causalità, fondamentale per l'accertamento della responsabilità extracontrattuale generale, tra le grandi società e lo sfruttamento minorile (oppure la violazione di altri diritti umani) potrebbe non sussistere o non essere dimostrabile. Invece, se la Proposta in oggetto fosse approvata basterebbe per le vittime provare l'eventuale violazione del diritto umano, da parte delle società rilevanti o delle imprese lungo la catena di fornitura, ed il danno, per esercitare l'azione di responsabilità. A quel punto scatterebbe un'inversione dell'onere della prova in quanto, ai sensi dell'art. 22, comma 2 della Proposta, sarebbe la società a dovere dimostrare di avere rispettato tutti gli obblighi di *due diligence* e che, ciononostante, l'impatto (anche da parte di un partner commerciale) si è comunque verificato.

7. La *due diligence* in materia di cambiamento climatico

La transizione verde è stata disciplinata dall'Unione Europea con il Regolamento n. 1119/2021 che stabilisce, quali obiettivi vincolanti per l'Europa, il raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050 e l'abbattimento, per lo meno del 55%, di emissioni di CO2, rispetto alle emissioni del 1990, entro il 2030 (c.d. *Fit for 55%).* Nel *Green Deal,* adottato il 14 luglio 2021, sono stati stabiliti le politiche e gli interventi di legge, connessi e complementari, al fine di raggiungere questi obiettivi: standard di emissione più severi per i veicoli - imponendo che le emissioni delle nuove autovetture diminuiscano del 55% a partire dal 2030 e del 100% a partire dal 2035, rispetto ai livelli del 2021, in modo che dal 2035 tutte le nuove vetture

[44] *Ibid.*, Judge Nichols.

saranno a zero emissioni -; la revisione del regolamento per combustibili alternativi per aeromobili e navi; regolamento sull'uso del suolo, sulla silvicoltura e sull'agricoltura per assorbire carbonio; la direttiva sulle energie rinnovabili per produrre il 40% di energia da esse; la direttiva sull'efficienza energetica; un nuovo meccanismo di adeguamento del prezzo del carbonio per le importazioni in Europa di determinati prodotti affinché ci sia un calo delle emissioni a livello mondiale e per impedire rilocalizzazioni di emissioni di carbonio fuori dall'Europa; le modifiche per il sistema di scambio di quote di emissione (c.d. ETS) per abbassare ulteriormente il limite massimo generale delle emissioni e aumentarne il tasso annuo di riduzione; la revisione della direttiva sulla tassazione dell'energia[45].

In pratica, la Proposta, ai sensi dell'art. 15, se venisse approvata in questi termini imporrebbe alle società europee l'obbligo di rendere effettivo il programma del *Green Deal* approvato dall'Unione Europea pianificando l'attività, della singola società, delle altre appartenenti al gruppo e dell'intera catena di valore, in modo che essa non superi 1,5° C entro fine secolo e quindi, in definitiva, imponendo alle società ed ai loro consigli di amministrazione di programmare e gestire le società, lungo l'intera catena, in modo che esse siano pronte per il c.d. 55%. Non è ancora specificato se si debba fare riferimento anche alle emissioni c.d. Scope 3 (cioè tutte le emissioni connesse all'attività dell'azienda che non rientrano nello Scope 1 – emissioni dell'azienda medesima, o Scope 2 – emissioni relative alla mobilità dei dipendenti, alla catena di fornitura, all'utilizzo dei beni prodotti etc.).

Anche da questo punto di vista, la Proposta è opportuna. Già si è detto della necessità della cooperazione del settore privato per la mitigazione del cambiamento climatico, specie se consideriamo che le società per azioni destinatarie della Proposta, essendo società di rilevanti dimensioni, sono le principali responsabili delle emissioni di CO2 e, secondo la Proposta, ad esse sarebbe affidato un obbligo fondamentale lungo l'intera catena di valore. In buona sostanza, la Proposta codificherebbe l'obbligo per le società ed i loro consigli di amministrazione di formulare la pianificazione strategica in modo che faccia riferimento ai vari scenari di cambiamento climatico (che dipendono cioè da quanto e di quanto è probabile che la temperatura globale aumenti nel medio-lungo periodo) elaborati dai maggiori enti di ricerca internazionali (es. IEA) ma anche nazionali (es. FEEM) in

[45] Cfr. *A European Green Deal*, in *ec.europa.eu*.

quanto la strategia di decarbonizzazione varia da paese a paese. Tali scenari devono essere aggiornati di anno in anno perché la scienza climatica si evolve in continuazione. Perciò la pianificazione strategica delle società dovrebbe considerare per lo meno tre possibilità: 1) c.d. *Orderly*: in questo scenario, si assume un aumento graduale del costo marginale delle emissioni e un costante basso rischio fisico. Il rischio di transizione pertanto è contenuto poiché l'obiettivo del contenimento dell'innalzamento termico viene raggiunto; 2) *Disorderly*: in questo scenario si ipotizza un aumento improvviso del costo delle emissioni per il ritardato rispetto della transizione ordinata. Pertanto, il rischio fisico è basso e il rischio di transizione elevato in quanto l'obiettivo del contenimento dell'innalzamento termico non viene raggiunto; 3) *Hot House*: in questo scenario, non si hanno costi di transizione poiché non si procede con la transizione ad un'economia *green* e, pertanto, il rischio fisico è elevato[46]. Il consiglio di amministrazione dovrebbe considerare questi tre possibili macro-scenari (salva la possibilità/opportunità di una maggiore granularità, a seconda della singola società, che può anche essere affidata a consulenti esterni - esistendo oramai diversi operatori specializzati nella previsione dei vari scenari, anche in singole zone geografiche) prima di decidere se effettuare un determinato investimento (ad esempio in una determinata area geografica) con effetti nel medio-lungo periodo, oppure, per elaborare la strategia industriale (che deve essere, per forza di cose, di medio-lungo termine) e deliberare di conseguenza. La pianificazione strategica va rivista di continuo, per lo meno ogni anno, ed aggiornata a seconda della situazione e dell'evoluzione degli studi scientifici. Siccome non è dato sapere quale tra i tre scenari si verificherà in concreto, tutte le diverse possibilità devono essere prese in considerazione dai consigli di amministrazione. Nessuno sa con certezza se l'Accordo di Parigi verrà rispettato o meno. Nel malaugurato caso in cui non lo fosse, secondo le previsioni dell'IPCC, la situazione in Europa sarebbe - come detto - un aumento della temperatura di 3°C con conseguenti catastrofici rischi fisici come sopra descritti (v. nt. 23 *supra*).

[46] Questi sono gli scenari climatici elaborati dalle Banche centrali e pubblicati dal *Network for Greening the Financial System* (NGFR) nel giugno 2020, utilizzati anche dalla Banca d'Italia: cfr. E. Bernardini - I. Faiella - L. Lavecchia - A. Mistretta - F. Natoli, *Banche centrali, rischi climatici e finanza sostenibile*, in *Questioni di economia e finanza,* Banca d'Italia, n. 608, marzo 2021, p. 42 ss.

Perciò la Proposta codificherebbe l'obbligo di considerare il cambiamento climatico nell'elaborazione strategica di tutte le società destinatarie della Proposta, di qualunque settore industriale (non solo quello energetico) e di modificare eventualmente il proprio modello di business se non fosse resiliente rispetto ad uno o più dei *vari* scenari di cambiamento climatico, anche sfruttando eventuali opportunità di mercato[47].

La Proposta è vieppiù opportuna pure al fine di delimitare l'ampiezza di eventuali azioni di responsabilità contro gli amministratori o le società - materia che è in continua evoluzione in vari ordinamenti e che potrebbe creare confusioni e incertezze sulla condotta da tenere con riferimento al cambiamento climatico. Ad esempio, in *ClientEarth vs. Enea,* 2019 un'organizzazione ambientalista senza scopo di lucro, azionista della società polacca Enea SA, ha chiesto l'annullamento di una delibera del consiglio di amministrazione, ai sensi del codice di commercio, che autorizzava la costruzione di una centrale elettrica a carbone con un investimento di €1,2 miliardi, asserendo la violazione degli obblighi fiduciari da parte degli amministratori nonché dell'obbligo di agire nel migliore interesse della società e dei suoi azionisti dati i rischi finanziari legati al cambiamento climatico in considerazione dell'aumento dei prezzi del carbone, dell'aumento della concorrenza da fonti rinnovabili più economiche, dell'impatto delle riforme energetiche comunitarie che avrebbe ridotto i sussidi statali per l'energia a carbone[48]. Il 1 agosto

[47] Sono tante le società che hanno già modificato il modello di business originario, nei vari settori industriali, in considerazione del cambiamento climatico: ad esempio, il gruppo Stellantis ha annunciato nel 2021 che entro il 2030 *tutti* i modelli dei 14 marchi venduti in Europa saranno soltanto elettrici; alcune banche (Bnp-Paribas, Intesa San Paolo etc.) hanno annunciato di non volere esporsi verso le società il cui valore dipende da riserve fossili (in Europa circa 300-400 miliardi di euro); varie società del settore energetico hanno diversificato o eliminato la produzione da fonti fossili, es. Erg produce energia elettrica solo da vento, sole e gas naturale; Snam ed Eni stanno effettuando investimenti ed acquisizioni per sviluppare biometano e idrogeno o altre energie rinnovabili; Burberry, Gucci (ad esempio) hanno annunciato, già nel 2019, la compensazione delle emissioni di CO2 presso l'intera catena di fornitura attraverso l'utilizzo di materiale riciclato o riciclabile, investimenti in riforestazione etc.

[48] *ClientEarth vs. Enea*, 2019, in *clientearth.org*. Interessante nella decisione il riferimento ad alcuni studi accademici condotti sul mercato energetico circa il destino delle centrali elettriche a carbone europee che dimostrano chiaramente che la Polonia è uno dei paesi meno efficienti in termini di emissioni a causa della sua dipendenza

2019 è stata pronunciata sentenza favorevole agli attori e il tribunale, pur non pronunciandosi espressamente in ordine alla violazione dei doveri fiduciari, ha affermato che la delibera per la costruzione di una nuova centrale a carbone fosse effettivamente illegittima, dichiarandone l'invalidità. Ebbene se la Proposta fosse approvata nei termini visti, sorgerebbe un obbligo per i consigli di amministrazione europei di valutare tutti i fattori che il c.d.a. della società polacca invece non aveva valutato e ciò darebbe maggiore certezza sulle condotte da seguire in modo da prevenire un'azione legale di questo tipo.

Inoltre, già secondo la disciplina vigente, azioni basate sulla disciplina generale della responsabilità extracontrattuale (cioè al di fuori del diritto societario) sono state proposte in alcuni ordinamenti. A livello internazionale le azioni giudiziarie in corso sono tantissime e non è possibile catalogarle tutte. Varie cause sono state intentate contro società petrolifere in vari ordinamenti per danni alla proprietà privata a causa dell'emissione di gas serra. In questi casi, come potrà notarsi, è difficile mostrare il nesso di causalità tra emissioni e danni. Un altro argomento, preso in considerazione dalle corti, è che la materia deve essere disciplinata dagli Stati e non attraverso le azioni di risarcimento. Ad esempio, un contadino del Perù ha citato in giudizio in Germania, sede legale della società convenuta, la RWE AG, colosso del settore energetico e responsabile del massimo quantitativo di emissioni di CO2 in Europa, per avere contribuito, in una percentuale indicata nella misura dello 0.47%, al cambiamento climatico globale e dunque, di conseguenza, allo scioglimento e straripamento di un lago ghiacciato situato vicino all'immobile di proprietà dell'attore il quale si trovava costretto a costruire delle barricate per difendersi da tale straripamento. Il Tribunale di primo grado ha rigettato la domanda sia perché indeterminata, sia per insussistenza del nesso di causalità tra attività della società e danno patito dal contadino; nel giudizio di appello invece i giudici hanno ritenuto che l'azione soddisfacesse i requisiti di ammissibilità e hanno disposto il passaggio alla fase istruttoria che è ancora pendente[49]. In Nuova Zelanda, un discendente della popolazione autoctona (i Maori) ha citato i maggiori inquinatori operanti in quella regione perché mettevano a repentaglio il futuro dei

dal carbone: continuare in questa direzione comporterebbe la violazione del Quadro per il clima e l'energia 2030 dell'UE che richiede ai Paesi Membri di ridurre le proprie emissioni di gas a effetto serra e anche di ciò il tribunale ha tenuto conto.

[49]In *Luciano Lliuya vs. RWE AG*, 2017, in *climatecasechart.com.*

suoi interessi e le risorse abituali di sua proprietà, sottolineando che innalzamento del livello del mare, erosione costiera, cambiamenti climatici, acidificazione e riscaldamento degli oceani avrebbero avuto grande impatto sulle risorse tradizionali e sulla pesca. L'attore non chiedeva un risarcimento dei danni bensì due ingiunzioni per ordinare ai convenuti: di dichiarare che le loro azioni fossero contrarie alla legge e di ridurre a zero le emissioni nette entro il 2030. La High Court della Nuova Zelanda ha stabilito che fossero infondate alcune doglianze ma non ha escluso la sussistenza di responsabilità per la mancata osservanza di un "nuovo" obbligo in materia di tutela del clima, in via di evoluzione, anche se esistono "ostacoli significativi" per la prova di questo nuovo obbligo. Successivamente la Corte d'Appello ha respinto il ricorso ed ha accolto il ricorso incidentale dei convenuti ritenendo che la disciplina della responsabilità extracontrattuale non fosse il veicolo appropriato per affrontare il cambiamento climatico, osservando che "ogni persona in Nuova Zelanda - anzi, nel mondo - è (in varia misura) sia responsabile per aver causato il danno rilevante, sia vittima di quel danno" e sostenendo che un suo intervento nella questione introdurrebbe un "regime *ad hoc*" e "arbitrario", privo di legittimità democratica[50]. Nel 2018 lo Stato di New York ha agito contro alcune delle più grandi industrie petrolifere e del gas (British Petroleum, ExxonMobil, Chevron, ConocoPhillips, Shell) sostenendo che fossero responsabili del riscaldamento globale e dunque del continuo aumento dei danni causati dai cambiamenti climatici e ha chiesto il risarcimento dei danni subiti dalla città di New York (ondate di calore più acute, aumento dell'umidità e del livello del mare). La Corte distrettuale ha rigettato l'azione dello Stato di New York rilevando la competenza federale e non statale della controversia e dell'agenzia americana dell'ambiente (EPA)[51]. In altri casi sono stati chiesti provvedimenti ingiuntivi al tribunale aventi ad oggetto la riduzione delle emissioni di CO2. Ad esempio una *class action* è stata iniziata nel 2019 da sette ONG olandesi e più di 17.000 singoli cittadini contro la Royal Dutch Shell PLC chiedendo al tribunale de L'Aja di: stabilire che le emissioni annuali di CO2 da parte del gruppo Shell e la loro mancata riduzione costituissero *atti illeciti* nei confronti dei ricorrenti per violazione dell'obbligo di diligenza e dei diritti umani; ordinare alla società di ridurre, entro la fine del 2030, le emissioni di

[50] In *Smith vs. Fronterra Co-Operative Group Limited*, 2021, in *climatecasechart.com.*
[51] In *State of New York vs. BP plc.*, 2021, in *climatecasechart.com.*

CO2 del gruppo Shell del 45% (nette), rispetto ai livelli del 2019. Gli attori hanno sostenuto l'esistenza da parte della *holding* della responsabilità della definizione della strategia aziendale e quindi di un obbligo di diligenza, ai sensi del codice civile olandese, che si concretizza nel dovere di adottare misure tese a rispettare il limite di innalzamento di 1,50° C del riscaldamento globale in ottemperanza degli Accordi di Parigi siglati nel 2015. La Corte ha ritenuto che "l'interesse comune di prevenire pericolosi cambiamenti climatici, riducendo le emissioni di CO2" costituisce un fondamento adeguato per una *class action*. Tuttavia, la Corte ha stabilito che le richieste delle ONG fossero ammissibili solo nella misura in cui riguardavano gli interessi delle generazioni attuali e future di residenti olandesi, e non della popolazione mondiale nel suo insieme. Inoltre, ha rigettato le domande dei singoli ricorrenti sulla base del fatto che essi non avessero dimostrato "un interesse individuale sufficientemente concreto" al di là dell'interesse comune. Per quanto riguarda la legge applicabile, la Corte, ai sensi dell'articolo 7 del regolamento Roma II, ha deciso che, in caso di danno ambientale, un ricorrente può scegliere di fondare la propria domanda sulla legge del paese in cui la condotta, che ha dato origine al danno, si è verificata: in questo caso, i Paesi Bassi, luogo in cui la società determina la strategia aziendale del gruppo Shell. In particolare, ed è questa la parte più interessante della sentenza, la Corte ha ritenuto che l'obbligo di riduzione delle emissioni nocive da parte della società deriva dal cosiddetto "obbligo di diligenza non scritto" stabilito nel libro 6, sezione 162 del codice civile olandese, come specificato dagli artt. 2 ed 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che garantiscono il diritto alla vita, alla sfera privata e famigliare, alla casa, alla corrispondenza. Pur riconoscendo che gli strumenti internazionali a tutela dei diritti umani non siano vincolanti per la società, nondimeno essi «svolgono un ruolo nel rapporto tra gli attori e la società», essendo quindi rilevanti nell'interpretazione dell'obbligo di diligenza non scritto. La Corte ha citato sia la decisione della Corte Suprema olandese, che ha dichiarato che l'articolo 2 sul "diritto alla vita" e l'articolo 8 sul "diritto alla vita privata e familiare" della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo proteggono dai pericolosi cambiamenti climatici, oltre che fonti di "*soft law*" al fine di individuare il contenuto dell'*unwritten duty of care*, concentrandosi, in particolare, sui Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani (UNGP) che, sebbene non giuridicamente vincolanti, a causa

del loro "contenuto universalmente approvato", costituiscono una "linea guida" adeguata per interpretare l'obbligo di diligenza non scritto, sottolineando che l'UNGP impone la responsabilità alle imprese non solo per gli impatti sui diritti umani delle attività di un'impresa, ma anche per quelli derivanti dalle "relazioni commerciali" di un'impresa a monte e a valle della catena di fornitura. Su tale base, la Corte ha ritenuto che la Società fosse responsabile degli impatti causati dal suo intero ciclo di attività (c.d. emissioni Scope 1, 2, 3) tenendo conto cioè: delle società del gruppo Shell; delle entità da cui Shell acquista materie prime, elettricità e calore; degli utenti finali dei prodotti Shell. Tuttavia, la Corte ha riconosciuto un margine di discrezionalità alla Società nell'allocare le riduzioni delle emissioni all'interno del portafoglio energetico del gruppo Shell, a condizione che le sue emissioni annue aggregate vengano ridotte del 45% entro il 2030 (rispetto alle emissioni del 2019). Inoltre, ha ritenuto che l'obbligo di ridurre le proprie emissioni sia un'obbligazione di risultato. Invece, l'obbligo di ridurre le emissioni in relazione ai rapporti commerciali, compresi i fornitori e gli utenti finali, del gruppo Shell è stato, tuttavia, espresso come un "*best efforts obligation*", cioè un'obbligazione di mezzi[52].

La sentenza Shell appare particolarmente significativa per almeno due ragioni: è la prima volta che un tribunale nazionale ha ordinato ad una società privata di ridurre le proprie emissioni in linea con l'Accordo di Parigi; la sentenza inoltre anticipa il contenuto degli obblighi e delle responsabilità previsti dalla Proposta in oggetto a significare che, anche laddove tale Proposta non dovesse mai diventare fonte di legge, la giurisprudenza, sulla base dei Trattati e Accordi internazionali in materia di ambiente e diritti umani, pur se non vincolanti ma molto avanzati nei contenuti, potrebbe giungere ai medesimi risultati – ciò che però, fin a quando la giurisprudenza non si consolida, potrebbe creare incertezza e confusione per le società circa la strategia da intraprendere oltre che posizioni diverse a seconda dello stato membro e quindi vantaggi o svantaggi competitivi tra le imprese.

8. Conclusioni: nasce la *stakeholder company*?

[52] In *Milieudefensie et Al. vs. Shell*, 2021, in *climatecasechart.com*.

La Proposta di Direttiva prevede, in definitiva, tre tipologie di obblighi per le società per azioni di rilevanti dimensioni ed i loro amministratori. L'obbligo di *due diligence*; l'obbligo di gestione in ottemperanza agli Accordi di Parigi; e il più generico obbligo di gestione sostenibile.

Per quanto riguarda l'obbligo di *due diligence*, di cui all'art. 5, esso contempla un nuovo modello di società per azioni la quale dovrà integrare gli impatti negativi sui diritti umani e l'ambiente nella strategia ed organizzazione interna al fine di evitare la *mera possibilità* che essi si concretizzino (e quindi non deve più tenerne conto solo per evitare rischi reputazionali o legali, una volta identificati; a prescindere da questi, la società deve predisporre le procedure ed i codici di condotta di *due diligence* lungo l'intera catena di fornitura). Questo obbligo non equivarrebbe a trasformare la s.p.a. in una *stakeholder company*, nel senso che, rispetto agli *stakeholders* presi in considerazione, cioè fattori sociali e ambientali, non è previsto un obbligo specifico di aumentarne i benefici quale fine stesso della gestione - secondo ciò che è il significato della *stakeholder company*[53]. Ciò che la società deve fare è prevenire ogni impatto negativo ma la società, e quindi gli amministratori, non hanno un obbligo di perseguire la gestione nell'ottica di avanzare gli interessi di questi *stakeholders* anche a discapito degli azionisti. Tuttavia, l'adempimento di questo obbligo andrà sicuramente ad incidere nell'organizzazione interna della società per la predisposizione dei processi, ai fini di una prevenzione efficace, anche attraverso l'impiego di risorse considerevoli che potrebbe impattare sugli attivi e, in percentuale, sulla distribuzione dei profitti; da questo punto di vista, e

[53] La letteratura sul significato della *stakeholder company* è molto estesa in Italia e altrove ma, in sintesi, si distingue il c.d. "*instrumental stakeholderism*", secondo cui gli amministratori prendono in considerazione gli interessi degli *stakeholders* come un mezzo per raggiungere lo *shareholder value* nel lungo periodo, e il c.d. "*pluralistic stakeholderism*" (che poi sarebbe la vera *stakeholder company*) secondo cui, al contrario, il benessere degli *stakeholders* è il fine stesso della gestione a prescindere dai suoi effetti sullo *shareholder value,* nel senso che esso potrebbe implicare il sacrificio degli interessi degli azionisti a favore degli *stakeholders*: cfr. L. A. Bebchuk – R. Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholder Governance*, in *Cornell L. Rev.,* 106(91), 2020, p. 108 ss. Se la Proposta fosse approvata nei termini spiegati essa accoglierebbe la prima concezione che, in definitiva corrisponde all' *enlightened shareholder value*, ma non la seconda come spiegato nel testo. Per una recente e completa ricostruzione delle molteplici accezioni di *stakeholderism*, cfr. E. Barcellona, *La* sustainable corporate governance *nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d.* stakeholderism, in *Rivista delle Società*, 2022, p. 1 ss.

con riferimento ai minori profitti distribuiti, potrebbe apparire che i benefici dell'ambiente e dei diritti umani siano preferiti al beneficio degli azionisti di distribuzione di utili. Si tratterebbe quindi di una *stakeholder company*? Bisogna considerare che il significato originario del termine profitto, come ricostruito da un autore (pur se ai fini dell'elaborazione della c.d. teoria del *purpose*), deriva dal latino *profectus* che significa "progresso, successo" che, a sua volta, deriva dal verbo *proficere* che vuol dire "avanzare"; il profitto cioè, secondo il significato originario, non può derivare dai danni, dai detrimenti inferti ad altri (cioè dagli impatti negativi come dice la Proposta di Direttiva); il profitto non è creato se è scientemente guadagnato a spese di altri – questo non è profitto bensì auto-arricchimento[54]. Se la Direttiva fosse approvata in questi termini si potrebbe dire, presupponendo il significato originario della parola profitto, che essa non implicherebbe la nascita di una *stakeholder company,* pur contemplando un nuovo modello di s.p.a.: questa può essere gestita nell'interesse degli azionisti e perseguire profitti purché il profitto non scaturisca dagli impatti negativi verso i diritti umani o l'ambiente. Secondo il significato originario, profitto ed esternalità negative sono concetti antinomici. Peraltro, la conclusione per cui l'art. 5 non trasformerebbe la s.p.a. in una *stakeholder company* sarebbe confermata considerando quale comportamento il consiglio di amministrazione dovrebbe tenere nel caso in cui, a seguito dell'impiego di risorse considerevoli per l'istituzione dei presidi di *due diligence*, si metterebbe in discussione la continuità aziendale. In altri termini, nel conflitto tra sostenibilità economica (in definitiva, continuità aziendale) e sostenibilità "esterna" (considerazione di ambiente e diritti umani), quale interesse dovrebbe essere privilegiato da un consiglio di amministrazione? Ritengo ragionevole ritenere che, anche nel caso in cui la Direttiva fosse approvata, i consigli di amministrazione dovrebbero prediligere la sostenibilità economica, senza la quale la sostenibilità esterna non potrebbe esistere (se viene a mancare la società per azioni, cessano gli interessi di tutti gli *stakeholders*), a riprova che l'eventuale nuova disciplina non darebbe vita alla *stakeholder company*[55].

[54] Cfr. C. Mayer, *The Governance of Corporate Purpose,* in *ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper* n. 609/2021, September 2021, p. 4 ss.

[55] È M. Stella Richter Jr., *op. cit.*, p. 30, che pone l'accento sulla distinzione, a volte inconciliabile, tra sostenibilità economica e sostenibilità "esterna" (parlando di *sustainability v. sustainability*).

Per quanto riguarda il clima, secondo l'art. 15, la Proposta codificherebbe l'obbligo di considerare il cambiamento climatico nell'elaborazione strategica di tutte le società destinatarie della Proposta, di qualunque settore industriale, e di valutare la resilienza del modello di business rispetto ai vari scenari di cambiamento climatico. Ma chi potrebbe far valere la violazione di questo obbligo? Al momento non è previsto e saranno gli Stati membri eventualmente a stabilirlo. Se la legittimazione processuale fosse attribuita alle associazioni che tutelano l'ambiente (ad esempio Greenpeace) si dovrebbe concludere che si configurerebbe una *stakeholder company* con riferimento all'ambiente? Ritengo che, con riferimento all'obbligo di adozione di una strategia di contenimento delle emissioni di CO2, vi sia assoluta convergenza tra interesse degli azionisti e interesse dell'ambiente stesso: la mancata considerazione dei rischi fisici e di transizione o delle opportunità legati al cambiamento climatico possono produrre un danno al patrimonio sociale, e quindi a tutti gli azionisti (attuali e futuri), come sintetizzato nel parag. 5 *supra*, nt. 23 e 24, oltre che all'ambiente stesso[56]. Adottare scelte gestorie che considerino il cambiamento climatico vuol dire perseguire sia l'interesse della società e dei suoi azionisti che dell'ambiente (oltre che di tutti gli *stakeholders*). Pertanto, anche se non fosse introdotta una norma specifica in materia di legittimazione, nella disciplina interna, la violazione degli obblighi previsti all'art. 15, per la lotta al cambiamento climatico, da parte degli amministratori, potrebbe essere fatta valere dalla società e dai suoi azionisti, per danno al patrimonio sociale, secondo la disciplina ordinaria di cui agli artt. 2393 ss. cod. civ. – trattandosi di obblighi di gestione - e si tratterebbe di una responsabilità di natura contrattuale.

Infine, con riferimento all'obbligo più generale di gestione sostenibile, di cui all'art. 25, la previsione dell'obbligo di agire nell'interesse superiore della società e tenendo conto delle conseguenze in termini di sostenibilità, come spiegato nel parag. 4 *supra,* non sradica il primato degli azionisti a favore dell'organo amministrativo, trasformando la s.p.a. in una *stakeholder company,* ma si allinea all'ottica del c.d. *enlightened shareholder value* che obbliga gli amministratori a valutare gli interessi di *stakeholders* diversi dagli azionisti purché ciò non vada a detrimento di questi ultimi, o comunque non legittima gli

[56] Per un approfondimento, cfr. S. Bruno, *Climate Corporate Governance: Europe vs. Usa?,* cit., p. 1 ss.

amministratori a sacrificare gli interessi degli azionisti per beneficiare gli altri *stakeholders*.

In altre parole questa Proposta resterebbe nella scia degli interventi legislativi europei di cui al parag. 1 *supra*, nel senso che non trasformerebbe la s.p.a. di grandi dimensioni in una *stakeholder company*. La Direttiva sarebbe cionondimeno fondamentale perché la sua emanazione darebbe un forte impulso verso la costruzione di un capitalismo moderno e garantirebbe una gestione delle società per azioni di maggiori dimensioni più inclusiva, prevedendo obblighi più precisi e stringenti rispetto a quanto finora disciplinato dalle precedenti Direttive (e, nel caso italiano, dall'ordinamento interno). Purtroppo il capitalismo ci ha abituato ad un significato di profitto diverso da quello originario, come visto a proposito delle violazioni dei diritti umani e dei lavoratori o dell'ambiente. Perciò sono necessarie norme più rigide e, per questa ragione, reputo ci sia bisogno dell'approvazione di questa Direttiva (pur se suscettibile di qualche miglioramento). Essa ha, tra le altre cose, il pregio di disegnare una struttura complessiva di tutela dei diritti umani e dell'ambiente efficace in quanto non si affida solo al regime della responsabilità civile ma prevede anche l'intervento di un'autorità amministrativa, oltre che il diritto al reclamo da parte dei soggetti interessati e l'imposizione di sanzioni. Cioè l'ordinamento europeo predispone tutti gli strumenti possibili affinché si raggiunga l'obiettivo individuato di una transizione economica, sociale e ambientale, giusta. Come è stato scritto (pur se ai fini dell'elaborazione della c.d. *shareholder welfare maximization theory* in sostituzione della *shareholder value maximization theory*, con riferimento specifico all'ordinamento americano) oramai le società per azioni sono diventate più complesse e più potenti rispetto agli inizi del XX secolo ed inoltre la rilevanza delle esternalità negative è cresciuta enormemente; anche le preferenze degli investitori sono cambiate per cui anche gli azionisti non si accontentano più dei profitti ma cercano valori diversi in linea con la sostenibilità[57]. In Europa abbiamo la fortuna di avere istituzioni

[57] Cfr. O. Hart – L. Zingales, *The New Corporate Governance,* in *ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper* n. 640/2022, April 2022 i quali completano l'elaborazione della loro teoria sostenendo - a fronte di un ordinamento quale quello americano che non prevede alcuna modifica legislativa a favore della sostenibilità (è stata presentata in Congresso nel 2018 una proposta di legge in questa direzione, l'*Accountable Capitalism Act*, S. 3348, 115the Cong. § 6 (2018) dalla senatrice Elizabeth Warren ma essa non ha avuto seguito) – che gli investitori possono partecipare alle scelte gestorie degli amministratori attraverso le c.d. *shareholders' proposals* presentate

che, a partire dal 2010 come ricostruito nell'introduzione, si stanno impegnando, attraverso l'emanazione di vari provvedimenti legislativi nella direzione di costruire un nuovo modello di capitalismo più giusto e sostenibile e la società per azioni, soprattutto se di grandi dimensioni, è lo strumento giuridico che consente di raggiungere questo traguardo. Non credo, viceversa, che l'ordinamento americano possa costituire un valido modello alternativo: attendere che si muova il mercato, e cioè gli investitori istituzionali attraverso le *shareholders' proposals*, oppure i c.d.a. autonomamente (secondo la dichiarazione della Business Roundtable del 2019 che non ha avuto alcun seguito nella condotta delle società i cui amministratori delegati erano firmatari) non è convincente[58]. C'è bisogno della partecipazione di tutti gli attori, certamente, ma la regolamentazione è comunque necessaria. Le società europee sui temi della sostenibilità sono molto più avanzate di quelle americane proprio perché di essa si è occupato, già da anni, il legislatore europeo. Ed è

ai sensi della SEC *Rule 14a-8* (17 C.F.R. § 240.14a-8) ovverossia quelle proposte di convocazione assembleare o integrazione delle materie all'ordine del giorno affinché l'assemblea approvi modifiche statutarie o organizzative in materia di *corporate governance*, politiche sociali, investimenti in ESG e, ultimamente, con riferimento allo scopo della società (*corporate purpose*), etc.; le delibere eventualmente approvate dall'assemblea hanno efficacia non vincolante per il c.d.a. Per un approfondimento, cfr. S. Bruno, *Il ruolo dell'assemblea di s.p.a. nella* corporate governance*,* Padova, 2012, p. 218 ss. e, per le evoluzioni recenti di queste proposte con particolare riguardo alla sostenibilità, cfr. J.E. Fisch, *Purpose Proposals*, in *ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper* n. 638/2022, April 2022, *passim*.

[58] Per uno studio sui documenti e le condotte delle 128 società americane i cui amministratori delegati, associati nella Business Roundtable, hanno reso la dichiarazione di impegno di gestione nell'interesse degli *stakeholders*, cfr. L.A. Bebchuk – R. Tallarita, *Will Corporations Deliver Value to All Stakeholders*?, Discussion Paper n. 1078, 05/2022, in corso di pubblicazione su *Vanderbit Law Review,* 75, 2022 (*passim*). Da esso risulta che: le direttive in materia di *corporate governance* di queste società nel corso dei due anni successivi alla dichiarazione non hanno aggiunto una parola che migliori lo status degli *stakeholders* e anzi, molte tra queste, hanno ribadito il loro impegno verso gli azionisti; alla fine dei due anni la maggior parte delle direttive impegnano la società solo verso gli azionisti; nel caso delle quaranta *shareholders' proposals*, ai sensi della *Rule 14a-8* di cui alla nota precedente, in cui si chiedeva alle società firmatarie di attuare la dichiarazione, le proposte sono state respinte e alcune società hanno perfino sostenuto che la dichiarazione non richiede alcun comportamento conseguente; gli statuti non sono stati modificati; nella documentazione di voto non è stato fatto riferimento alla dichiarazione e chi vi ha fatto riferimento non ha indicato che ciò implicasse un comportamento conseguente; il compenso degli amministratori ha continuato a fare riferimento esclusivamente allo *shareholder value*.

preferibile che sia così per varie ragioni. Una legislazione comune uniforma il comportamento delle imprese di maggiori dimensioni; evita il *free riding* o la concorrenza non perfetta tra le imprese; delimita eventuali azioni di responsabilità per danni; ma soprattutto essa consente di raggiungere più velocemente gli obiettivi di sostenibilità a favore dell'ambiente e dei diritti umani al fine di costruire un capitalismo responsabile.

***

ABSTRACT: The Directive Proposal n. 2022/0051 aims at contributing to the implementation of a just and sustainable economy by contemplating three kinds of duties for companies of significant dimension and their directors: due diligence obligation with reference to negative impacts on human rights and environment; duty to comply with the Paris Agreement in conceiving the strategy and the business model; a more general duty of sustainable management. If the Directive is approved, it would have the merit of designing a comprehensive efficacious structure to protect human rights and the environment by companies – which is much needed according to evidence – but it would not transform the company into a stakeholder company.

KEYWORDS: due diligence – sustainability – human rights – climate change – enlightened shareholder value – stakeholder company – directors' duties and liabilities – corporate social responsibility

***

Sabrina Bruno – Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato, Università della Calabria (s.bruno@unical.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La sostenibilità nel diritto internazionale: spunti dalla prassi più recente*

Carlo Focarelli

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Capitalismo, «limiti dello sviluppo» e *green economy*. - 3. Il «principio responsabilità». - 4. Accordo di Parigi del 2015 e Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. - 5. La prassi giurisprudenziale più recente sul diritto all'ambiente salubre. - 6. Sostenibilità, neoliberismo e volontà di potenza. - 7. Conclusione.

1. Premessa

Il principio della sostenibilità è oggi certamente uno dei princìpi cardine del discorso pubblico sia in termini giuridici che extra-giuridici. Basti pensare, per l'Italia, alla recentissima legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, in vigore dal 9 marzo 2022, che ha accolto il principio all'art. 9 Cost. come segue: «La Repubblica […] [t]utela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Nel diritto internazionale, a parte qualche voce che fa risalire il principio addirittura alle più antiche civiltà umane come «una delle più antiche idee nel patrimonio dell'umanità»[1], l'opinione più diffusa lo riconduce ad uno sviluppo che inizia alla fine del XIX sec.[2].

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

[1] ICJ, *Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, sentenza del 25 settembre 1997, opinione individuale del giudice Weeramantry, p. 107-108 («*Sustainable development is thus not merely a principle of modern international law. It is one of the most ancient of ideas in the human heritage. Fortified by the rich insights that can be gained from millennia of human experience, it has an important part to play in the service of international law*»).

[2] Il principio è stato ampiamente dibattuto, sotto l'aspetto de "L'interesse delle future generazioni nel diritto internazionale e dell'Unione europea" al XXVI Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, i cui lavori si sono svolti il 9-10 giugno 2022 e sono reperibili online all'indirizzo *sidi-isil.org*. La letteratura è molto vasta, indichiamo soltanto alcune opere generali più recenti: D. Freestone (ed.), *Sustainable Development and International Environmental Law*, Cheltenham, 2018; A. Shawkat – J.H. Bhuiyan – J. Razzaque (eds.), *International Natural Resources Law, Investment and Sustainability*, London/New York, 2018; C. Gammage - T. Novitz,

Nel diritto internazionale il principio ha in effetti almeno tre significati diversi, in parte sovrapposti: (1) in senso ristretto, dalla fine del XIX sec. fino agli anni '70 del XX sec., in particolare nella prassi degli accordi sulle zone internazionali di pesca, come sfruttamento ottimale delle risorse biologiche e in generale delle risorse naturali rinnovabili, inteso come il massimo sfruttamento compatibile con la capacità biologica di rigenerazione delle risorse (*maximum sustainable yield*, MSY); (2) in senso più lato, a partire dagli anni '70 del XX sec., come rispetto dei limiti ecologici sulla crescita economica, che ha trovato un riscontro in diversi atti internazionali, giuridicamente non vincolanti; (3) in senso ancora più ampio, a partire dagli anni '80 del XX sec., come sviluppo sostenibile, che è stato accolto sia da un gran numero di trattati sia da istituzioni internazionali, e si è così passati dall'idea del rispetto di *limiti fissi e inevitabili* alla crescita nel significato *sub* (2) all'idea di un *bilanciamento* fra priorità ambientali, sociali ed economiche egualmente valide e plausibili. Inteso come «sviluppo sostenibile» il principio è oggi uno dei più importanti nell'agenda internazionale e nel diritto internazionale[3].

Del principio dello «sviluppo sostenibile», in particolare, si è iniziato a parlare negli anni '70 del secolo scorso in atti giuridicamente non vincolanti. Il rapporto Brundtland *Our Common Future* del 1987 lo definiva come «lo sviluppo che soddisfa i bisogni della presente generazione senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i loro bisogni»[4]. Il principio è stato poi inserito nei princìpi n. 3 e n. 4 della Dichiarazione di Rio sul diritto e lo sviluppo del 1992[5], che lo ricollega anche

Sustainable Trade, Investment and Finance: Toward Responsible and Coherent Regulatory Frameworks, Cheltenham, 2019; X. Wang, *The Right to Development: Sustainable Development and the Practice of Good Governance*, Leiden/Boston, 2019; S. Irudaja Rayan, D. Baral (eds.), *Development, Environment and Migration: Lessons for Sustainability*, London/New York, 2020; N. Roorda (ed.), *Fundamentals of Sustainable Development*, London-New York, 2021; W. Huck (ed.), *Sustainable Development Goals*, Baden-Baden, 2022.

[3] Per un'analisi approfondita dei tre significati esposti nel testo, e delle relative fasi storiche, v. S. Wood, *Sustainability in International Law*, in *Encyclopedia of Life Support Systems (EOLSS)*, Oxford, 2009.

[4] World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 1987, in *un.documents.net,* II.1, par. 27 («*Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*»).

[5] «*The right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations*» (principio 2), «*In order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it*» (principio 3).

allo «sviluppo umano»[6] quando afferma, al principio n. 1, che «gli esseri umani sono al centro delle preoccupazioni per lo sviluppo sostenibile». Si può notare che un accenno al principio fu inserito, in tutt'altro contesto, già in apertura del preambolo della Carta delle Nazioni Unite del 1945 laddove i contraenti si dicono «decisi a salvare le future generazioni dal flagello della guerra» (*determined to save succeeding generations from the scourge of war*).

Nella giurisprudenza il principio dello sviluppo sostenibile è stato richiamato in più occasioni, ad esempio dalla Corte internazionale di giustizia nel parere del 1996 sulle *Armi nucleari*[7], nella sentenza del 1997 sul *Progetto Gabčíkovo-Nagymaros*[8] nonché nell'ordinanza del 13 luglio 2006 e nella sentenza del 2010 sulle *Cartiere sul fiume Uruguay*[9]. Tra i giudici interni spicca

[6] «*Human beings are at the centre of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature*» (principio 1). Sul principio dello "sviluppo umano" v. C. Focarelli, *Economia globale e diritto internazionale*, Bologna, 2016, par. 63.

[7] ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere consultivo dell'8 luglio 1996, par. 29 («*The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons could constitute a catastrophe for the environment. The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment*»).

[8] ICJ, *Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, sentenza del 25 settembre 1997, parr. 53, 140 («*Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind – for present and future generations – of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development*»).

[9] ICJ, *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ordinanza del 13 luglio 2006, par. 80 («*Whereas the present case highlights the importance of the need to ensure environmental protection of shared natural resources while allowing for sustainable economic development; whereas it is in particular necessary to bear in mind the reliance of the Parties on the quality of the water of the River Uruguay for their livelihood and economic development; whereas from this point of view account must be taken of the need to safeguard the continued conservation of the river environment and the rights of economic development of the riparian States*»); sentenza del 20 aprile 2010, parr. 75-76.

la sentenza del 1993 nel caso *Minors Oposa* della Corte suprema delle Filippine [10].

In dottrina, nonostante l'ottimismo di alcuni[11], e la tesi di altri secondo cui si tratterebbe di un «meta-principio» corrispondente ad una «norma interstiziale»[12], oppure di un principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili ai sensi dell'art. 38, par. 1, lett. *c*, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia[13], è dubbio che il principio sia parte del diritto internazionale generale.

La portata del principio di sostenibilità è oggi molto vasta e dovremo necessariamente limitarci ad alcuni aspetti, che riguarderanno soprattutto la protezione ambientale e la prassi giudiziaria più recente che usa a fini ambientali le norme internazionali sui diritti umani. La tesi che sosterremo è che la sostenibilità può diventare «sostenibile» solo con un cambio di rotta quanto meno sul piano del sistema economico globale. Inquadreremo anzitutto il problema nel suo più recente contesto economico; analizzeremo poi il c.d. «principio responsabilità», teorizzato da Hans Jonas nel 1979, che costituisce lo sfondo etico-teorico del principio di sostenibilità; passeremo quindi ad esaminare alcuni aspetti di norme internazionali rilevanti in materia di protezione ambientale, come l'Accordo di Parigi del 2015, e una serie di casi della giurisprudenza più recente che usa le norme internazionali sui diritti umani a fini di protezione ambientale. Concluderemo che il discorso giuridico sulla sostenibilità è poco credibile senza ridiscutere il sistema economico globale.

[10] Corte suprema delle Filippine, sentenza del 30 luglio 1993, p. 185, 187 s. («*Petitioners minors assert that they represent their generation as well as generations yet unborn. We find no difficulty in ruling that they can, for themselves, for others of their generation and for the succeeding generations, file a class suit. Their personality to sue on behalf of the succeeding generations can only be based on the concept of intergenerational responsibility insofar as the right to a balanced and healthful ecology is concerned. […] Such a right […] concerns nothing less than self-preservation and self-perpetuation […] the advancement of which may even be said to predate all governments and constitutions. As a matter of fact, these basic rights need not even be written in the Constitution for they are assumed to exist from the inception of humankind*»).

[11] P.J. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2003, p. 254.

[12] V. Lowe, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, in A.E. Boyle - D. Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford, 1999, p. 19 ss.

[13] M. Montini, *Investimenti internazionali, protezione dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, 2015, p. 56.

2. Capitalismo, «limiti dello sviluppo» e *green economy*

Il problema dei limiti della crescita economica nel sistema capitalistico in relazione alla concomitante crescita della popolazione mondiale è stato affrontato, in termini di «limiti dello sviluppo», in un famoso rapporto pubblicato nel 1972, commissionato al *Massachusetts Institute of Technology* (MIT, con sede a Cambridge nel Massachusetts) dal Club di Roma, un'associazione internazionale fondata nel 1968 con il fine di individuare e studiare i principali problemi dell'umanità (la cui prima riunione si svolse a Roma, da cui il nome)[14]. Il rapporto, al quale conviene fare un cenno, tracciava previsioni sulle conseguenze della continua crescita della popolazione sull'ecosistema terrestre e la stessa sopravvivenza della specie umana. La sua tesi era nel senso che la crescita economica non può continuare indefinitamente data la limitata disponibilità di risorse naturali e la limitata capacità del pianeta di assorbire gli inquinanti[15]. Dopo un primo aggiornamento nel 1992 con il titolo *Beyond the Limits*[16], il rapporto è stato riaggiornato nel 2004 con il titolo *Limits to Growth: The 30-Year Update*, che ricalcolava e sostanzialmente confermava i risultati precedenti[17]. La tesi sostenuta nel rapporto si collocava storicamente sulla scia del celeberrimo libro di T. Malthus del 1798 sul «principio di popolazione», secondo cui, mentre la popolazione cresce con tasso geometrico, la produzione di cibo, date le risorse terrestri finite, cresce aritmeticamente per cui il futuro sarebbe stato di disoccupazione e fame a meno che non si fossero controllate le nascite[18]. Sulla stessa scia si collocava il libro del biologo P.R. Ehrlich *The Population Bomb*, pubblicato nel 1968, il cui prologo è netto nel senso che «[t]he battle to feed all of humanity is over»[19].

Il rapporto del 1972 fu subito fortemente criticato, soprattutto dagli economisti, a causa di alcuni presunti errori di calcolo (compiuto attraverso

[14] Cfr. *clubofrome.org*.

[15] D.H. Meadows *et al.*, *The Limits to Growth*, New York, 1972, reperibile online in *donellameadows.org*, trad. it. *I limiti dello sviluppo*, Milano, 1972.

[16] D.H. Meadows *et al.*, *Beyond the Limits*, Post Mills, Vt., 1992, trad. it. *Oltre i limiti dello sviluppo*, Milano, 1992.

[17] D.H. Meadows *et al.*, *Limits to Growth: The 30-Year Update*, Post Mills, Vt., 2004, trad. it. *I nuovi limiti dello sviluppo*, Milano, 2006.

[18] T. Malthus, *An Essay on the Principle of Population As It Affects the Future Improvement of Society*, London, 1798, reperibile online in *archive.org*, trad. it. *Saggio sul principio di popolazione*, Torino, 1977.

[19] P.R. Ehrlich, *The Population Bomb*, New York, 1968, p. xi-xii («*The battle to feed all of humanity is over. In the 1970s hundreds of millions of people will starve to death in spite of any crash programs embarked upon now […] Nothing could be more misleading to our children than our present affluent society […] We are today involved in the events leading to famine and ecocatastrophe; tomorrow we may be destroyed by them. Our position requires that we take immediate action at home and promote effective action worldwide. We must have population control*

una simulazione su computer con la tecnologia dell'epoca) e della mancata considerazione del progresso tecnologico come fattore che avrebbe potuto sopperire alla finitezza delle risorse, e poi anche alla luce della realtà successiva che non avrebbe confermato le previsioni[20]. Altri commentatori hanno invece sostenuto che le previsioni del rapporto si sono sostanzialmente realizzate[21]. In ogni caso il dibattito sui limiti dello sviluppo è rimasto attuale e, sia pure in circostanze oggi in parte diverse, si è sostenuto che quel rapporto è per certi aspetti persino più attuale oggi che all'epoca della sua pubblicazione[22], come dimostrerebbe l'enciclica papale *Laudato si'* del 2015 sulla «cura della casa comune»[23]. La questione dei limiti della crescita resta comunque centrale per la realizzazione di un'economia globale «sostenibile» e «responsabile»[24]. Si è parlato altresì di «limiti planetari» (*planetary boundaries*) che «non vanno trasgrediti» per il mantenimento del «sistema Terra» nella direzione dello «sviluppo umano»[25].

Negli ultimi anni il principio dello sviluppo sostenibile è stato «rimodernato» alla luce delle nuove tendenze a favore della c.d. *green economy* affermatesi a seguito di proposte dell'UNEP (*United Nations Environment Programme*) a partire dal 2008 sotto forma di un *Global Green New Deal*, non a caso in concomitanza della crisi economico-finanziaria globale allora in

at home, hopefully through changes in our value system, but by compulsion if voluntary methods fail […] While this is being done, we must take action to reverse the deterioration of our environment before our planet is permanently ruined»).

[20] Ad esempio da C. Kaysen, *The Computer That Printed out W*O*L*F**, in *Foreign Affairs*, 1972, p. 660; R.M. Solow, *Is the End of the World at Hand?*, in *Challenge*, 1973, p. 39; N.I. Meyer – J.S. Nørgaard, *Policy Means for Sustainable Energy Scenarios*, 2010, reperibile in abstract online in *dmu.dk*; J.S. Nørgaard – J. Peet – K.V. Ragnarsdottir, *The History of The Limits to Growth*, in *Solutions*, 2010, p. 59.

[21] C. Turner, *A Comparison of the Limits to Growth with Thirty Years of Reality*, Canberra, 2008.

[22] U. Bardi, *The Limits to Growth Revisited*, New York, 2011.

[23] *Laudato si'*, Lettera enciclica del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune del 24 maggio 2015, Città del Vaticano, 2015.

[24] Per una proiezione sul futuro cfr. J. Randers, *2052: A Global Forecast for the Next Forty Years. A Report to the Club of Rome*, White River Junction, Vt., 2012, trad. it. *2052. Scenari globali per i prossimi quarant'anni. Rapporto al Club di Roma*, Milano, 2013.

[25] J. Rockstrom *et al.*, *A Safe Operating Space for Humanity*, in *Nature*, 2009, p. 472; J. Bellamy Foster – B. Clark – R. York, *The Ecological Rift: Capitalism's War on the Earth*, New York, 2010; W. Steffen *et al.*, *Planetary Boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet*, in *Science*, 2015, p. 736; J. Rockstrom *et al.*, *Sustainable Development and Planetary Boundaries*, paper presentato all'*High Level Panel on the Post-2015 Development Agenda*, United Nations, maggio 2013, in *post2015hlp.org*.

atto[26]. Il modello innovativo della *green economy* è pensato come complementare allo sviluppo sostenibile, diretto a riorientare la politica economica, sociale e ambientale elaborata a livello sia nazionale che internazionale e a reinterpretare in tale ottica le norme esistenti. Si tratta di una revisione parziale del modello neoliberista di sviluppo poiché lascia inalterata la centralità della crescita economica misurata in termini di prodotto interno lordo (PIL) ma apporta come correttivo la sostituzione progressiva dei combustibili fossili con fonti di energia rinnovabili e il ricorso all'innovazione tecnologica per ridurre le emissioni di carbonio.

Alcuni Paesi in sviluppo ed emergenti hanno criticato le proposte UNEP in quanto limiterebbero la propria sovranità nazionale sul controllo delle risorse naturali e si tradurrebbero in una «privatizzazione e mercificazione della natura» (*privatization and commodification of nature*), oltre che in misure protezionistiche sotto il pretesto della protezione ambientale. In effetti il sospetto che gli Stati dominanti nell'attuale sistema stiano cercando nuove strade per continuare a dominare il mercato, stavolta dei prodotti e servizi «verdi», non è irragionevole e induce a riflettere sulla reale possibilità di limitare l'efficientismo economico attraverso il ricorso agli stessi criteri di efficienza economica[27]. D'altro canto le teorie più radicali contro i rischi del sistema capitalistico attuale, come quella della «decrescita»[28], o le teorie proposte in ottica di etica e spiritualità cristiana, come quelle sull'«economia onesta»[29], sull'«economia carismatica»[30] e sull'economia «francescana»[31], pur apprezzabili laddove sottolineano l'esigenza di onestà, fraternità e gratuità per la vita umana anche nella sfera economica, quando non convergono semplicemente verso istanze di *green economy*, si prestano a serie obiezioni, di fronte alla complessità dell'economia globale odierna e alla sottostante varietà di culture, valori e interessi.

---

[26] Cfr. il rapporto UNEP del settembre 2009, reperibile all'indirizzo *unep.org*. Nell'ambito delle Nazioni Unite può essere consultato il sito *sustainabledevelopment.un.org*.

[27] Per le obiezioni cfr. ad esempio V. Shiva, *Economy Revisited. Will Green be the Colour of Money or Life?*, 26 luglio 2014, in *globalresearch.ca*.

[28] S. Latouche, *Le pari de la décroissance*, Paris, 2006, trad. it. *La scommessa della decrescita*, Milano, 2007. In proposito v. J. Bellamy Foster, *Capitalism and Degrowth: An Impossibility Theorem*, in *Monthly Review*, 2011, in *monthlyreview.org*.

[29] H. Kung, *Anständig wirtschaften: warum Ökonomie Moral braucht*, München/Zürich, 2010, trad. it. *Onestà. Perché l'economia ha bisogno di un'etica*, Milano, 2011.

[30] L. Bruni – A. Smerilli, *Benedetta economia. Benedetto di Norcia e Francesco d'Assisi nella storia economica europea*, Roma, 2013.

[31] M. Carbajo Nunez, *Crisis económica. Una propuesta franciscana*, Madrid, 2013, trad. it. *Economia francescana. Una proposta per uscire dalla crisi*, Bologna, 2014.

3. Il "principio responsabilità"

Prima di esaminare lo sviluppo sostenibile nel diritto internazionale conviene fare un cenno al suo sfondo etico-teorico, che è utile anche per comprendere la *ratio* delle relative disposizioni giuridiche[32]. Una delle opere fondamentali in merito è senz'altro *Il principio responsabilità* di Hans Jonas, pubblicato nel 1979. L'opera ha innescato un dibattito scientifico e pubblico che è divenuto sempre più ineludibile ed appare oggi più attuale che mai[33].

In sintesi, le idee centrali sviluppate da Jonas sono le seguenti: 1) le etiche «tradizionali», tutte antropocentriche e preoccupate solo del qui e ora, non sono più adeguate al rischio di danni irreparabili al pianeta e alla stessa umanità che oggi scienza e tecnologia possono produrre in termini spazio-temporali potenzialmente illimitati, cioè dovunque e nel lungo o lunghissimo periodo, danni impensabili in passato; 2) occorre allora una "nuova etica", una «etica del futuro»[34], che sia più adeguata alla potenziale irreparabilità dei danni attuali e che, a differenza delle etiche tradizionali, si proietti sul futuro e dovunque, con lo scopo di salvaguardare l'umanità dal rischio di estinzione; 3) la nuova etica costituisce un nuovo "imperativo categorico" di tipo kantiano[35] – anche se dell'etica kantiana Jonas non assume né il formalismo né la rilevanza delle intenzioni né l'antropocentrismo né la portata circoscritta al qui e ora –, un nuovo imperativo categorico che Jonas formula come segue «Agisci in modo che le conseguenze della tua azione siano compatibili con la permanenza di un'autentica vita umana sulla terra»[36]; 4) il fondamento di tale etica, ovvero

[32] Ci limitiamo qui ad illustrare *Il principio responsabilità* di Hans Jonas e rinviamo per gli approfondimenti alle interessanti riflessioni di F. Menga, *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, 2017; Id., *L'emergenza del futuro. I destini del pianeta e le responsabilità del presente*, Roma, 2021; Id., *Etica intergenerazionale*, Brescia, 2021.

[33] H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main, 1979, trad. it. *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2009.

[34] H. Jonas, *Il principio*, cit., p. 23, 33-39.

[35] *Ibid.*, p. 55. Una delle formulazioni dell'imperativo categorico kantiano nella *Critica della ragion pratica* e nella *Fondazione della metafisica dei costumi* è il seguente: "Agisci in modo che anche tu possa volere che la tua massima diventi legge universale" (*Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne*).

[36] Jonas fornisce altre tre formulazioni equivalenti del suo imperativo categorico: in negativo "Agisci in modo che le conseguenze della tua azione non distruggano la possibilità futura di tale vita"; "Non mettere in pericolo le condizioni della sopravvivenza indefinita dell'umanità sulla Terra"; tradotto nuovamente in positivo "Includi nella tua scelta attuale l'integrità futura dell'uomo come oggetto della tua volontà", in *Il principio*, cit., p. 16.

il fondamento del suo "dovere" o "dover-essere", è individuato nell'essere, nel senso che da "come il mondo è" va dedotta la legge etica del "come dobbiamo agire"[37] – contro la c.d. "legge di Hume", secondo cui dall'essere non si può dedurre logicamente un dover essere –, e più precisamente nel finalismo *intrinseco* della natura (ripreso dalla tradizione aristotelica e osteggiato dalla scienza moderna) secondo cui la natura ha uno scopo[38], a prescindere dall'uomo, e questo scopo è *continuare ad esistere*; 5) la nuova etica deve assumere la forma della "responsabilità", o della "cura", che ha il suo modello archetipico fondamentale nel rapporto genitoriale, cioè nella responsabilità dei genitori nei confronti dei figli, nonché in quello del politico verso la comunità; 6) il criterio-guida di questa nuova etica dovrebbe essere una "euristica della paura" che permetta di comportarsi, in caso di incertezza sui rischi, nel modo più cauto[39]. La conclusione di Jonas è che l'umanità dovrebbe perseguire (anziché un ideale di santità o perfezione, tipico delle etiche del passato) un obiettivo meno ambizioso, ma urgente, di far in modo che l'umanità continui ad esistere nel futuro, cioè che l'essere prevalga sul non-essere e la vita sulla non-vita, attraverso un dovere verso le future generazioni più che a se stessi nel presente, ossia una responsabilità votata non solo agli altri in genere ma ad altri che ancora non esistono. Alle utopie baconiana e marxista[40], Jonas preferisce un pragmatismo minimalista "anti-utopico"[41], legato ai risultati e non alle intenzioni, per il quale

[37] Ivi., p. 58-61.

[38] Ivi, p. 65 ss., p. 101 («Vogliamo […] assumere che la natura, prefiggendosi degli scopi o dei fini, pone anche valori»), p. 105 («L'uomo deve far sua nella propria volontà questa affermazione e imporre alle proprie facoltà la negazione del non-essere»), p. 175 («l'uomo è diventato un pericolo non solo per se stesso, ma per l'intera biosfera»), p. 179 («Quindi il *no al non essere* – e in primo luogo a quello dell'uomo – è al momento e fino a prova contraria la prima cosa in cui un'etica dell'emergenza per il futuro minacciato deve tradurre in azione collettiva il *sì all'essere*, reclamato dall'uomo in nome della totalità delle cose»).

[39] Ivi., p. xxvii, p. 34-35, p. 284-286 («la paura è oggi più necessaria che in qualsiasi altra epoca in cui, animati dalla fiducia nel buon andamento delle cose umane, si poteva considerarla con sufficienza una debolezza dei pusillanimi e dei nevrotici»), p. 286 («la paura fondata, non la titubanza, forse addirittura l'angoscia, ma mai lo sgomento e in nessun caso il timore o la paura per se stessi. Sarebbe invece effettivamente pusillanimità evitare la paura ove essa sia necessaria»).

[40] Ivi, p. 179 ss. Jonas considera il marxismo l'«esecutore del programma baconiano» (p. 182-185), ma nel complesso, almeno all'epoca in cui scriveva, l'utopia (in sé criticabile sul piano teorico e con tutti i suoi limiti anche sul piano pratico alla luce degli esistenti regimi comunisti nel mondo) che aveva più *chances* di riuscire ad imporre una "automoderazione dell'umanità" e sacrifici nel presente a favore delle future generazioni (p. 185-205, p. 222, p. 235-282).

[41] Ivi, p. 24, p. 205 («è tempo di rinunciare all'utopia», essendo «concepibile una maturità capace di rinunciare all'illusione, facendosi carico in nome della conservazione dell'umanità – semplicemente in virtù della paura anziché della

l'importante è già solo sopravvivere, cioè *non estinguersi*, e se possibile lasciare un mondo vivibile ai posteri.

Può essere opportuno a questo punto riprendere alcuni snodi chiave del pensiero di Jonas, escludendo quelli più strettamente filosofici, con le sue stesse parole. La tesi centrale del libro è subito indicata nella prefazione del libro: «Il Prometeo [cioè la Tecnica] irresistibilmente scatenato, al quale la scienza conferisce forze senza precedenti e l'economia imprime un impulso incessante, esige un'etica che mediante auto-restrizioni impedisca alla sua potenza di diventare una sventura per l'uomo»[42]. Secondo Jonas «l'etica [tradizionale] aveva a che fare con il qui e l'ora, con le occasioni quali si presentano fra gli uomini […] L'uomo buono era colui che affrontava con virtù e saggezza tali occasioni, coltivando in se stesso tale capacità e rassegnandosi per il resto all'ignoto […]. Nessun'etica del passato doveva tener conto della condizione globale della vita umana e del futuro lontano, anzi della sopravvivenza, della specie»[43]. Ma «[t]utto è decisamente mutato[e] l'ammonimento rivolto al singolo di onorare le leggi non sarebbe più sufficiente», al punto che la sfera dell'agire collettivo, "a causa dell'enormità delle sue forze, impone all'etica una nuova dimensione della responsabilità, mai prima immaginata», ora che «l'andare in rovina del tutto per effetto di azioni umane, giuste o ingiuste che siano, è diventato una possibilità reale»[44]. Oggi «il 'futuro' non è rappresentato in nessun organo collegiale né è una forza che possa gettare il proprio peso sulla bilancia» degli interessi, «[c]iò che non è esistente non possiede nessuna *lobby* e i non nati sono impotenti […] e quando essi lo potranno esigere, noi, i colpevoli non ci saremo più»[45].

Si pone allora il problema di come fondare la "nuova etica" della "responsabilità" sulle sorti del pianeta *nella temporalità*, ossia anche per i tempi più lontani, evitando di cadere nella "seduzione dell'eternità" ed evitando di "cadere in una visione riduttiva antropocentrica", a favore di una *responsabilità* del "transeunte"[46]. Per Jonas il punto è dimostrare che «esiste […] un *incondizionato dovere* dell'umanità all'esserci», che tra l'altro, «non va confuso con il dovere condizionato di esistere di ogni singolo»[47]. In altri termini, «[s]sussiste […] per l'umanità odierna, a partire dal *diritto* all'esistenza non ancora presente, ma anticipabile, dei posteri, un *dovere* di

speranza – di compiti per i quali era finora richiesta l'illuminazione di una promessa»), p. 225.

[42] Ivi., p. xxvii.

[43] Ivi, p. 8, p. 12.

[44] Ivi, p. 10, p. 15.

[45] Ivi, p. 30.

[46] Ivi, p. 101 ss., spec. p. 111, p. 175.

[47] *Ibid.*, p. 47 (corsivo nell'originale) («Sul diritto individuale al suicidio si può discutere, sul diritto dell'umanità al suicidio invece no»), p. 126.

paternità di cui deve rispondere, e in forza del quale noi siamo responsabili nei loro confronti di quelle azioni che possono avere così profonde ripercussioni»[48]. Si tratta di fondare «una pretesa all'essere, un *dover essere* dell'essere», considerando che «con la pura *attribuzione* di valore all'ente […] è già decisa la priorità dell'essere sul nulla»[49]. Il nuovo dovere «[g]enerato dal pericolo, spinge per forza di cose e in prima istanza verso un'etica della conservazione, della salvaguardia, della prevenzione e non del progresso e della perfezione» nel senso delle grandi utopie (che hanno fallito)[50]. La "responsabilità" come intesa da Jonas, cioè come «cura»[51], è ricondotta essenzialmente a due tipologie, distinte ma compenetrate, «quella dei genitori verso i figli e quella dell'uomo di Stato» verso i cittadini, delle quali «la responsabilità dei genitori […] costituisce davvero, filo- e onto-geneticamente, l'archetipo di ogni responsabilità»[52].

Su questa base, ad avviso di Jonas «su scala mondiale non possiamo più permetterci un incremento del benessere» e «la contrazione molto più della crescita dovrà diventare la parole d'ordine», prendendo pragmaticamente «congedo da un caro sogno giovanile, qual è per l'umanità l'utopia»[53]. Occorre distinguere il progresso scientifico dal progresso tecnologico ed entrambi dal progresso morale: «nella tecnica, diversamente che nella scienza, il progresso può essere eventualmente anche indesiderato», come nel caso della bomba atomica, e il bene supremo tende a configurarsi come «*potenza* esteriore»[54]. D'altro canto, nel campo etico e politico sociale «il quadro risulta di gran lunga meno evidente»[55]. Si tratta allora di «apprendere nuovamente il rispetto e l'orrore per tutelarci dagli sbandamenti del nostro potere», «[u]n'eredità degradata coinvolgerebbe nel degrado anche gli eredi […]. Conservare intatta quell'eredità attraverso i pericoli dei tempi, anzi, contro l'agire stesso dell'uomo, non è un fine utopico, ma il fine, non poi così modesto, della responsabilità per il futuro dell'uomo»[56].

---

[48] Ivi, p. 52 (corsivo nell'originale).

[49] Ivi, p. 61 (corsivo nell'originale).

[50] Ivi, p. 178.

[51] Ivi, p. 285 («La responsabilità è la *cura* per un altro essere quando venga riconosciuta come dovere, diventando 'apprensione' nel caso in cui venga minacciata la vulnerabilità di quell'essere», corsivo nell'originale).

[52] Ivi, p. 128 ss., spec. p. 163 («[…] il neonato, il cui solo respiro rivolge inconfutabilmente un 'devi' all'ambiente circostante affinché si prenda cura di lui»).

[53] Ivi, p. 205-206, p. 233 («la parola d'ordine deve essere *cautela* e non esuberanza», corsivo nell'originale), p. 244 («la *cautela*, soprattutto in caso di irreversibilità di alcuni fra i processi avviati, costituisce il lato migliore del coraggio e in ogni caso un imperativo della responsabilità», corsivo nell'originale).

[54] Ivi, p. 211-212 (corsivo nell'originale).

[55] Ivi, p. 213.

[56] Ivi, p. 286-287.

4. Accordo di Parigi del 2015 e Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile

Nel 2015, in occasione della 21ª Conferenza delle Parti della Convenzione di New York sui cambiamenti climatici del 1992 («CoP 21»), fu adottato l'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, in vigore dal 4 novembre 2016 al momento dell'adesione di 55 Stati che rappresentavano complessivamente il 55 per cento delle emissioni mondiali di gas serra (art. 21)[57]. L'Accordo consta del preambolo e di 29 articoli, formulati in modo assai criptico e circonvoluto, ed è annesso ad una decisione della CoP 21 che lo completa. Sull'Accordo sono stati subito formulati i più vari giudizi, sia positivi che negativi, ma nel complesso nei *media* è prevalsa l'idea che si trattasse di un accordo "storico" sulla protezione ambientale.

L'Accordo di Parigi si fonda sul presupposto che «[i]l cambiamento climatico rappresenta una minaccia urgente e potenzialmente irreversibile per le società umane e per il pianeta» e richiede «la massima cooperazione di tutti i Paesi» al fine di «accelerare la riduzione delle emissioni dei gas a effetto serra» (preambolo). Gli obiettivi dell'Accordo sono tre (mitigazione, adattamento e finanziamento) e sono così formulati: (*a*) «contenere l'aumento della temperatura media globale ben al di sotto di 2° C rispetto ai livelli preindustriali, e proseguire gli sforzi volti a limitare l'aumento di temperatura a 1,5° C rispetto ai livelli pre-industriali» attraverso riduzioni alle emissioni di gas serra (specie anidride carbonica e metano); (*b*) «aumentare la capacità di adattamento agli effetti avversi dei cambiamenti climatici e promuovere la resilienza ad essi e ad uno sviluppo a basse emissioni di gas ad effetto serra, in modo che non minacci la produzione alimentare»; (*c*) «rendere i flussi finanziari congrui con un percorso che conduca ad uno sviluppo a basse emissioni di gas ad effetto serra e resiliente ai cambiamenti climatici» (art. 2, par. 1). Per conseguire l'obiettivo (*a*) «le Parti tendono a raggiungere il picco globale di emissioni di gas ad effetto serra il più presto possibile», espressione generica e priva di vincoli, «così da raggiungere un equilibrio tra le fonti di emissioni antropiche e gli assorbimenti di gas ad effetto serra nella seconda metà del corrente secolo», cioè tra il 2050 e il 2100 (art. 4, par. 1)[58].

[57] Per un recente ottimo commentario sull'Accordo di Parigi v. G. van Calster – L. Reins (eds.), *The Paris Agreement on Climate Change: A Commentary*, Cheltenham, 2021.

[58] Il punto cruciale dell'Accordo di Parigi è la fissazione del tetto al surriscaldamento globale di 1,5-2° C rispetto ai livelli pre-industriali, cioè alla seconda metà del XIX sec. Attualmente si ritiene che la temperatura media globale si sia innalzata di circa 1,1-1,2° C rispetto ai livelli pre-industriali, con effetti avversi già palesi e gravi (desertificazione, scioglimento dei ghiacci, innalzamento dei mari,

Tutte le Parti contribuiscono alla lotta contro i cambiamenti climatici mediante la definizione volontaria (ovvero priva di vincoli internazionali) a livello nazionale dei propri impegni, detti «contributi stabiliti a livello nazionale» (*nationally determined contributions*, NDCs). È indubbiamente questa impostazione (c.d. *bottom-up*) che ha favorito il "successo" dell'Accordo. Infatti «[c]iascuna parte deve [*shall*] preparare, comunicare e mantenere la sequenza di contributi stabiliti a livello nazionale» e deve (*shall*) perseguire «misure nazionali di mitigazione, al fine di raggiungere gli obiettivi dei contributi anzidetti» (art. 4, par. 2). Dunque, da un lato, gli Stati parti hanno sì l'obbligo di preparare, comunicare e aggiornare periodicamente i propri NDCs; dall'altro, hanno l'obbligo di fare ragionevoli sforzi per attenervisi ma non di fissarli ad un dato livello internazionalmente imposto, né l'obbligo di rispettarli in termini assoluti. Al fine di assicurare una omogeneità dei dati che gli Stati sono tenuti a comunicare, l'Accordo prevede che i criteri di calcolo delle emissioni siano adottati a livello multilaterale dalla CoP (art. 4, par. 13). Gli impegni di mitigazione sono riesaminati periodicamente ogni cinque anni in modo che siano più elevati rispetto a quelli assunti in precedenza (art. 4, parr. 3 e 9). Di interesse è l'impegno di "progressione" o di "non regressione", secondo cui «gli sforzi delle Parti tracceranno, nel tempo, una progressione, riconoscendo, al contempo, l'esigenza di sostenere le Parti che sono Paesi in sviluppo» (artt. 3 e 4, par. 3).

La verifica periodica dell'attuazione dell'Accordo spetta alla Conferenza delle Parti «al fine di valutare i progressi collettivi compiuti verso la realizzazione dello scopo del[l]' Accordo e dei suoi obiettivi a lungo termine […] tenendo conto della mitigazione, dell'adattamento e dei mezzi di attuazione e sostegno, così come dell'equità e delle migliori conoscenze scientifiche disponibili» (art. 14, par. 1). La Conferenza delle Parti «tiene il suo primo bilancio globale nel 2023 e, periodicamente, ogni cinque anni successivi, tranne che stabilisca diversamente» (art. 14, par. 2). Il bilancio globale «offre indicazioni alle Parti per aggiornare e migliorare, in maniera

inondazioni, disastri naturali, ecc.). Si calcola che nel 2100 in assenza di misure di contenimento la temperatura sarà più alta di 4-5° C, mentre mantenendo le attuali misure sarà più alta di 3° C e adottando le misure promesse ai sensi dell'Accordo di Parigi sarà più alta di 2,5° C. Il limite di 1,5° C previsto dall'Accordo è stimato oggi estremamente improbabile, anche se tecnicamente ancora possibile se si provvedesse ad un taglio draconiano del 50% delle emissioni di gas serra tale da raggiungere le zero-emissioni (c.d. «neutralità climatica») entro il 2050. Nel 2019 Cina e Stati Uniti risultavano da soli responsabili del 40% di emissioni. Nel rapporto *The Truth Behind the Climate Pledges* del novembre 2019 il *Panel* inter-governativo sui cambiamenti climatici (IPCC) delle Nazioni Unite ha affermato, a quattro anni dalla conclusione dell'Accordo, che il livello di realizzazione degli impegni assunti dalle Parti dell'Accordo di Parigi nel 2015 erano largamente insufficienti al raggiungimento dell'obiettivo.

determinata a livello nazionale, le misure e il sostegno» conformi all'Accordo (art. 14, par. 3). L'Accordo istituisce inoltre un meccanismo «per facilitare l'attuazione e promuovere il rispetto delle [sue] disposizioni», costituito da un Comitato composto di esperti. Il Meccanismo «ha natura e funzione facilitativa, e opera in modo trasparente, non antagonistico e non punitivo», cioè senza possibilità di irrogare sanzioni agli Stati inadempienti. Il Comitato «presta particolare attenzione alle rispettive capacità e circostanze nazionali delle Parti», operando «secondo le modalità e le procedure adottate dalla Conferenza delle Parti» e riferendo annualmente alla Conferenza delle Parti (art. 15)[59].

Accanto all'Accordo di Parigi e agli altri trattati sulla protezione ambientale globale è oggi di rilievo la "Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile" (*Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*) adottata con la risoluzione n. 70/1 del 2015 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite e i c.d. *Sustainable Development Goals* (SDGs) che dal 2016 sostituiscono i *Millennium Development Goals* (MDGs) adottati nel 2000. Ispirata a cinque obiettivi principali (*People*, *Planet*, *Prosperity*, *Peace* e *Partnership*), l'Agenda prevede 17 SDGs e 169 *targets* "ambiziosi e globali", come si vede molti di più degli 8 *goals* e 18 *targets* dei precedenti MDGs, da realizzare entro il 2030[60]. Occorre sottolineare che la risoluzione n. 70/1

[59] Al 27 dicembre 2020 soprattutto gli Stati a rischio di sommersione, ma anche l'Unione Europea, hanno inviato i loro NDC e relative informazioni. Nell'NDC inviato il 17 dicembre 2020, insieme alle informazioni richieste ai fini della trasparenza, l'Unione Europea ha comunicato il suo impegno «vincolante» di ridurre almeno del 55% (rispetto al 1990) le emissioni di gas serra dal 2021 al 2030 (§ 27). Si tratta di una netta «progressione» rispetto al 20% indicato nel 2015 che è diretta a raggiungere il livello di zero-emissioni entro il 2050. Occorre riconoscere che l'impegno dell'Unione sembra realistico alla luce delle misure che l'Unione ha predisposto per i prossimi decenni (c.d. *European Green Deal*) e dei risultati ottenuti dal 2015 al 2020.

[60] I 17 SDGs sono i seguenti: (1) porre fine alla povertà in tutte le sue forme, ovunque (No poverty); (2) porre fine alla fame, garantire la sicurezza alimentare, migliorare la nutrizione e promuovere un'agricoltura sostenibile (Zero hunger); (3) garantire una vita sana e promuovere il benessere di tutti a tutte le età (Good health and well-being); (4) garantire a tutti un'istruzione inclusiva e promuovere opportunità di apprendimento permanente eque e di qualità (Quality education); (5) raggiungere la parità di genere attraverso l'emancipazione delle donne e delle ragazze (Gender equality); (6) garantire a tutti la disponibilità e la gestione sostenibile di acqua e servizi igienico-sanitari (Clean Water and Sanitation); (7) assicurare la disponibilità di servizi energetici accessibili, affidabili, sostenibili e moderni per tutti (Affordable and Clean Energy); (8) promuovere una crescita economica inclusiva, sostenuta e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva e un lavoro dignitoso per tutti (Decent Work and Economic Growth); (9) costruire infrastrutture solide, promuovere l'industrializzazione inclusiva e sostenibile e favorire l'innovazione (Industry, Innovation and Infrastructure); (10) ridurre le

non è giuridicamente vincolante e quindi contiene tutt'al più princìpi che potrebbero acquistare un rilievo giuridico se inseriti in (o in quanto richiamati da) altri atti normativi vincolanti.

Nonostante l'entusiasmo e il tono da quasi imminente Paese di Bengodi che ha circondato gli SDGs nei *media*, dove si è parlato persino della loro "entrata in vigore" dal 1° gennaio 2016 benché non siano giuridicamente vincolanti – il che è inevitabile se si considera che sono formulati e comunicati in forma di slogan – la loro realizzazione ad un livello significativo è improbabile, come la stessa Banca mondiale ha subito rilevato una settimana dopo l'adozione nel rapporto *Ending Extreme Poverty and Sharing Prosperity: Progress and Policies* («*meeting the global poverty target by 2030 remains aspirational in all but the most optimistic of scenarios*»[61]), a *fortiori* oggi in conseguenza della pandemia del Covid-19. In dottrina si discute sulla natura giuridica degli SDGs al fine, non molto persuasivo, di considerarli in qualche modo vincolanti, e vincolanti per tutti gli Stati, in particolare come princìpi generali del diritto internazionale. Il problema degli SDGs non è naturalmente nei loro (del tutto condivisibili) princìpi ispiratori, né nella loro (altamente probabile) mancata realizzazione nel 2030, bensì nel loro confezionamento in cui tutto il "buono" è da una parte senza tener conto che *in pratica* certi SDGs sono incompatibili con altri, a meno che non si trovino rimedi alle loro cause di fondo[62].

---

disuguaglianze all'interno e tra i Paesi (Reduced Inequalities); (11) creare città sostenibili e insediamenti umani che siano inclusivi, sicuri e solidi (Sustainable Cities and Communities); (12) garantire modelli di consumo e produzione sostenibili (Responsible Consumption and Production); (13) adottare misure urgenti per combattere il cambiamento climatico e le sue conseguenze (Climate Action); (14) conservare e utilizzare in modo sostenibile gli oceani, i mari e le risorse marine per uno sviluppo sostenibile (Life Below Water); (15) proteggere, ristabilire e promuovere l'utilizzo sostenibile degli ecosistemi terrestri, gestire le foreste in modo sostenibile, combattere la desertificazione, bloccare e invertire il degrado del suolo e arrestare la perdita di biodiversità (Life on Land); (16) promuovere società pacifiche e inclusive per lo sviluppo sostenibile, fornire l'accesso alla giustizia per tutti e costruire istituzioni effettive, responsabili e inclusive ad ogni livello (Peace, Justice and Strong Institutions); (17) rafforzare gli strumenti di attuazione e rivitalizzare la partnership globale per lo sviluppo sostenibile (Partnerships for the Goals) (cfr. www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals).

[61] M. Cruz *et al.*, *Ending Extreme Poverty and Sharing Prosperity: Progress and Policies*, Washington, DC, 2015, p. 23.

[62] Per un'interessante analisi empirica, che mostra come gli obiettivi di sostenibilità ambientale (nn. 6, 12-15) non siano compatibili con quelli di crescita economica (n. 8) alla luce dei dati e modelli oggi disponibili, v. J. Hickel, *The Contradiction of the Sustainable Development Goals: Growth versus Ecology on a Finite Planet*, in *Sustainable Development*, 2019, p. 873.

Sta di fatto che nel rapporto del 2020 delle Nazioni Unite sugli obiettivi di sviluppo sostenibile si afferma che il mondo non solo ha perso terreno rispetto agli SDGs del 2030 ma è andato ancora peggio sul piano delle disuguaglianze nel c.d. «Sud Globale»[63].

5. La prassi giurisprudenziale più recente sul diritto all'ambiente salubre

La tendenza più recente volta a dare un peso ai trattati sulla protezione ambientale, di per sé scarsamente efficaci, passa per i trattati sui diritti umani, specie reinterpretando il diritto ad un ambiente salubre, laddove presente o ricavabile per via interpretativa[64]. Si tratta di una prassi giurisprudenziale piuttosto significativa sulla quale conviene soffermarsi.

È un fatto che, benché altri trattati non lo prevedano espressamente, il diritto all'ambiente salubre è stato ricavato dai trattati esistenti sui diritti umani mediante interpretazione degli organi di controllo, estendendo la portata del diritto alla vita o del diritto al rispetto della vita privata e sostenendo che le norme relative a tali diritti comportano un obbligo positivo degli Stati parti di adottare tutte le misure ragionevoli e adeguate per assicurare un ambiente salubre, in particolare di regolare il settore industriale privato, e di attuare le leggi di protezione ambientale. Ad esempio, la Corte europea dei diritti umani[65], pur rilevando che «né l'art. 8 né alcun'altra disposizione della Convenzione [europea sui diritti umani] sono pensati per fornire una protezione generale dell'ambiente in quanto tale», ha ribadito che «un grave inquinamento ambientale può incidere sul benessere degli individui ed impedire loro di godere delle loro abitazioni al punto da ripercuotersi negativamente sulla loro vita privata e familiare, anche senza mettere in pericolo gravemente la loro salute». Inoltre, la Corte

[63] Per un commento, che denuncia il silenzio del rapporto sulla "normalizzazione" delle violazioni dei diritti umani in atto nel mondo, anche a seguito dell'emergenza del Covid-19, v. D. Desierto, *SDG Report 2020: The Civil, Political, Economic, Social, Cultural, and Development Rights Crises Deepening in the Global South*, in *EJIL Talk!*, 15 luglio 2020.

[64] Il diritto ad un ambiente salubre venne adombrato per la prima volta nel principio n. 1 della Dichiarazione di Stoccolma del 1972 sull'ambiente umano. In seguito, è stato espressamente previsto nell'art. 24 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981 come un diritto collettivo di «tutti i popoli», nell'art. 11 del Protocollo di San Salvador del 1988 addizionale alla Convenzione americana dei diritti umani e nel preambolo della Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale del 1998.

[65] Corte EDU, 22 maggio 2003, ric. 41666/98, *Kyrtatos c. Grecia*.

ha accertato la violazione del diritto di proprietà privata previsto dall'art. 1 del Protocollo n. 1 aggiuntivo alla Convenzione europea, e correlativo obbligo "positivo", nel caso di Stati parti del Protocollo che non avevano adottato adeguate misure atte a prevenire inquinamenti da parte di privati su beni altrui. Un orientamento simile a quello della Corte europea è stato seguito da altri organi di controllo sui diritti umani, come il Comitato ONU dei diritti umani e la Corte inter-americana dei diritti umani, con riguardo in particolare alla possibilità dei popoli indigeni di vivere secondo il loro stile di vita[66].

Negli ultimissimi tempi, soprattutto dal 2015, si sta assistendo ad una moltiplicazione di casi dinanzi a tribunali interni e organi internazionali nei quali *specificamente il riscaldamento globale* e *in relazione all'Accordo di Parigi* viene considerato in termini di diritti umani, con esiti alterni a seconda dei casi ma via via sempre più favorevoli alla protezione ambientale. Accade così che gli impegni assunti dagli Stati sulla riduzione delle emissioni di gas serra, e persino un sufficiente numero di risoluzioni non vincolanti, vengano incorporati per interpretazione negli obblighi positivi che gli stessi Stati hanno nelle norme pertinenti dei trattati sui diritti umani, di solito quelle sul diritto alla vita e sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, con il risultato che obblighi deboli (come quelli di *due diligence* dell'Accordo di Parigi del 2015) o inesistenti (perché contenuti in strumenti non vincolanti) finiscono per diventare vincolanti ed effettivi in contesti normativi diversi da quelli originari, ad esempio in quanto assunti a parametro interpretativo degli obblighi positivi della Convenzione europea dei diritti umani o delle Costituzioni nazionali volta a volta rilevanti. È inoltre degno di nota che diversi casi siano stati promossi recentemente da minorenni invocando il principio della responsabilità inter-generazionale e che il Comitato ONU dei diritti umani abbia considerato, nella decisione *Teitiota* del 2019[67], il

[66] V., ad esempio, Corte inter-americana dei diritti umani, parere del 15 novembre 2017, *Ambiente e diritti umani*, parr. 35, 47, 56-57, 102; Corte EDU, 24 gennaio 2019, ricc. 54414/13 e 54264/15, *Cordella e altri* c. *Italia*; Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite, decisione del 25 luglio 2019, *Cáceres*, com. 2751/2016, parr. 7.5, 7.8 (per un commento v. G. Reeh, *Human Rights and the Environment: The UN Human Rights Committee Affirms the Duty to Protect*, in *EJIL Talk!*, 9 settembre 2019); Corte inter-americana dei diritti umani, 6 febbraio 2020*, Associazione delle Comunità indigene Lhaka Honat c. Argentina*, par. 272 (per un commento v. P. Patarroyo, *Justiciability of "Implicit" Rights: Developments on the Right to a Healthy Environment at the Inter-American Court of Human Rights*, in *EJIL Talk!*, 11 maggio 2020).

[67] Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite, decisione del 24 ottobre 2019, *Teitiota*, com. 2728/2016). Per una sintesi del caso e le sue implicazioni v. C. Focarelli, *Diritto internazionale*, Milano, 2021, par. 140.5, p. 458, s. Per un commento v. A. Maneggia, Non-refoulement *of Climate Change Migrants: Individual Human Rights*

cambiamento climatico come una situazione che può comportare una violazione grave di diritti umani fondamentali potenzialmente suscettibile di innescare il divieto di respingimento.

Con riguardo alla giurisprudenza sui cambiamenti climatici nell'ambito dei diritti umani esiste un'ampia prassi giurisprudenziale che è opportuno esaminare, almeno limitatamente ai casi più recenti e significativi.

Nella sentenza n. 4360 del 5 aprile 2018 la Corte suprema della Colombia ha osservato che le autorità colombiane, avendo contribuito ai cambiamenti climatici attraverso la deforestazione, hanno violato obblighi derivanti da diversi trattati sui diritti umani e sull'ambiente che costituiscono un «ordine pubblico mondiale ecologico», arrivando ad affermare che «al fine di proteggere l'ecosistema vitale per il futuro del globo […] la regione amazzonica colombiana è riconosciuta come un'entità, un 'soggetto di diritti'»[68].

Il 23 settembre 2019 l'attivista ambientalista svedese Greta Thunberg, insieme ad altri 15 giovani, ha promosso un ricorso al Comitato per i diritti dei fanciulli delle Nazioni Unite contro cinque Stati (Argentina, Brasile, Francia, Germania e Turchia), ritenuti i maggiori emittenti tra gli Stati parti del Protocollo che consente il ricorso al Comitato, sostenendo che l'inquinamento da emissioni di gas serra viola i loro diritti alla vita, alla salute e alla pace sanciti dalla Convenzione ONU del 1989 sui diritti del fanciullo. Secondo i ricorrenti «[l]a crisi climatica non è una minaccia futura astratta» considerando che «[l]'aumento della temperatura media globale di 1,1° C sta attualmente causando ondate di caldo devastanti, incendi di foreste, episodi meteorologici estremi ricorrenti, inondazioni e l'innalzamento del livello dei mari» e che i bambini di oggi sono i più esposti alle conseguenze dei cambiamenti climatici in quanto erediteranno un pianeta molto diverso da quello dei loro genitori[69]. Con decisione del 22 settembre 2021 il Comitato ha dichiarato il ricorso irricevibile per il mancato esperimento dei ricorsi interni ai sensi dell'art. 7, lett. *e*), del Protocollo opzionale alla Convenzione del 1989[70]. Il Comitato ha tuttavia ribadito che «i cambiamenti climatici pongono rischi significativi per il godimento dei diritti umani garantiti nella Convenzione, quali il diritto alla vita, il diritto ad

Protection or "Responsibility to Protect"? The Teitiota *Case Before the Human Rights Committee*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 635.

[68] Per un commento v. M. Brilman, *Environmental Rights and the Legal Personality of the Amazon Region*, in *EJIL Talk!*, 24 aprile 2018.

[69] Per il testo della comunicazione contro l'Argentina v. *earthjustice.org*; per un'analisi in termini di diritto internazionale v. S. Gerbig, *Thank you, Greta & friends! Procedural aspects on the climate crisis-related communication to the UN Committee on the Rights of the Child*, in Voelkerrechtsblog, 2 ottobre 2019.

[70] Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite, decisione del 22 settembre 2021, *Chiara Sacchi et al. c. Argentina*, com. 104/2019.

un'alimentazione e ad un alloggio adeguati, il diritto alla salute, il diritto all'acqua e i diritti culturali» e che «la mancata adozione di misure volte a prevenire un danno prevedibile ai diritti umani causato dai cambiamenti climatici o a regolamentare attività che contribuiscono a tale danno, può costituire una violazione degli obblighi degli Stati in materia di diritti umani! (par. 10.6). È inoltre significativo che il Comitato abbia accertato la propria giurisdizione ai sensi dell'art. 5, par. 1, del Protocollo opzionale, precisando che in caso di danni transfrontalieri, lo Stato nel cui territorio le emissioni hanno avuto origine (e che controlla le fonti di tali emissioni) esercita la propria giurisdizione anche nei confronti di bambini che pure si trovino fuori dal proprio territorio quando sussista un nesso di causalità tra gli atti o le omissioni dello Stato in questione e l'impatto negativo sui diritti dei minori (par. 10.7). Su tali presupposti, il Comitato ha concluso che i ricorrenti avevano dimostrato, nel caso di specie, che la lesione dei diritti loro spettanti in base alla Convenzione del 1989 a causa di atti o omissioni dell'Argentina per l'emissione di carbonio proveniente dal suo territorio, era ragionevolmente prevedibile, precisando altresì che i ricorrenti avevano dimostrato *prima facie* di avere subito personalmente un danno reale e significativo tale da giustificare il loro *status* di vittima ai sensi della Convenzione (par. 10.14).

Nella sentenza *Urgenda* del 2018 la Corte d'appello de L'Aja ha confermato la sentenza di prima istanza ingiungendo allo Stato dei Paesi Bassi di ridurre le emissioni di gas serra più velocemente di quanto previsto dal Governo (parr. 43-45). Ad avviso della Corte il rifiuto dello Stato di impegnarsi almeno per il 25% viola il suo dovere di protezione ai sensi degli artt. 2 e 8 CEDU. La Corte suprema olandese ha confermato la sentenza di appello il 20 dicembre 2019, precisando che «[l]'obbligo di adottare misure appropriate ai sensi degli artt. 2 e 8 CEDU ricomprende il dovere dello Stato di adottare misure preventive per far fronte al pericolo, ancorché la concretizzazione di tale pericolo sia incerta, il che è coerente con il principio precauzionale»[71], del quale peraltro la Corte non indica il valore giuridico nel diritto internazionale (par. 5.3.2) ma cita l'art. 3, par. 3, della Convenzione di New York sui cambiamenti climatici del 1992 (par. 5.7.3)[72].

In direzione opposta è la sentenza del 17 gennaio 2020 nel caso *Juliana*, laddove la Corte d'appello per il nono circuito degli Stati Uniti ha respinto un ricorso presentato da 21 minori, rappresentati dai rispettivi tutori, che si ritenevano titolari di un diritto costituzionalmente protetto a vivere in un mondo abitabile libero da catastrofi climatiche. Pur riconoscendo che la questione dei cambiamenti climatici sia importante e

[71] Cfr. C. Focarelli, *Diritto internazionale*, cit., par. 175.4, p. 585.

[72] Per un commento v. A. Nollkaemper – L. Burgers, *A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the* Urgenda *Case*, in *EJIL Talk!*, 6 gennaio 2020.

attuale, la Corte ha escluso la sua competenza a pronunciarsi in una materia coinvolgente complesse decisioni politiche affidate alla discrezionalità del Congresso e dell'Esecutivo. In ogni caso, secondo la Corte, non risultava dagli atti che il Governo fosse stato totalmente inerte[73]. Il 10 febbraio 2021 la Corte d'appello in seduta plenaria ha emesso un ordine con il quale è stato negato l'appello[74]. Il giudice Aiken ha comunque ordinato un incontro delle parti per discutere una possibile soluzione della controversia[75].

Anche nel caso *Minister for the Environment* c. *Sharma*, la Corte federale dell'Australia, con sentenza del 15 marzo 2022 ha rigettato la decisione del 27 maggio 2021[76] nella quale era stato sancito un obbligo (precisamente un "*duty of care*") a carico del Ministro per l'ambiente australiano di tener conto dei danni climatici nell'approvazione di nuovi progetti sull'energia visti gli effetti nocivi a danno di giovani al di sotto dei 18 anni[77].

Nella sentenza *Plan B Earth* del 27 febbraio 2020 la Corte d'appello d'Inghilterra e Galles ha sospeso l'efficacia di una decisione (denominata *Airports National Policy Statement*, ANPS) del 2018 dell'allora Segretario di Stato che aveva indicato l'aeroporto di Heathrow a Londra come luogo preferenziale per una nuova pista di atterraggio dal momento che, al momento della decisione, il Segretario di Stato non aveva tenuto conto dell'Accordo di Parigi del 2015 (ratificato dal Regno Unito nel 2016) come richiesto dall'*UK Climate Change Act 2008*, configurando così una "*misdirection of law*"[78]. Il 16 dicembre 2020 la Corte suprema del Regno Unito ha rigettato la decisione della Corte d'appello[79]. Pur precisando che l'Accordo di Parigi non è stato recepito nell'ordinamento interno (par. 108) e che esso non prevede un obbligo per gli Stati di adottare misure interne volte a perseguire gli obiettivi di cui agli artt. 2 e 4 (par. 71), la Corte ha concluso che il Regno Unito aveva comunque tenuto conto degli obblighi derivanti dall'Accordo di Parigi ai fini della decisione ANPS sull'aeroporto di Heathrow (par. 132).

In un ricorso distinto, l'organizzazione *Plan B Earth* e altri avevano convenuto in giudizio, tra gli altri, il Primo Ministro del Regno Unito

[73] *Juliana v. United States*, 947 F.3d 1159 (9th Cir. 2020). Il testo è disponibile all'indirizzo *cdn.ca9.usgcourts.gov*.

[74] *Juliana v. United States*, 986 F.3d 1295 (9th Cir. 2021). Il testo è disponibile all'indirizzo *ourchildrenstrust.org*.

[75] *Ibid.*

[76] *Sharma c. Minister for the Environment*. Il testo è disponibile all'indirizzo *judgments.fedcourt.gov.au*.

[77] *Sharma v Minister for the Environment* [2021] FCA 560. Il testo è disponibile all'indirizzo *judgments.fdcourt.gov.au*.

[78] *R (Plan B Earth and others) v Secretary of State for Transport and others* [2020] EWCA Civ 214. Il testo è disponibile all'indirizzo *bailii.org*, par. 227.

[79] [2020] UKSC 52. Il testo è disponibile all'indirizzo *supremecourt.uk*:

lamentando l'assenza di misure efficaci per il rispetto dei limiti sulle emissioni di gas serra stabiliti con l'Accordo di Parigi. Nella sentenza del 21 dicembre 2021, l'Alta Corte di giustizia del Regno Unito (*High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court*) ha precisato che i giudici britannici non hanno giurisdizione su presunte violazioni dell'Accordo di Parigi da parte del Regno Unito, trattandosi di un accordo internazionale che non è stato recepito nell'ordinamento interno (parr. 6, 25)[80]. La Corte ha altresì escluso una possibile violazione degli artt. 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti umani sottolineando l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in materie quali la politica fiscale e tributaria (parr. 6, 50) e precisando che, in ogni caso, non vi erano prove che i ricorrenti corressero un rischio immediato per il diritto alla vita o al rispetto della vita privata e familiare nel Regno Unito (par. 6).

Ancora in direzione opposta il Tribunale federale supremo svizzero, nella sentenza *Senior Women for Climate Protection* del 5 maggio 2020, ha respinto un ricorso presentato da un'associazione ambientalista svizzera sostenendo che i tempi non siano ancora maturi per accogliere un reclamo per violazione di diritti fondamentali fondato sui cambiamenti climatici. Nel ricorso si denunciava che la Svizzera non avesse adottato misure idonee per il rispetto del tetto di 1,5-2° C dell'Accordo di Parigi in violazione degli artt. 10, 73 e 74 Cost. elvetica (rispettivamente sul diritto alla vita, sul principio di sostenibilità e sul principio di precauzione) e degli artt. 2 e 8 CEDU[81]. Il 6 novembre 2020 i ricorrenti hanno adito la Corte europea dei diritti umani[82], e il 29 aprile 2022 il caso è stato deferito alla Grande Camera[83].

Nella sentenza *Friends of the Irish Environment* del 31 luglio 2020 la Corte suprema irlandese ha annullato per contrasto con il *Climate Act*, la legge irlandese sul clima del 2015, il Piano di Mitigazione Nazionale (*National Mitigation Plan*) adottato dal Governo nel 2017 ritenendo che il Piano non specificasse in modo sufficiente (essendo secondo la Corte «*excessively vague*», «*aspirational*», «*leaving too much* […] *to further study or investigation*») il modo in cui doveva essere realizzato «l'obiettivo nazionale transitorio», da intendersi, secondo la legge del 2015, come «*transition to a low carbon, climate resilient, and environmental sustainable economy*» entro il 2015[84].

---

[80] [2021] EWHC 3469. Il testo è disponibile all'indirizzo *climatecasechart.com*.

[81] Per un commento v. **M**. McDermott, *Switzerland Supreme Court Finds it is Too Early to Claim Fundamental Human Rights Violations Based on Climate Change*, in *EJIL Talk!*, 12 maggio 2020.

[82] *Verein Klimaseniorinnen Schweiz e altri* c. *Svizzera* (ric. 53600/20).

[83] Per un commento v. **E**. Schmid, *Victim Status Before the ECtHR in Cases of Alleged Omissions: The Swiss Climate Change*, in *EJIL Talk!*, 30 aprile 2022.

[84] [2019] IEHC 747. Per un commento v. O. Kelleher, *The Supreme Court of Ireland's Decision in Friends of the Irish Environment v Government of Ireland ("Climate Case Ireland")*, 9 settembre 2020.

Nell'ambito dei ricorsi presentati da minori ad organi di controllo internazionali merita un cenno anche il ricorso alla Corte europea dei diritti umani del 3 settembre 2020 da parte di sei cittadini portoghesi di età compresa dagli 8 ai 21 anni, con l'assistenza dell'ONG *Global Legal Action Network*, contro 33 Stati parti della CEDU, ritenuti i maggiori emittenti di gas serra in Europa, compresa l'Italia, per non aver adottato misure adeguate rispetto a quanto previsto da altri trattati (tra i quali l'Accordo di Parigi del 2015 e la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989) in violazione degli artt. 2, 8 e 14 CEDU. Un problema del ricorso è che imputa ai 33 Stati accusati l'aver adottato misure atte a ridurre le emissioni soltanto nei loro territori e non anche fuori, il che va ben oltre la giurisprudenza ambientale della Corte (e dello stesso Accordo di Parigi). Un altro problema è che i ricorrenti non hanno tentato di adire i tribunali interni prima di rivolgersi alla Corte, come richiesto dall'art. 35, par. 1, CEDU, ritenendo che farlo fosse non solo impraticabile ma anche inutile (data l'assenza di rimedi effettivi) in tutti i 33 Stati accusati. Al 7 gennaio 2021 la Corte aveva soltanto comunicato il ricorso agli Stati accusati[85]. Il caso è tuttora pendente dinanzi alla Corte europea la quale, da ultimo, ha indicato il termine di febbraio 2022 per la replica dei ricorrenti alle argomentazioni dei governi convenuti[86].

Due ricorsi analoghi sono stati presentati il 3 marzo 2021 alla Corte europea dei diritti dell'uomo contro l'Italia e altri 32 Stati parti della Convenzione europea da due ragazze italiane di 20[87] e 18 anni[88] le quali lamentano la violazione degli artt. 2 e 8 della Convenzione per l'assenza di misure efficaci predisposte dagli Stati convenuti per conformarsi all'Accordo di Parigi.

Di nuovo in direzione opposta è il caso *Greenpeace Nordic Association* nel quale una coalizione di gruppi ambientalisti si era rivolta ai giudici norvegesi per far dichiarare che il Governo della Norvegia, avendo emesso una serie di licenze per l'estrazione di gas e di petrolio nel mare di Barents, ritenute incompatibili con il limite di 1,5-2° C fissato dall'Accordo di Parigi del 2015, aveva violato "il diritto ad un ambiente salubre" sancito dall'art. 112 Cost. norvegese. Il 4 gennaio 2018 la Corte distrettuale di Oslo ha respinto il ricorso ritenendo che il Governo avesse adottato tutte le misure idonee e che «le emissioni di CO2 all'estero derivanti da petrolio e gas

[85] Per un commento v. O.W. Pedersen, *The European Convention of Human Rights and Climate Change – Finally!*, in *EJIL Talk!* 22 settembre 2020.

[86] Reperibile all'indirizzo *youth4climatejustice.org*.

[87] *De Conto* c. *Italia e altri 32 Stati* (ric. 14620/21).

[88] *Uricchio* c. *Italia e altri 32 Stati* (ric. 14615/21). Per i diversi ricorsi pendenti dinanzi alla Corte europea e ai giudici nazionali su presunte violazioni dei diritti umani derivanti da omissioni degli Stati circa il rispetto dell'Accordo di Parigi e in genere i danni derivanti dai cambiamenti climatici, v. climatecasechart.com/non-us-case-category/human-rights.

esportato dalla Norvegia sono irrilevanti» ai fini dell'art. 112 Cost. Impugnata la sentenza, il 22 gennaio 2020 la Corte di appello di Bogarting ha confermato la sentenza di prima istanza, osservando che la soglia per la violazione dell'art. 112 è elevata e che i giudici dovrebbero evitare di sindacare le decisioni degli organi politici[89]. Il 22 dicembre 2020 la Corte suprema norvegese ha confermato la sentenza di appello, considerando tra l'altro che le emissioni future derivanti da petrolio sono troppo incerte al momento per arrestare la concessione delle licenze[90]. Il 15 giugno 2021 la *Greenpeace Nordic Association* ha presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione da parte della Norvegia degli artt. 2 e 8 della Convenzione[91]. La Norvegia ha chiesto recentemente alla Corte l'archiviazione del caso sostenendo che, in seguito all'intervento militare della Federazione Russa in Ucraina, si renderà necessario reperire maggiori risorse di petrolio e gas negli anni a venire[92].

6. Sostenibilità, neoliberismo e volontà di potenza

Possiamo a questo punto riprendere il "principio responsabilità" di Jonas e svolgere qualche riflessione di sintesi. La tesi di Jonas ha ricevuto diverse critiche in ambito filosofico, soprattutto laddove accoglie il finalismo della natura della tradizione aristotelica, contro l'assunto peculiare della scienza moderna per cui l'analisi scientifica è circoscritta alle cause efficienti prossime e non deve estendersi alla causa finale dell'ordine cosmico, che è spesso legata a motivazioni metafisiche e/o religiose. Un altro punto debole della tesi di Jonas è il fondamento stesso del principio responsabilità in un "dover essere", cioè in un *obbligo* etico-giuridico a carico dei viventi, che viene ricavato dall'"essere" del mondo attuale, contro l'idea che una situazione *di fatto* (come l'attuale rischio di danni irreparabili al pianeta) non implica *logicamente* un *obbligo* (in questo caso di agire a favore delle generazioni future). Una terza obiezione è che Jonas, pur criticandolo, vedeva nel marxismo le maggiori *chances* per il suo principio di imporsi, essendo il capitalismo per natura ostile ad autolimitarsi, e oggi il marxismo (o almeno quel seguito che aveva negli anni '70 del XX sec.) non esiste più. Ma, al di là delle obiezioni di carattere filosofico, rimane il fatto che, per quanto il "principio responsabilità" sia quanto mai ragionevole e si fondi in definitiva su un senso elementare di responsabilità, non si può dire che esso

[89] Per un commento v. H. Duffy, L. Maxwell, *People v Arctic Oil before Supreme Court of Norway – What's at Stake for Human Rights Protection in the Climate Crisis?,* in *EJIL:Talk!*, 13 novembre 2020.

[90] Il testo delle tre sentenze è reperibile all'indirizzo *climatecasechart.com.*

[91] Reperibile all'indirizzo *greenpeace.org*.

[92] Reperibile all'indirizzo *impakter.com*.

abbia fatto presa nei rapporti effettivi tra gli Stati e nel diritto internazionale. Può così suonare fuori luogo dolersi, con ragione, del c.d. "presentismo" (cioè della attuale dominante "tirannia del presente") o accusare gli Stati di non impegnarsi troppo nella difesa del principio senza chiedersi *come mai* un principio così "ragionevole" non riesca ad imporsi sul piano internazionale, benché sia accolto ormai sempre più a livello nazionale (come dimostra il nuovo art. 9 Cost. italiana) e in sempre più casi dinanzi a tribunali interni.

Se si cercano le cause probabilmente un ruolo centrale ha la competizione degli Stati nell'attuale sistema-mondo, sia di carattere economico (e qui gioca un ruolo determinante il modello "liberista" del diritto internazionale economico nella sua versione post-guerra fredda), sia (più nel profondo) di carattere politico-strategico. Come possono gli Stati «fidarsi» l'uno dell'altro e rinunciare a dosi di potenza nella lotta per la loro sopravvivenza già oggi rischiando di essere sopraffatti domani da altri Stati che continuassero a perseguire il loro massimo vantaggio? Come può il neoliberismo globale "pensare" a una "responsabilità" nel senso di Jonas, e in generale a "beni pubblici" demercificati, se nel neoliberismo non c'è altro che "merce" e profitto? Come è possibile la "sostenibilità", cioè una auto-limitazione, nella *corsa competitiva* alla potenza economica, politica e militare finalizzata a rimanere in vita *ora*? Il diritto internazionale, come il diritto in genere, riflette le forze che lo creano e lo fanno rispettare, ma se queste forze vogliono e impongono regole di potenza, come possono eventuali altre regole di segno contrario davvero funzionare? Si potrebbe rispondere che basterebbe una spinta "dal basso". Ma chi è disposto, ad esempio, a rinunciare ad una parte di ricchezza e di benessere per non si sa bene chi nel futuro mentre intanto è certo che meno ricchezza e benessere gli rendono, e rendono ai *propri* figli, la vita più difficile subito?

Il "principio responsabilità" vale per i vivi di oggi e i vivi di oggi anzitutto devono cercare di sopravvivere proprio nell'oggi *per poter arrivare* ad un *eventuale* domani. Non solo il domani è a rischio, come ricorda Jonas, ma anzitutto *l'oggi stesso*. Per molti il punto non è come assicurare la sopravvivenza domani ma come sopravvivere oggi stesso affinché ci sia un domani. L'uomo e la sua sopravvivenza *del momento* rimane decisiva, tanto più nel sistema ultra-competitivo internazionale, un sistema che appare improntato alla "volontà di potenza" nel senso di Nietzsche: "morto Dio", come annunciato dal folle ne *La gaia scienza*[93], cioè crollata la credibilità di

[93] F. Nietzsche, *Die fröhliche Wissenschaft*, Berlin/Boston, 2015, trad. it. *La gaia scienza*, Milano, 1984, §§ 108, 125 e 343 («Dio è morto! Dio resta morto! E noi lo abbiamo ucciso!»). La "morte di Dio" corrisponde all'avvento de "l'uomo nuovo" (l'*Übermensch*, tradotto in italiano con "superuomo" o con "oltreuomo") in *Così parlò Zarathustra*, Milano, 2010, p. 354-355 («Morti sono tutti gli dèi: ora vogliamo che l'oltreuomo viva – questa sia un giorno, nel grande meriggio, la nostra ultima volontà!»).

tutti i valori, non resta che lo scontro per valere, e nello scontro l'unica guida "ragionevole" è non essere sopraffatti *momento per momento*. In un sistema del genere, accentuato dal principio della competizione economica neoliberista, le idee di Jonas sulla "cura", riprese dal modello genitoriale, non riescono ad andare molto oltre il rapporto genitoriale stesso, cioè il "noi" della famiglia, o tutt'al più della comunità particolare. La stessa scuola, che è la sede del rapporto di "responsabilità" e "cura" *istituzionale* per i giovani, è stata neoliberisticamente ridotta a "prestazione" essenzialmente economico-competitiva, che è abilità nell'*arrivare prima degli altri*[94]. E ci si trova in un mondo sempre più irresponsabile *nei fatti* che *parla* di "responsabilità", e cioè in un mondo che in definitiva *vende* (con pieno successo) il principio di Jonas, altro ennesimo approccio di potenza avallato dagli stessi dibattiti (persino scientifici) sulla bontà del principio.

7. Conclusione

Il "principio responsabilità", che costituisce uno dei fondamenti teorici di ogni discorso sulla sostenibilità intesa nel senso della responsabilità inter-generazionale, è più attuale che mai nei suoi presupposti teorico-etici, ma paradossalmente "inattuale" (cioè difeso senza un sufficiente ascolto) nella sostanza. Se si parla di "future generazioni" è oggi soprattutto per *vendere* la loro idea, e per venderla *oggi*, cioè per la potenza nel presente a prescindere da cosa davvero accadrà nel futuro. Il futuro, la speranza, l'etica sono oggetto di mercato, compreso quello delle opinioni "rilevanti" che ne fanno oggetto di discussione. Il sistema non consente distrazioni nella lotta per la sopravvivenza nel presente e il futuro è usato strumentalmente in questa lotta. Allora, se questa diagnosi coglie qualcosa di vero, la sostenibilità *non è "sostenibile" nelle attuali circostanze* e può diventare sostenibile solo con un cambio di rotta quanto meno sul piano del sistema economico globale, un obiettivo al momento irrealistico, *ma possibile* a dispetto del "*there is no alternative*" (TINA) thatcheriano. È necessario anzitutto non avallare quello slogan e ritrovare il filo dell'antica voce della coscienza, della "legge morale in me" che riempiva l'animo di Kant di ammirazione e di venerazione "sempre nuova e crescente, quanto più spesso e più a lungo la riflessione si occupa di esse" e che Kant connetteva "immediatamente con la coscienza" di esistere[95].

[94] C. Focarelli, *Diritto internazionale*, cit., par. 86.8, p. 253-256. Per approfondimenti e riferimenti bibliografici v. C. Focarelli, *International Human Rights "in Crisis" and the Neoliberalization of the Human Person*, in *Chinese Journal of International Law*, 2020, p. 53-100.

[95] I. Kant, *Critik der praktischen Vernunft*, Riga, 1788, trad. it. *Critica della ragion pratica*, Firenze, 2014, p. 341: «Due cose riempiono l'animo di ammirazione e

***

ABSTRACT: The sustainability principle is more and more debated as a principle of intergenerational responsibility, most notably in association to environmental protection. Under international law, the meaning of this principles has evolved starting from the end of the 19th century, culminating with the Agenda 2030 adopted by the United Nations General Assembly. The most interesting developments concerning this principle come from domestic case law and international case law, in particular in the field of human rights protection. However, the principle encounters many difficulties at inter-state level because of the strong economic and political competition among States.

KEYWORDS: sustainability – international law – right to a healthy life – Agenda 2030 – neoliberism

***

Carlo Focarelli – Professore ordinario di Diritto internazionale, Università Roma Tre (carlo.focarelli@uniroma3.it)

di reverenza sempre nuove e crescenti, quanto più spesso e più a lungo il pensiero vi si ferma su: *il cielo stellato sopra di me e la legge morale in me*. Queste due cose non ho da cercarle fuori della portata della mia vista, avvolte in oscurità, e nel trascendente; né devo, semplicemente, presumerle: le vedo davanti a me, e le connetto immediatamente con la coscienza della mia esistenza» (*Zwei Dinge erfüllen das Gemüht mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt:* der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir. *Beide darf ich nicht als in Dunkelheiten verhüllt, oder im Überschwenglichen, außer meinem Gesichtskreise suchen und blos vermuthen; ich sehe sie vor mir und verknüpfe sie unmittelbar mit dem Bewußtsein meiner Existenz*).

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

L'Unione Europea e le sfide della sostenibilità, 1993-2022*

Fabio Masini

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sviluppo sostenibile, giustizia intergenerazionale ed azione collettiva. – 3. Crisi finanziaria e sostenibilità fiscale. – 4. Le molteplici sfide della sostenibilità. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il 24 novembre 2021 la Commissione Europea ha pubblicato l'ultima *Annual Sustainable Growth Survey* (per il 2022) che, inaugurata due anni prima, è andata a sostituire la *Annual Growth Survey* come strumento di indirizzo della governance economica nell'ambito del semestre europeo. Scopo di questo cambiamento, non solo terminologico, è stato introdurre nelle procedure di formazione dei bilanci nazionali un concetto più ampio di sostenibilità dello sviluppo rispetto al passato; sia in confronto al periodo 2010-2014, quando centrale (potremmo quasi dire esclusiva, nonostante il lancio del pacchetto *2030 Energy and Climate Frameowrk*) è stata la priorità relativa al consolidamento fiscale; sia al periodo 2015-2018, quando un ruolo chiave hanno giocato gl'investimenti, insieme alle riforme strutturali.

Il documento della Commissione, concepito quindi già prima dell'emergenza pandemica, spinge verso una valutazione più eterogenea ed ampia degli obiettivi e degli spazi di manovra per le politiche fiscali dei paesi membri. E soprattutto più concreto rispetto al passato, in quanto fa entrare la sostenibilità nella valutazione degli spazi di spesa dei paesi membri. Un documento non inatteso quello dello scorso anno e certo non rivoluzionario, ma sempre più innovativo; che intende allontanarsi progressivamente dall'attenzione

* Ringrazio il collega Antonio Magliulo e i suoi studenti per avermi invitato a presentare una versione ancora parziale di questo lavoro, permettendomi di approfittare delle riflessioni suscitate dal dibattito che ne è scaturito.

L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

ossessiva alle logiche dell'output gap[1], implicitamente promuovendo una riflessione critica sugli strumenti finora assunti come guida nella definizione delle politiche fiscali.

Un concetto, quello della sostenibilità, che non può più essere, come negli anni Ottanta (quando si diffuse pubblicamente grazie al *Rapporto Brundtland* delle Nazioni Unite) semplicemente inteso in termini di giustizia intergenerazionale. Oltre alle considerazioni relative alla necessità di lasciare alle generazioni future lo stesso stock di risorse a disposizione delle generazioni presenti (*sostenibilità verticale*), esistono considerazioni anche di *sostenibilità orizzontale*, connessa alla giustizia distributiva, sociale ed altre aree ancora. Il tutto, in un contesto fortemente evolutivo, caratterizzato da costose ma inevitabili transizioni verso un'era sempre più digitale ed attenta alle ragioni dell'ecosistema; alla necessità di declinare il concetto di resilienza così da includerne gli aspetti economici, sociali, culturali; alla crescente urgenza di produrre beni pubblici continentali e globali innovando i sistemi di scelta collettiva a livello europeo ed internazionale.

Principale attore di questa evoluzione è stata la Commissione Europea, che con l'avvio della Presidenza von der Leyen ha indubbiamente premuto l'acceleratore su un concetto più inclusivo di sostenibilità dello sviluppo, accresciuto dall'emergenza pandemica. Il tema storiografico che emerge è se la Commissione si sia fatta semplice interprete di un mutato contesto economico, sociale, politico, anche culturale, che negli ultimi anni preme dal basso per una visione più inclusiva dello sviluppo; o se abbia effettivamente giocato un ruolo pionieristico, *innescando*, piuttosto che *cavalcando*, tale evoluzione. E se questa evoluzione sia stata stimolata o meno da orientamenti ideologico-intellettuali che si sono avvicendati alla sua guida o da logiche completamente diverse; e, nel caso, quali.

Per provare a rispondere a tali quesiti occorre tornare indietro nel tempo, osservando il comportamento della Commissione UE sul

[1] L'output gap, definibile come la differenza fra il prodotto effettivo e quello potenziale, aveva fino ad allora costituito l'ossatura sulla base della quale erano state impostate le *Country Specific Recommendations* per ciascun paese, determinando se vi fossero gradi di espansione o consolidamento fiscale. La ratio della scelta di questo indicatore stava nel fatto che se un sistema economico cresce ad un livello superiore al suo potenziale si possono verificare spinte inflattive, che possono causare tensioni nell'intera area dell'euro generando esternalità negative sugli altri paesi membri.

tema dello sviluppo sostenibile per come è emerso e si è evoluto dall'uscita del *Rapporto Brundtland* fino ad oggi. Abbiamo individuato almeno tre periodi, piuttosto diversi fra loro, nei quali si articolerà la nostra ricostruzione storica. Il primo corrisponde alla fine della Presidenza Delors e ad un contesto in tumultuosa evoluzione globale (simbolicamente) dopo il crollo del Muro di Berlino. Il secondo alla lunga fase che va dal percorso di convergenza necessario per l'accesso alla moneta unica allo scoppio della pandemia. Il terzo è riferito agli anni più recenti e fa intravedere alcuni elementi di possibile evoluzione futura. Ciascuno di tali periodi sarà trattato nelle seguenti tre sezioni dello scritto.

2. Sviluppo sostenibile, giustizia intergenerazionale ed azione collettiva

La storia del concetto di sostenibilità dello sviluppo ha una data d'inizio precisa, almeno per quanto riguarda il dibattito pubblico. C'erano già stati momenti in cui il concetto di sostenibilità – o meglio di *insostenibilità* – dello sviluppo erano affiorati, anche con prepotenza. A seguito del celebre *The Economics of the Spaceship Earth* di Kenneth Boulding del 1966, che suggeriva come il pianeta nel suo complesso debba essere considerato un sistema chiuso, nel quale i processi di trasformazione si esauriscono, generando effetti (positivi o negativi) che si ripercuotono sugli equilibri complessivi del genere umano, *The Limits to Growth* del 1972[2] lanciava un grido di allarme per uno sviluppo che si trovava per la prima volta ad intravedere dei limiti assoluti, derivanti dalla scarsità di alcune materie prime. La crescita economica illimitata, teorizzata sia nei modelli neoclassici che neokeynesiani, diventava un mito irrealizzabile[3]. Lo shock petrolifero, l'anno successivo, fece da detonatore per un dibattito pubblico

[2] D.H. Meadows - D.L. Meadows - J. Randers - W.W. Behrens III, *The Limits to Growth: A Report for the Club of Rome's Project for the Predicament of Mankind*, New York, 1972.

[3] In realtà, gli economisti si accanirono contro alcune debolezze teoriche del modello utilizzato dagli autori del volume. Per una ricostruzione del dibattito che seguì; cfr. F. Masini, *William Nordhaus: A disputable Nobel [Prize]? Externalities, climate change, and governmental action*, in *The European Journal of the History of Economic Thought*, 28(6), 2021, p. 985 ss.

mondiale che portò a riconsiderare l'intero approccio allo sviluppo economico[4].

Ma la vera e propria data di nascita del concetto unanimemente noto di *sviluppo sostenibile* è il 4 agosto del 1987, quando le Nazioni Unite rendono pubblico il *Report of the World Commission on Environment and Development*, presieduta dalla norvegese Gro Harlem Brundtland, intitolato *Our Common Future*[5]. Il rapporto riprendeva il tema di Boulding degli anni Sessanta ed individuava un *criterio intergenerazionale* di sostenibilità dell'azione umana: ogni attività umana deve poter lasciare inalterato lo stock di risorse a disposizione delle generazioni future. Ognuno, insomma, deve avere le proprie chance di sviluppo.

Un concetto nobile; ma poco operativo. Come valutare, ad esempio, quella che gli economisti chiamano *input-substitution* (ossia la logica secondo la quale quando un bene diventa scarso il suo prezzo aumenta, rendendo più conveniente investire per cambiare l'input scarso con uno più abbondante)? Un fenomeno ben noto, sin dalla metà del diciannovesimo secolo, quando l'economista William Stanely Jevons in *The Coal Question* si pose il problema del destino industriale dell'Inghilterra una volta che fossero terminate le scorte fossili di carbone[6]. La storia ha dato torto alle previsioni negative di Jevons. Quando una risorsa diventa scarsa, il suo prezzo aumenterà, incentivando effettivamente la ricerca verso l'innovazione e l'impiego di fonti alternative[7].

Nonostante ciò, e nonostante le reiterate perplessità di molti economisti[8], l'impatto del *Rapporto* sul dibattito pubblico fu rilevante. Da quel momento prese avvio il percorso che ha condotto alla Conferenza di Rio del 1992 ed all'adozione, nel 1997, del Protocollo

[4] I. Tinbergen (ed.), *Reshaping the International Order. RIO. A report by the Club of Rome*, New York, 1976.

[5] United Nations, *Report of the World Commission on Environment and Development. Our Common Future*, August 4, 1987.

[6] W.S. Jevons, *The Coal Question, an Inquiry concerning the Progress of the Nation, and the Probable Exhaustion of Our Coal-Mines*, Londra, 1865.

[7] È quello che è accaduto col carbone (parzialmente) sostituito dal petrolio; al petrolio con l'energia atomica. E che porta oggi alle innovazioni sulle energie rinnovabili.

[8] W.D. Nordhaus - R.N. Stavins - M.L. Weitzman, *Lethal Model 2: The Limits to Growth Revisited*, in *Brookings Papers on Economic Activity*, 2, 1992, p. 1 ss.

di Kyoto[9]. Il mondo stava acquisendo una nuova consapevolezza. Si stava per aprire una transizione epocale verso nuovi modelli di sviluppo, maggiormente attenti alla sostenibilità ambientale. Una transizione che era necessario anticipare, per evitare di doverla subire.

È in questo contesto che va inquadrato il ruolo di Jacques Delors alla guida della Commissione Europea nei primi anni Novanta, quando sta finendo il secondo ed iniziando il suo terzo mandato. Delors comprende che si sono avviate delle transizioni significative ed irreversibili, destinate a modificare i rapporti di potere economico e politico a livello mondiale. La crescente attenzione verso la sostenibilità ambientale è solo una di queste.

Negli anni immediatamente successivi al 1987, gli equilibri geopolitici globali avevano subito delle cesure e delle accelerazioni difficilmente prevedibili. Simbolicamente, lo spartiacque era stato il crollo del Muro di Berlino nel novembre 1989, ma largamente anticipato dalla rapida dissoluzione di uno dei due poli sui quali si era costruita la guerra fredda (con la conseguente immobilità del mondo in termini di rapporti di potere, dominato da due poli di analoga capacità deterrente). Il 1989 era anche l'anno del *Rapporto Delors* sull'*Unione Economica e Monetaria*[10], che lancerà il processo decennale verso l'euro. Sono inoltre gli anni della crescita tumultuosa delle innovazioni nelle tecnologie digitali di massa, con la diffusione dei personal computer, l'avvento della telefonia mobile e di internet.

Mentre il Consiglio è impegnato a trovare un faticoso compromesso sulla governance economica della moneta unica, che a Maastricht verrà affidata a rigide regole fiscali, Delors è consapevole (siamo all'inizio del 1993, dopo lo scoppio della crisi del *Sistema Monetario Europeo*) che si sta realizzando un distacco crescente fra cittadini ed istituzioni europee. E che l'Unione è chiamata a dare risposte che guardino al futuro, se intende mantenere coeso il proprio tessuto sociale, il suo futuro economico ed un ruolo nel mondo post-

[9] E che vennero messi a punto indici e modelli di analisi e monitoraggio dell'impatto dell'azione umana sul clima. Il più celebre dei quali è probabilmente il DICE, la cui popolarità è derivata soprattutto dal fatto che il suo ideatore, William Nordhaus, è stato insignito del Premio Nobel per l'economia nel 2018 proprio per aver «*incorporato lo studio dei cambiamenti climatici nei modelli macroeconomici*», come recitava il comunicato del Comitato per l'assegnazione del premio.

[10] J. Delors, *Report on Economic and Monetary Union in the European Community*, Committee for the study of Economic and Monetary Union, 1989.

egemonia del dollaro e degli Usa che si sta appena iniziando ad intravedere.

La chiave per uscire da questi molteplici rischi è avviare un percorso di crescita innovativa ed allo stesso tempo inclusiva, in un'ottica collettiva su scala continentale. Da questa esigenza nasce il *Libro Bianco* su *Crescita, competitività, occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*[11]. La stesura del documento della Commissione, che fu oggetto di dibattito al Parlamento Europeo nei giorni 13 e 14 ottobre e del Consiglio straordinario convocato a Bruxelles il 29 ottobre, andò avanti fino a quando il *Libro Bianco* fu presentato ed approvato dal Consiglio Europeo dell'11 dicembre 1993. Delors lo aveva esplicitamente concepito come una «*reaction to globalization and the advent of new ICTs* »[12], che stavano ponendo sfide nuove in termini di competitività del mercato europeo e della sua capacità di difendere lo stato sociale. Insomma: con uno sguardo sia rivolto all'interno, all'efficacia del proprio modello di sviluppo; sia alla capacità esterna dell'Europa di costituire un attore globale in grado di affrontare le nuove sfide della globalizzazione alla pari con gli Stati Uniti e, in prospettiva, con altri colossi mondiali emergenti. Sfide che richiedevano uno sforzo strategico in un'ottica comune, non frammentata e decentralizzata a livello nazionale. Per questo suggerì l'adozione di:

«*une stratégie économique a moyen terme fondée sur la convergence progressive de nos économies et assise sur la consolidation et les réussites du système monétaire européen. Parallèlement, dans l'esprit de la Commission, et selon le paquet II, la plus grande priorité devait être accordée a l'amélioration vitale de la compétitivité de nos économies et au renforcement de la cohésion économique et sociale* »[13].

Questa strategia combinata di azione sulla competitività e sulla coesione economica e sociale prevedeva una duplice articolazione, da

[11] J. Delors, *Growth, Competitiveness, Employment. The Challenges and Ways forward into the 21st Century. White Paper*, Lussemburgo, 1993.

[12] J. Delors, *Interview*, Parigi, 16.12.2009, disponibile online al sito *www.cvce.eu*.

[13] J. Delors, *Discours devant le Parlément européen à l'occasion du débat d'investiture de la nouvelle Commission*, 10.02.1993, Commission of the European Communities, Bulletin, Supplement 1/93, spec. p. 7.

perseguire «*both at the national and European level*»[14]. Per quanto riguarda il livello europeo, «*research, collective transports, environment*»[15] avrebbero dovuto divenire i punti chiave per un impegno collettivo[16]: ossia i settori nei quali potevano essere sfruttate le economie di scala, per diventare i principali punti di forza nella competizione internazionale. Le risorse per il finanziamento dei relativi investimenti sarebbero state assicurate da diverse fonti: i fondi di coesione all'interno del bilancio dell'Unione, fondi ad-hoc per le reti transnazionali, fondi privati in cofinanziamento con lo *European Investment Fund*, tasse sulle emissioni di carbonio e sulle transazioni finanziarie, emissione di *project bonds* (garantiti dalla *European Investment Bank* ed alimentati dal cash flow sui profitti generati dai progetti), specialmente nei settori dell'energia e dei trasporti[17].

A livello nazionale, avrebbero invece dovuto essere attuate essenzialmente delle riforme strutturali, non solo sul mercato del lavoro, per assicurare la competitività del sistema produttivo. Come suggeriva sovente Padoa-Schioppa, si trattava in sostanza di perseguire il rigore (includendo con esso anche le riforme per accrescere la competitività nei singoli mercati) a livello nazionale e la crescita a livello sovranazionale (anche in questo caso, nell'accezione generale di aumento della produttività del capitale, anche quello umano).

Naturalmente, Delors era consapevole che il contesto macroeconomico in cui inserire questa strategia avrebbe richiesto uno sforzo di stabilizzazione; da qui l'esigenza di una politica monetaria stabile, mentre la politica fiscale nazionale sotto controllo avrebbe potuto agire sulla crescita attraverso le risorse liberate da finanze pubbliche più sostenibili[18]. Il tutto accompagnato da un'espansione fiscale europea. Una maggiore stabilità, si sottolineava nel documento, non solo in termini economici, ma anche sociali: la «*solidarity […] among generations [and] across regions [avrebbe dovuto essere alla base di un nuovo] European social pact*»[19].

[14] J. Delors, *Interview*, cit.
[15] *Ibid.*
[16] D. Butler, *Delors white paper puts research firmly on Europe's political map*, in *Nature*, 366, 1993, p. 599.
[17] J. Delors, *Growth,* cit., p. 32.
[18] Ivi, p. 53.
[19] Ivi, p. 15.

Ruolo cruciale avrebbe dovuto giocare anche il capitale umano. Le politiche dei redditi avrebbero dovuto contribuire alla stabilità, attraverso la moderazione salariale, così da agevolare il perseguimento della stabilità monetaria da parte delle banche centrali. Allo stesso tempo avrebbe dovuto essere adottata una massiccia riduzione del carico fiscale, spostandolo dal lavoro/salari verso le emissioni di carbonio[20]. Erano inoltre suggeriti maggiori investimenti in formazione, come controparte della maggiore flessibilità dei mercati del lavoro, in modo da accrescere l'occupabilità della forza lavoro[21]. Una qualche forma di programmazione sulla politica industriale europea era immaginata inoltre come essenziale: per sfruttare le economie di scala e consentire la formazione di imprese in grado di reggere la competizione internazionale ed imporre un nuovo modello di sviluppo, sostenibile, al mondo intero[22].

Ma l'elemento cruciale del documento di Delors era la consapevolezza che solo spingendo congiuntamente sulla domanda e sull'offerta sarebbe stato possibile garantire uno sviluppo sostenibile ed equilibrato dell'economia europea, tale da assicurare – contemporaneamente – aumento dell'occupazione e della produttività. Questa idea di sviluppo, da perseguire su entrambi di canali, dipendeva in maniera cruciale dall'ipotesi di una combinazione virtuosa fra mercati flessibili (per input e output) ed una protezione sociale assicurata dalle autorità pubbliche, che le imprese erano chiamate a sfruttare al massimo in un ambiente competitivo e dinamico[23]; e su una rete interconnessa di infrastrutture di trasporto e comunicazione che avrebbero dovuto portare l'Europa sulla frontiera delle possibilità tecnologiche[24].

La sostenibilità dello sviluppo passava insomma per una visione macroeconomica innovativa, che escludeva la possibilità di privilegiare l'una o l'altra (domanda e offerta) delle componenti del sistema economico. Una posizione curiosa, intellettualmente eterodossa. Non a caso, al tempo della sua pubblicazione, emerse un ampio consenso sul fatto che *nessuno specifico corpo unitario d'idee*

[20] Ivi, p. 149 ss.
[21] Ivi, p. 16.
[22] Ivi, p. 62.
[23] Ivi, p. 72-78.
[24] Ivi, p. 79 ss.

economiche stava alla base del Libro Bianco[25]. La nostra sensazione è che questo giudizio sia sostanzialmente corretto e che questa sia stata una delle ragioni del suo fallimento.

Dal punto di vista politico, la pressione francese per investimenti collettivi europei si scontrava con gli obiettivi tedeschi per la stabilità macroeconomica; sotto il profilo teorico, il documento appariva eccessivamente neoclassico (necessità delle riforme strutturali) per essere accettato dai keynesiani, e troppo keynesiano (essenziali le spinte sulla domanda) per essere accettato dai neoclassici. Gli economisti keynesiani ritenevano che considerare la disoccupazione un dato strutturale fosse un modo per negare l'influenza delle politiche sul lato della domanda. Quelli neoclassici mainstream (e gli *Ordoliberali* tedeschi) ritenevano che promuovere la spesa (soprattutto in deficit, attraverso i *project bond*) potesse mettere a repentaglio la stabilità macroeconomica. D'altronde, questo eclettismo rifletteva lo stesso atteggiamento teorico di Delors: nato keynesiano, «*before backing an institutional design that owed more to German Ordo-liberalism with its emphasis on stability oriented monetary policies*»[26].

In realtà, nessuno dei due fronti colse correttamente il disegno complessivo del *Libro Bianco*, ossia: premere sulla domanda (ma in investimenti collettivi, prima che in consumi) e sull'aumento della produttività; ed attuare la stabilità macroeconomica attraverso la maggiore tutela della concorrenza sui mercati. In pratica: ridurre la disoccupazione (agendo così sul lato della domanda) puntando su processi produttivi *labour-intensive* e attraverso il posizionamento di alcuni settori sulla frontiera tecnologica, ossia produzioni capital-intensive, per accrescere la competitività internazionale (un intervento sul lato dell'offerta). Un compromesso che mirava ad aumentare l'output potenziale ed allo stesso tempo riconosceva che la disoccupazione non è solo un problema di crescita, ma (anche) di tener conto anche dei settori ad intensità del lavoro[27].

In ogni caso i pregiudizi sul documento, per quanto errati, fornirono solide argomentazioni ai politici per rigettare un

[25] J. Grieve Smith, *Review. The Delors white paper on unemployment*, in *International Review of Applied Economics*, 8(3), 1994, p. 341 ss.

[26] D. Hodson, *Jacques Delors. Vision, Revisionism, and the Design of EMU*, in K. Dyson - I. Maes (eds.), *Architects of the Euro. Intellectuals in the Making of European Monetary Union*, Oxford, 2016, p. 212 ss., spec. p. 227.

[27] D. Fleming, *Towards the low-output economy: The future that the Delors White Paper tries not to face*, in *Journal of Common Market Studies*, 4(2), 1994, p. 11 ss.

orientamento di politica economica che non erano pronti, né disponibili, a mettere in atto; e che avrebbe implicato una condivisione della sovranità fiscale in un momento in cui già veniva messa in discussione la sovranità monetaria. Ci pare insomma che, invece di rappresentare (come è stato suggerito da Hodson[28]) una lista di wishful thinking, il *Libro Bianco* debba essere considerato il primo documento programmatico di politica economica per la Ue: un tentativo di creare un governo economico per la crescita economicamente e socialmente sostenibile «*come controparte del governo monetario della futura Bce*»[29]. Un'ambizione che sospettiamo fosse chiarissima ai governi nazionali, che lo percepirono come una minaccia alla loro autonomia nazionale; tanto che, al di là di un'accettazione formale da parte del Consiglio Europeo, il documento ebbe una ricezione piuttosto tiepida. Da un punto di vista formale, i suoi principi furono condivisi, ma mancò un seguito politico e passi concreti per la sua implementazione. La mancanza di una *ownership* teorico-intellettuale e politica ne decretò il fallimento.

L'unica traccia che rimane, negli anni successivi, del suo impatto sul dibattito europeo è il Vertice di Vienna del 1998, con cui il Consiglio, in vista della istituzione, di lì a pochi mesi, delle Banca Centrale Europea e dell'euro richiama con apparente forza il concetto di sostenibilità esteso all'occupabilità, proprio sulla scia delle considerazioni contenute nel *Libro Bianco* di Delors di cinque anni prima. Ma il contesto era ormai cambiato profondamente. Il paradigma dominante erano le regole fiscali nelle quali ingabbiare le possibili tentazioni espansive dei bilanci pubblici nazionali (il cosiddetto *moral hazard*); non la crescita. La visione della «*expansionary consolidation*» di Giavazzi e Pagano[30], secondo la quale la stabilità finanziaria (anche conseguita nelle sue forme più estreme tramite riduzioni di spesa) è prerequisito per la crescita, diventerà dominante. Imponendo la sua agenda di privatizzazione e rigore fiscale sul dibattito pubblico relativo alla crescita in Europa per i due decenni successivi.

[28] D. Hodson, *op. cit.*

[29] Ivi, p. 221.

[30] F. Giavazzi - M. Pagano, *Can Severe Fiscal Contractions Be Expansionary? Tales of Two Small European Countries*, in O. Blanchard - S. Fischer (eds.), *NBER Macroeconomic Annual 1990*, Cambridge (MA), 1990.

3. Crisi finanziaria e sostenibilità fiscale

Il percorso di avvicinamento alla moneta unica fissato a Maastricht richiedeva una convergenza macroeconomica legata al rispetto di rigide regole fiscali. Quindi alla riduzione del rapporto debito/Pil, al taglio della spesa corrente (e ridimensionamento dello stato sociale), alla privatizzazione degli *asset* pubblici. La logica del possibile successo di tale orientamento di politica economica era che, liberando risorse (mal allocate) dal settore pubblico, si sarebbero aperte opportunità che avrebbero stimolato l'iniziativa privata; e conseguentemente la crescita.

Questo fu l'orientamento generale sotto la Presidenza Santer della Commissione (1994-99). D'altronde, il rischio di indebolire una Banca Centrale ed una moneta unica in formazione, prive dell'ombrello di una credibilità acquisita da anni di interventi di politica monetaria, era alto e concreto. Comprensibile quindi che, in quel contesto, vi fosse un largo consenso su questo ruolo sussidiario della crescita rispetto alla stabilità. L'idea di sostenibilità venne sempre più a coincidere dunque con la *sostenibilità finanziaria*. L'adozione, nel 1997, del *Patto di Stabilità e Crescita*, nel quale appunto il ruolo della crescita era evidentemente sussidiario e dipendente dal raggiungimento dell'obiettivo della stabilità di bilancio (quindi della diminuzione della pressione del debito sul Pil), sancì l'abbandono di accezioni più inclusive di sostenibilità dello sviluppo.

Con la messa in sicurezza dell'euro, dopo il 1999, vi furono delle parziali eccezioni a questo consenso. Sotto la Presidenza Prodi (1999-2004) la Commissione provò a tornare sui passi di Delors e ad immaginare un percorso a lungo termine di crescita, non legata alle semplici logiche nazionali e della stabilità macroeconomica, ma più orientata alla programmazione, articolata in una serie di tappe di sviluppo, indipendenti dalla stabilità finanziaria; che pur veniva sottolineata come cruciale. Il documento che meglio raccolse questo tentativo fu il *Rapporto Sapir*[31]. Non un documento ufficiale della Commissione, certo; ma da essa fortemente voluto, nella speranza che il dibattito potesse riaprirsi su un orientamento più deciso di distacco dalle logiche semplicemente ancorate alla stabilità finanziaria.

[31] A. Sapir et al., *An Agenda for a Growing Europe. Making the EU Economic System Deliver*, Independent High-Level Study Group established on the initiative of the President of the European Commission, July 2003.

Il *Rapporto* prendeva atto del fatto che, mentre la stabilità macroeconomica aveva registrato un certo grado di successo, altrettanto non poteva dirsi per la crescita, soprattutto rispetto al benchmark statunitense:

«*While macroeconomic stability has considerably improved during the 1990s and a strong emphasis on cohesion has been preserved, the EU system has failed to deliver a satisfactory growth performance. This underperformance is striking because it contrasts not only with expectations but also with past EU performance and recent US accomplishment. In the EU, there has been a steady decline of the average growth rate decade after decade and per-capita GDP has stagnated at about 70% of the US level since the early 1980s. Growth must become Europe's number one economic priority*»[32].

Ed aggiungeva, ribadendo come il concetto di sostenibilità non potesse essere legato unicamente alla dimensione finanziaria:

«*Faster growth is paramount for the sustainability of the European model, which puts a high premium on cohesion. Sustainability is under threat from rapid developments in demography, technology and globalisation, all of which increase the demand for social protection. Failure to deliver on the commitments of the Lisbon Agenda would endanger the present European contract and could lead to its fundamental revision, thereby threatening the very process of European integration*»[33].

Insomma, un modello di sviluppo è sostenibile solo se difende i livelli di stato sociale raggiunti dalle sue economie. La sintesi era:

«*This agenda calls on the EU and its members: 1. to make the Single Market more dynamic; 2. to boost investment in knowledge; 3. to improve the macroeconomic policy framework for EMU; 4. to redesign policies for convergence and restructuring; 5. to achieve effectiveness in decision-taking and regulation; and 6. to refocus the EU budget*»[34].

Aprendo con ciò la strada all'ipotesi, già presente nel *Libro Bianco* del 1993, di spingere sul capitale umano e ripensare le regole

[32] Ivi, p. i
[33] *Ibidem.*
[34] Ivi, p. ii.

fiscali, snellendo al contempo il quadro decisionale della governance economica europea. Quest'ultimo punto decretò probabilmente anche il fallimento delle idee contenute nel *Rapporto Sapir*. Ancora una volta, il tempismo non giocò a favore. Come il *Rapporto* stesso riconosceva, la sua implementazione richiedeva la modifica dei Trattati, proprio quando la *Convenzione (costituente) europea* aveva appena approvato il testo finale (non coerente con quanto richiesto dal *Rapporto* stesso): «*Our recommendations and the Convention proposals converge on some aspects of economic governance, but on several other our recommendations require treaty changes, on which that the draft constitutional treaty is silent*»[35]. Il risultato fu che anche il *Rapporto Sapir* finì nel dimenticatoio.

Allo stesso tempo, la Commissione Prodi avviò nell'ottobre 2003 il mercato degli *Emission Trade Schemes*, in attuazione del Protocollo di Kyoto, con l'adozione della direttiva 2003/87/CE. Lo schema, diventato operativo qualche anno più tardi, funziona col meccanismo del *cap-and-trade*, secondo il quale vengono fissati dei massimali (cap) alle emissioni e poi negoziato (trade) il loro costo sul mercato.

Dopo quella di Prodi, la Commissione Barroso (due mandati, 2004-14) non ha particolarmente brillato per innovazione, anche se ha assicurato che il tema della sostenibilità restasse nell'agenda europea ed acquisisse progressivamente uno spazio sempre più ampio. Anche la deriva sempre più intergovernativa seguita alla crisi finanziaria del 2008-12, col crescente peso decisionale del Consiglio rispetto al ruolo della Commissione, non aiutò a smorzare l'orientamento restrittivo delle politiche europee che, nonostante la revisione del *Patto di Stabilità e Crescita* del marzo 2005, è divenuto sempre più rigido. Generando anche aspre critiche dalla comunità accademica internazionale, che cercava di dimostrare come in Europa l'idea di *expansionary consolidation* non potesse funzionare.

In un volume collettaneo pubblicato nell'aprile 2005 dall'*Institute for International Economics* (Washington, DC) ed intitolato *The Euro at Five: Ready for a Global Role?* che, teoricamente, intendeva celebrare i primi cinque anni di vita dell'euro e tracciare ipotesi sulla sua governance futura, Adam Posen e gli altri autori che ad esso contribuirono finirono per presentare un *cahiers des doelances* sui fallimenti non tanto dell'euro, quanto dell'architettura di policy che gli era stata cucita addosso. Soprattutto dell'ideologia dominante della

[35] Ivi, p. iii.

fiscal consolidation come unica guida per un sistema economico articolato e complesso come quello europeo; e per certi aspetti anomalo, dovendo rispondere a centri di scelta decentrati. Non a caso, Posen suggeriva che questa deriva verso l'austerità derivava dalla diffusa convinzione che: «*while elected politicians have short time horizons and high discount rates, given their electoral incentives, the economy as a whole is better off if the politicians can be constrained from acting on those short-term incentives*»[36].

Il volume costituì l'occasione per fare un bilancio del grado di coesione raggiunto dall'area dell'euro, considerata un prerequisito per la sua sostenibilità nel tempo. La conclusione fu che l'Europa non era riuscita a soddisfare le aspettative, forse troppo ambiziose, che si era prefissa con l'adozione dell'euro. Obiettivi prioritari delle critiche erano il *Patto di Stabilità e Crescita*, con le sue rigidità; e l'idea di «*expansionary consolidations*» (Giavazzi and Pagano 1990), fondata sull'assunto che: «*consolidation brings about public surplus, lower interest rates, increased private sector investment, and economic growth – in turn further improving government balance sheet*»[37].

Una logica che aveva, seppur parzialmente, funzionato negli Stati Uniti, ma che, secondo gli autori del volume, non avrebbe avuto successo in Europa; per diverse ragioni. Primo, il Patto non pareva aver modificato le politiche fiscali nell'Unione. Quindi, di fatto, non aveva giocato quel ruolo di braccio preventivo per limitare deviazioni dal percorso di consolidamento che ci si era attesi; non aveva fornito quegli incentivi necessari a gestire il bilancio in maniera virtuosa[38].

In secondo luogo, la forte recessione del 2001-2003 aveva reso chiaro che il PSC non era sufficiente - e il consolidamento espansivo non era in grado - di invertire la tendenza depressiva. Francia e Germania si erano trovate fuori dai parametri del PSC, tanto che la Commissione UE citò in giudizio il Consiglio per non aver adottato le previste decisioni punitive nei confronti dei due paesi per violazioni del PSC; come osservò Posen: «*the SGP was de facto suspended in*

[36] A.S. Posen, *Can Rubinomics Work in the Eurozone?*, in Id. (ed.), *The Euro at Five: Ready for a Global Role?*, Washington (DC), 2005, p. 123 ss.; spec. p. 141

[37] Ivi, p. 124.

[38] Cfr. J. Gali - R. Perotti, *Fiscal Policy and Monetary Integration in Europe*, in *NBER Working Paper*, 9773, Cambridge (MA), 2003; M. Buti - P. van den Noord, *Fiscal Policy in EMU: Rules, Discretion and Political Incentives*, in *European Economy*, 206, 2003.

November 2003»[39]. Posen suggerì inoltre che l'entusiasmo iniziale del mercato per l'euro aveva mantenuto (e stava ancora mantenendo) il potenziale allargamento degli spread nascosto sotto la maschera della convergenza dei tassi d'interesse; mentre «*there are signs that over time – as the euro itself and the independence of the ECB are taken more for granted – there will be more distinction by markets between different members' debt obligations*»[40]. Quanto accaduto dopo il 2010 dimostra che aveva ragione.

Negli anni successivi il *Trattato di Lisbona* incluse il concetto di sviluppo sostenibile all'interno del testo, che infatti all'articolo 2, comma 3, recita: «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico». Concetto ripreso al successivo comma 5: «Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra». Anche nell'art. 10A, sull'azione esterna si parla al comma 2 di «favorire lo sviluppo sostenibile dei paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà» (lettera d) e «contribuire all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile» (lettera f). Dopo di che il buio.

Non è chiaro come potesse essere ottenuta una «crescita economica equilibrata», dipendendo da un coordinamento stretto fra centri di potere nazionale che non era affatto garantito, se non in senso appunto restrittivo, dalla governance economica europea. Mentre rimaneva la stabilità dei prezzi, affidata al controllo della Bce. L'idea di Delors di creare un contraltare fiscale al potere sovranazionale monetario della Bce non si è mai concretizzata.

Come è noto, la crisi finanziaria che interessò dapprima gli Stati Uniti nel 2007-8 e si è poi propagata al resto del mondo negli anni

[39] A.S. Posen, *op. cit.*, p. 126.
[40] Ivi, p. 125.

successivi ha assunto contorni drammatici in Europa a partire dai primi mesi del 2010, quando si è trasformata in una crisi dei debiti sovrani nell'area dell'euro. Con una reazione ancora più a favore dell'austerità ed un rinnovato apparato intergovernativo di gestione macroeconomica e tutela della stabilità finanziaria (si pensi all'introduzione del *Fiscal Compact*, del *Meccanismo Europeo di Stabilità*, etc). Un orientamento che durerà per un intero decennio.

Un accenno di reazione da parte della Commissione si avrà con gli ultimi mesi della Presidenza Barroso quando, in vista della Cop21 di Parigi del dicembre 2015 che porterà alla firma dei relativi Accordi sul contrasto ai cambiamenti climatici, la Commissione lancia il *2030 Energy and Climate Framework*[41]. Uno schema di lavoro, più che un impegno assistito da strumenti effettivamente concreti e cantierabili. E con obiettivi tutto sommato ambiziosi; come annunciò Barroso: «*We are therefore proposing a binding 2030 greenhouse gas reduction target for the European Union of minus 40% (relative to 1990). That is ambitious, but feasible. 40% is the most cost-effective milestone on the 2050 road map for decarbonizing Europe's economy*»[42].

Anche nel campo della sostenibilità sociale, un tentativo di importare indicatori uniformi di monitoraggio degli SDG (i *Sustainable Development Goals*) è stato messo a punto (soprattutto dall'Eurostat), di concerto con altre organizzazioni internazionali, fra il 2008 e il 2014. Ed ha portato ad importare gran parte degli obiettivi del millennio nello *European Pillar of Social Rights*, varato dalle tre istituzioni europee nel 2017. Mi rendo conto di sembrare un po' radicale nel giudizio, ma fintanto che le politiche sociali rimangono materia sostanzialmente esclusiva degli Stati Membri queste indicazioni sono, di fatto, destinate alla irrilevanza.

Una più decisa revisione della preoccupazione verso il consolidamento fiscale avrà luogo solo sotto la Presidenza Juncker (2014-19) alla guida della Commissione. In quel periodo, Juncker introduce un nuovo approccio alla sostenibilità dello sviluppo, derivante dall'esigenza di recuperare il livello pre-crisi di investimenti, intesi come motore della crescita. Un cambiamento interessante, perché gl'investimenti sono, come è noto, sia una componente della domanda sia dell'offerta (tornando quindi, di fatto, alla logica già

[41] I documenti ufficiali preparatori e finali dello schema sono disponibili al sito *ec.europa.eu*.

[42] Discorso disponibile online al sito *ec.europa.eu*.

presente nel *Libro Bianco* di Delors). In tale ottica, il lancio ufficiale dello *European Fund for Strategic Investments* (chiamato anche *Piano Juncker*) nel luglio 2015 in collaborazione con la *Banca Europea per gl'Investimenti* (BEI), testimonia un ritorno ad una visione dello sviluppo e della sua sostenibilità più ampia e meno squilibrata verso l'austerità.

Pur senza alcun particolare riferimento esplicito alla sostenibilità, l'iniziativa mirava a creare uno strumento di coinvolgimento dei privati in investimenti strategici al fine di rilanciare una ripresa europea anemica. Contrariamente a quanto accaduto con i precedenti tentativi di Delors col *Libro Bianco* e di Prodi col *Rapporto Sapir*, questa iniziativa è stata coronata da successo, anche oltre le aspettative. L'obiettivo di mobilitare 315 miliardi di euro entro il 2018 è stato raggiunto e superato, tanto che è stato aggiornato ad un obiettivo di 500 miliardi di euro entro il 2020, anch'esso raggiunto. Una chiave del successo sta probabilmente nella portata molto più limitata dell'iniziativa; ed il fatto che non richiedeva alcuna modifica dei Trattati istitutivi. D'altronde, il consenso verso il processo d'integrazione europea e le sue istituzioni si era talmente indebolito a partire dalla crisi greca che, per quanto tardivo, il cambio di passo (seppur timido) non poteva non aver luogo.

4. Le molteplici sfide della sostenibilità

L'arrivo alla guida della Commissione UE di Ursula von der Leyen (il cui mandato è ufficialmente iniziato il 1° dicembre 2019) ha marcato una netta discontinuità rispetto al passato; sotto diversi profili. È ancora presto per esprimere un giudizio definitivo che permetta di valutare se Ursula von der Leyen sia stata scelta per esprimere una nuova rotta, concordata almeno fra alcuni governi (ad esempio Francia e Germania), o se la Presidente abbia dato un'impronta personale decisiva.

In ogni caso, c'è stata. Ed ha assunto, forse soprattutto, le sembianze di un cambio d'orientamento proprio sull'idea di sviluppo sostenibile. Con almeno due impulsi decisivi. Il primo è che la von der Leyen ha fatto immediatamente propria l'agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile lanciata dall'Onu nel 2015, che include 17 obiettivi, articolati sulla dimensione sociale (come la riduzione della povertà e la parità di genere), educativa (istruzione di qualità

universale), economica (consumo e produzione responsabili, riduzione delle diseguaglianze, etc), ambientale (città intelligenti, lotta ai cambiamenti climatici, etc). Ha inoltre posto gli obiettivi della transizione verde al centro del proprio programma di governo dell'Unione.

Il secondo passaggio importante è stato dare un impulso alla revisione del percorso del semestre europeo, per tenere maggiormente in considerazione una pluralità di concetti legati alla sostenibilità dello sviluppo, dunque non solo a quella finanziaria. Il semestre europeo, lo ricordiamo, è il processo di valutazione e validazione degli strumenti di programmazione di ciascun paese con la Commissione e il Consiglio. Uno dei documenti chiave sui quali esso si articola sono le *Country-Specific Recommendations*, che la Commissione sottopone a ciascun paese membro una volta acquisito il documento di programmazione nazionale, per indicare su quali punti si discosti delle priorità comuni; ed indica come sanare gli eventuali scostamenti, pena la bocciatura da parte del Consiglio e l'apertura di una procedura d'infrazione. Ogni anno, il semestre prende avvio da una *Strategia annuale di crescita* che indica le linee guida per gli spazi di politica fiscale di ciascun paese.

A partire dal ciclo previsto dal semestre europeo per il 2020[43], la Commissione fa precedere le scelte nazionali da quella che è stata ribattezzata *Strategia annuale di crescita sostenibile*, articolata in quattro dimensioni: sostenibilità ambientale, produttività, equità, stabilità macroeconomica. Sebbene il *termine* sostenibilità sia esplicitamente riferito alla sola dimensione ambientale, il *concetto* di sostenibilità guida anche gli altri tre.

Nel primo documento, quello del 2019, si tendeva a precisare come «*Economic growth is not an end in itself. An economy must work for the people and the planet*»[44]. Il concetto centrale, che verrà ripreso anche nei due anni successivi, pur parzialmente modificato, è quello di *sostenibilità competitiva*:

«La sostenibilità competitiva è sempre stata uno dei pilastri dell'economia sociale di mercato europea e anche in futuro dovrebbe continuare a costituirne il principio guida. Il passaggio a un modello

[43] European Commission, *Strategia annuale di crescita sostenibile 2020*, Bruxelles, 2019.

[44] Ivi, p. 1.

economico sostenibile, reso possibile da tecnologie digitali e pulite, può rendere l'Europa una pioniera del processo di trasformazione. La leadership in materia di protezione ambientale e una base industriale forte e innovativa devono essere considerate due facce della stessa medaglia che permettono all'UE di avvalersi dei vantaggi di chi compie la prima mossa. Dovrebbero completare il nostro quadro un'economia stabile, che consenta politiche mirate al lungo periodo, e una transizione equa per i soggetti più colpiti dalle trasformazioni, che sono un prerequisito per il successo. La sostenibilità ambientale, gli incrementi di produttività, l'equità e la stabilità macroeconomica saranno i quattro pilastri della nostra politica economica negli anni a venire. Tali pilastri - che sono strettamente interconnessi e sinergici - dovrebbero guidare riforme strutturali, investimenti e politiche responsabili di bilancio in tutti gli Stati membri »[45].

L'anno dopo, nel 2020, ossia nella Strategia per il 2021[46], il documento era interamente volto alla preparazione dei PNRR, i *Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza* legati al *Next Generation EU*. Comprensibilmente, visto il carattere innovativo dello specifico strumento nel nuovo contesto macroeconomico e la responsabilità solidale delle obbligazioni assunte per finanziarlo. In esso, si parla ancora una volta di «realizzare l'obiettivo dell'UE della sostenibilità competitiva», che viene spiegata in questo modo: «La resilienza è la capacità non solo di resistere alle sfide e farvi fronte, ma anche di attraversare le transizioni in modo sostenibile, giusto e democratico»[47]. Ritorna dunque il concetto di *equità* ma sotto forma del ben più ambizioso ed esplicito concetto di *giustizia*. Si introduce poi il tema, delicato, della legittimità democratica delle scelte collettive.

Da qui l'esigenza che «massicci investimenti necessari per rilanciare l'economia devono alleggerire l'onere che graverà sulle loro spalle, non appesantirlo. Per questo motivo il dispositivo per la ripresa e la resilienza deve guidare e costruire un'Europa più sostenibile, resiliente e più equa per la prossima generazione, in linea con gli

[45] Ivi, p. 3-4.

[46] European Commission, *Strategia annuale di crescita sostenibile 2021*, Bruxelles, 2020.

[47] Ivi, p. 2.

obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite»[48]. Ma lasciamo che sia il documento a parlare:

«Per realizzare la transizione verde sono necessarie riforme per orientare gli investimenti pubblici e privati verso azioni in materia di clima e ambiente, nonché profonde trasformazioni delle nostre diverse politiche. Pertanto, oltre a riparare i danni a breve termine causati dalla crisi, i nostri strumenti per la ripresa devono mettere l'economia sulla buona strada verso una crescita e un'occupazione sostenibili a lungo termine, al fine di conseguire la neutralità climatica entro il 2050 e di dissociare la crescita economica dall'uso delle risorse. Ciò offre un'opportunità essenziale per modernizzare i modelli industriali tradizionali e investire in tecnologie verdi innovative e in infrastrutture più sostenibili e digitali, accelerando in tal modo la transizione verso un'Europa più sostenibile, resiliente e inclusiva. Inoltre, dato che i consumi privati rappresentano oltre la metà del prodotto interno lordo dell'UE, la promozione di modelli di consumo più sostenibili sarà un fattore chiave di questa trasformazione»[49].

La sostenibilità viene quindi esplicitamente legata alla capacità di fornire dei beni collettivi orientati al consumo delle generazioni future, ancora una volta (come già nel *Libro Bianco* di Delors) assicurata dalle tecnologie d'avanguardia:

«Muovendo dalle competenze scientifiche e tecnologiche dell'Europa, lo sviluppo di una strategia di ricerca, innovazione e diffusione trasformativa e orientata al futuro è l'unico strumento per garantire la crescita della produttività e la competitività dell'Europa e pertanto per salvaguardarne la sovranità tecnologica, un aspetto fondamentale della sua autonomia strategica aperta»[50].

Non è tuttavia un compito da far trainare interamente allo Stato, o al settore pubblico collettivamente gestito a livello europeo:

[48] Ivi, p. 3.
[49] *Ibidem*.
[50] Ivi, p. 4.

«La sostenibilità competitiva richiede apertura e un mercato unico forte. La partecipazione di portatori di interessi e investitori privati è necessaria per garantire il successo dell'attuazione del dispositivo per la ripresa e la resilienza. Il denaro pubblico non dovrebbe sostituire o escludere gli investitori privati, ma integrare e orientare gli investimenti privati laddove necessario, ossia laddove carenze sistemiche, fallimenti del mercato o danni causati dalla pandemia di COVID-19 e dalla conseguente crisi economica rendano impossibile per il mercato da solo riprendersi e conseguire gli obiettivi delle politiche. Per promuovere l'innovazione e accelerare la ripresa è necessario salvaguardare le condizioni di parità nel mercato unico»[51].

Ed arriviamo così al documento per il 2022, pubblicato il 24 novembre 2021. I toni sono ulteriormente cambiati rispetto ai documenti precedenti, sottolineando una crescente urgenza di azioni concrete. Vi si legge:

«*Economic policy coordination has gradually shifted to laying the foundations for a transformational and inclusive recovery and stronger resilience. Economic activity needs to be increasingly aligned with the four dimensions of competitive sustainability, i.e. environmental sustainability, productivity, fairness, and macroeconomic stability2. These four dimensions should not be seen in isolation, as they reinforce each other with a common goal: shifting towards a sustainable, resilient and inclusive economic model, enabled by a broader diffusion and uptake of digital and green technologies, which will help to make Europe a transformational leader. Europe's economic, social and environmental policy agenda should thus ensure that governments at all levels, businesses, social partners and households contribute consistently towards reaching our targets for the green and digital transitions, as well as the employment, skills and poverty reduction targets set with the European Pillar of Social Rights Action Plan, while ensuring the stability of our economy, the smooth functioning of the Single Market and leaving no one behind*»[52].

A seguito della strategia adottata nel luglio 2021 per realizzare l'obiettivo denominato *Fit for 55*, la Commissione: «*adopted a zero pollution action plan and will continue to roll out its European Green Deal agenda*

[51] Ivi, p. 5.

[52] European Commission, *Annual Sustainable Growth Survey 2022*, Bruxelles, 2021, p. 1.

to protect, conserve and enhance natural capital and decouple GDP growth from the use of natural resources. Moreover, in September 2021 the Commission proposed a new governance framework to help ensure that the EU achieves its objective of a digital transformation of European society and economy»[53]. Ancora una volta, dunque, le priorità diventano le transizioni green e digitale.

Per quanto concerne la sostenibilità ambientale, si fa riferimento, nell'ultimo documento, ad azioni concrete ed immediate per il contrasto ai cambiamenti climatici ed alla degenerazione dell'ambiente[54]. Il tutto promuovendo: «*Landmark strategies on climate and energy, hydrogen, offshore renewable energy, tackling methane emissions, biodiversity, circular economy, zero pollution, sustainable and smart mobility, renovation wave, sustainable food and many others are guiding reforms and investments. The proposed initiatives include green taxation measures, such as the updated Energy Taxation Directive, to align EU tax and climate policies and incentivise green business models, while mitigating the social impact. In addition, the proposed Carbon Border Adjustment Mechanism will put a carbon price on certain imports and thus encourage firms and governments in the rest of the world to take steps in the same direction*»[55].

Questa forma di sostenibilità deve essere accompagnata dalla produttività: «*Ensuring future prosperity for citizens will depend crucially on Europe's ability to increase productivity and innovation. This will require a well-aligned mix of reforms and private and public investments that underpin competitiveness and job creation*»[56], ovviamente inseme alla giustizia ed alla stabilità macroeconomica.

Inoltre, la Ue ha lanciato (già a partire dal 2020) dei *green bonds*, ed ha affidato ad un *High level experts group on sustainable finance* il compito di stilare delle buone prassi a tal fine. Così come ha a lungo dibattuto sulla complessa e delicata adozione della cosiddetta *tassonomia verde*, ossia su come dare concreta attuazione agli incentivi per promuovere l'effettiva transizione verde del sistema economico europeo. È inoltre chiaro dal dibattito di questi ultimi mesi, acuito anche dalla crisi geopolitica con la Russia, che sia sul tavolo di discussione europea l'opzione di finanziare beni pubblici europei[57],

[53] Ivi, p. 2.
[54] Ivi, p. 5.
[55] *Ibidem*.
[56] Ivi, p. 7.
[57] M. Buti - G. Papacostantinou, *European public goods: How we can supply more*, in *VoxEU - CEPR*, 31.01.2022, disponibile online al sito *voxeu.org*.

precedentemente individuati nella transizione verde e in quella digitale, ai quali si sono recentemente aggiunti un'unione europea dell'energia e delle sicurezza/difesa, da finanziare – secondo alcuni – col ricorso ai mercati finanziari, quindi con l'emissione di un *safe asset* europeo[58].

Dopo aver apprezzato il cambio di paradigma che la UE ha voluto dare all'idea di sviluppo sostenibile, che diventa sempre più centrale – ed in un'accezione ampia – nelle strategie di sviluppo e finanziamento dell'economia europea, occorre anche sottolineare come, leggendolo con attenzione, il documento (anche i precedenti, per la verità) apra una serie di quesiti piuttosto delicati, invece che risolverli.

Il primo, che sorge credo spontaneo, concerne le motivazioni che hanno spinto la Commissione ad adottare un documento centrato sulla sostenibilità che finalmente apre ad una definizione ampia e plurale proprio nell'ambito delle procedure per il semestre europeo, che hanno a cha fare con la definizione degli spazi di manovra fiscali che ciascun paese può esprimere. Fino al covid, quel documento ha rappresentato il braccio punitivo che impediva di mettere in atto misure di sviluppo finanziate sul bilancio dei singoli paesi, data la natura esclusivamente finanziaria dell'idea di sostenibilità sottostante.

Questa nuova apertura può rappresentare sia una svolta che miri ad includere altri indicatori nella valutazione del prodotto potenziale e degli spazi di manovra concessi ai singoli paesi, ma anche il richiamo alla priorità assunta dalla sostenibilità finanziaria sulle altre accezioni. Può anche, in realtà, agevolando la creazione di margini di manovra a livello nazionale, scoraggiare l'assunzione di maggiori responsabilità fiscali a livello europeo; il che rappresenterebbe a nostro avviso un passo indietro. Vedremo nei prossimi mesi ed anni come questa nuova definizione diventerà effettivamente operativa e come verrà declinata concretamente.

Il documento va inoltre guardato in controluce rispetto ad altri due, forse ancora più importanti sull'idea di sostenibilità. A gennaio 2022 è stato pubblicato il *Green Compass: The European Sustainability Competence Framework*, nel quale la Commissione descrive le competenze che ritiene necessarie per accrescere la consapevolezza relativa ai temi della sostenibilità presso l'opinione pubblica. E il

[58] F. Giavazzi - V. Guerrieri - G. Lorenzoni – C.H. Weymuller, *Revising the European Fiscal Framework*, Governo italiano, 2021, disponibile al sito *www.governo.it*

rapporto dell'*High Level group on post-covid economic and social challenges* intitolato *A New Era for Europe*[59].

Nel caso del primo documento, la definizione di sostenibilità è strettamente legata a quella ambientale; mentre non si fa alcuna menzione delle altre accezioni, pur impiegate nel documento utilizzato nell'ambito del semestre europeo. Mentre nel secondo, si fa esplicitamente riferimento a re dimensioni, legate alla possibilità di gestire in modo ottimale le seguenti tre transizioni: ecologica, digitale, sociale.

Nel primo documento, pur riconoscendo che «*sustainability is a complex concept to define and is very ambiguous*»[60] la definizione risulta circolare e pertanto ambigua, facendo a sua volta riferimento al concetto di sostenibilità per definire la sostenibilità: «*sustainability is best described as a long-term goal, such as attaining a more sustainable world, while sustainable development, like the word suggests, refers to the many processes and pathways used to stimulate development, or achieve progress, in sustainable ways*». Più avanti si tenta una definzione più *robusta*: «*Sustainability means prioritising the needs of all life forms and of the planet by ensuring that human activity does not exceed planetary boundaries*»[61].

Robusta, ma che non sfugge alle ambiguità che caratterizzano altre definizioni. Ci chiediamo infatti, ad esempio, cosa possa significare che l'attività umana non deve eccedere i limiti del pianeta: in senso strettamente geografico le nostre attività hanno già avuto effetti fuori dal pianeta, se consideriamo i rifiuti spaziali e l'intensa attività satellitare in campo militare, delle comunicazioni, della meteorologia, etc.

Qual è, inoltre, il rapporto con la tecnologia? I vincoli del pianeta possono modificarsi nel tempo grazie a tecnologie sempre più efficienti. Malthus, nei primi anni dell'Ottocento, non immaginava che il progresso tecnico in agricoltura avrebbero consentito di superare i limiti imposti dal rapido aumento della popolazione. Gli input della produzione si modificano in termini relativi nel corso del

[59] Il cui sottotitolo è *How the European Union Can Make the Most of its Pandemic Recovery, Pursue Sustainable Growth, and Promote Global Stability* e i cui autori sono Carlo Carraro, Benoît Coeuré, Otilia Dhand, Barry Eichengreen, Melinda Mills, Hélène Rey, André Sapir e Daniela Schwarzer.

[60] G. Bianchi - U. Pisiotis – M. Cabrera Giraldez, *GreenComp The European sustainability competence framework*, EUR 30955 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, p. 11.

[61] Ivi, p. 12.

tempo. Basti pensare alla sostituzione del carbone con il petrolio, del petrolio con l'atomo, più recentemente dell'avvento delle energie rinnovabili.

Altro punto critico concerne la definizione di un preciso momento in cui diventa necessario innescare un cambiamento per raggiunta consapevolezza di aver toccato ed oltrepassato i limiti dello sviluppo del pianeta. Sono almeno 50 anni che quei limiti sono stati raggiunti e superati, secondo alcuni. Il fatto che stiamo continuando a sovra-sfruttare il pianeta dovrebbe rassicurarci sulla possibilità di continuare a farlo in futuro? Quando possiamo essere sicuri del raggiungimento di punti di non ritorno, senza l'urgenza dei quali nessun rappresentante politico investirebbe il proprio capitale di consenso?

È in ogni caso interessante la descrizione delle competenze[62], che includono, molto opportunamente, la centralità dell'individuo nel quadro di un ambiente naturale e sociale più ampio e complesso; e la capacità di elaborare un pensiero critico come chiave per affrontare le sfide che caratterizzano il futuro, anticipandole, piuttosto che subirle. Una visione quindi dinamica dello sviluppo sostenibile in cui il fattore umano gioca un ruolo essenziale.

Così come stimolante appare anche il descrittore delle aree d'intervento, orientate a decrittare la complessità e gestire transizioni, con un preciso orientamento alla capacità di assumere decisioni[63].

---

[62] «*COMPETENCE DESCRIPTOR. 1. Embodying sustainability values. 1.1 Valuing sustainability: To reflect on personal values; identify and explain how values vary among people and over time, while critically evaluating how they align with sustainability values. 1.2 Supporting fairness: To support equity and justice for current and future generations and learn from previous generations for sustainability. 1.3 Promoting nature: To acknowledge that humans are part of nature; and to respect the needs and rights of other species and of nature itself in order to restore and regenerate healthy and resilient ecosystems.*

2. Embracing complexity in sustainability. 2.1 Systems thinking: To approach a sustainability problem from all sides; to consider time, space and context in order to understand how elements interact within and between systems. 2.2 Critical Thinking. 2.3 Problem framing: To formulate current or potential challenges as a sustainability problem in terms of difficulty, people involved, time and geographical scope, in order to identify suitable approaches to anticipating and preventing problems, and to mitigating and adapting to already existing problems». Ivi, p. 15.

[63] «*AREA COMPETENCE DESCRIPTOR. 3. Envisioning sustainable futures. 3.1 Futures literacy: To envision alternative sustainable futures by imagining and developing alternative scenarios and identifying the steps needed to achieve a preferred sustainable*

Nel secondo documento si suggeriscono tre scenari di analisi, distinguibili sulla base del peso del settore pubblico europeo rispetto a quello dei singoli Stati Membri. Si indicano poi alcune linee direttrici da seguire per rispondere al meglio a queste sfide: la capacità di «*enabling the triple transition*»; una tassazione equa e giusta, la creazione di un'unione della sanità; il rafforzamento dell'Europa nel mondo; alleggerire la governance in modo da renderla "*fit for the purpose*". Un documento pionieristico ed allo stesso tempo vecchio, superato dal corso degli eventi (la crisi geopolitica con la Russia) che hanno posto nuove priorità ai beni pubblici europei da finanziare, in parte aggiuntive, in parte diverse da quelle indicate nel documento.

In sintesi, ci sembra che l'orientamento che emerge da questi documenti sia la crescente consapevolezza che la sfida del prossimo futuro sia passare da un rigido sistema di regole e vincoli nella gestione degli spazi fiscali nazionali ad un sistema di incentivi (rigorosamente condizionali) nell'ambito di un potere discrezionale in grado di essere espressione di un sistema di democrazia, e quindi di scelta collettiva, multilivello. In realtà, quei quattro elementi della sostenibilità, che abbiamo visto più sopra come declinazioni del concetto della Commissione, dovrebbero essere beni pubblici europei finanziati dal bilancio europeo.

Non è detto che nei prossimi anni ci si muova effettivamente in questa direzione. È sempre possibile che prevalga l'urgenza di ripristinare una governance fondata su regole e non su una discrezionalità che presuppone un potere democratico legittimo. Ma si tratta di un obiettivo al quale prima o poi l'integrazione europea non potrà che giungere, se intende giocare un ruolo da protagonista nella competizione internazionale.

---

future. 3.2 Adaptability: To manage transitions and challenges in complex sustainability situations and make decisions related to the future in the face of uncertainty, ambiguity and risk. 3.3 Exploratory thinking: To adopt a relational way of thinking by exploring and linking different disciplines, using creativity and experimentation with novel ideas or methods. 4. Acting for sustainability: 4.1 Political agency: To navigate the political system, identify political responsibility and accountability for unsustainable behaviour, and demand effective policies for sustainability. 4.2 Collective action: To act for change in collaboration with others. 4.3 Individual initiative: To identify own potential for sustainability and to actively contribute to improving prospects for the community and the planet. To assess information and arguments, identify assumptions, challenge the status quo, and reflect on how personal, social and cultural backgrounds influence thinking and conclusions». Ibidem.

5. Considerazioni conclusive

Dalla carrellata storica appena ricostruita sembrano emergere tre periodi nei quali l'Unione Europea, in particolare la Commissione come organo di governo della UE, ha prodotto documenti e scelte di orientamento coerenti con alcuni aspetti legati all'idea di sostenibilità dello sviluppo.

Nel primo, riconducibile agli ultimi anni della Presidenza di Jacques Delors alla Commissione ed in particolare con l'adozione del *Libro Bianco* del 1993, vi è un orientamento che, prendendo spunto dal tema della sostenibilità ambientale emerso da pochi anni in ambito Onu, sviluppa il tema dell'urgenza di agevolare una transizione verso modelli di sviluppo, produzione e consumo in grado di soddisfare il criterio dell'equità sociale (intra-generazionale) ed intergenerazionale. In questa logica, l'elemento chiave della Commissione-Delors è una *crescita macroeconomica sostenibile*, in un interessante, innovativo ed inconsueto *policy mix* che, mancando di *ownership* intellettuale e politica, aiuta a comprendere, insieme ad altri fattori contingenti, il suo insuccesso nell'imporsi all'attenzione e soprattutto nell'agenda europea. Una volta dimessosi Delors, la Commissione diventa un organo interamente assorbito dal monitoraggio dei parametri di Maastricht, necessari per assicurare il processo di convergenza e l'ingresso dei paesi nella moneta unica.

Se nel corso degli anni Novanta il tema della sostenibilità sociale ed ambientale viene richiamato, anche solo per tenere alta l'attenzione su temi sociali, negli anni Duemila entriamo in una seconda fase, quella in cui la Commissione UE e l'intero suo sistema istituzionale, si concentrano (quasi) unicamente sul tema della sostenibilità finanziaria. Ossessivamente direi, soprattutto dopo lo scoppio della crisi dei debiti sovrani dalla fine del 2009 fino almeno al 2012. Con strascichi che continueranno a produrre effetti fino allo scoppio della pandemia. La Commissione in realtà prova a riproporre periodicamente il tema del contrasto ai cambiamenti climatici, ella sostenibilità in termini ambientali e perfino in termini sociali. Anche con provvedimenti innovativi in tema di ETS e di richiamo agli obiettivi del millennio. Ma il Consiglio prende il sopravvento sulle decisioni collettive, decretando una deriva che porta inesorabilmente l'intera UE verso il monitoraggio della stabilità finanziaria.

Da questo punto di vista, non c'è alcun dubbio che il Covid abbia rappresentato un vero e proprio *game-changer* per l'UE. Sotto

molti profili. Anche quello della sostenibilità. La pandemia accelera la consapevolezza del ruolo delle esternalità (negative) e della necessità di risolvere i tipici problemi di azione collettiva a livello delle decisioni sovra-nazionali. Il tema del contrasto ai cambiamenti climatici, certo non nuovo, trova improvvisamente un rinnovato slancio grazie al programma pre-pandemico della Presidente von der Leyen, che raccoglie i crescenti umori di disagio popolare, ed accelera con l'avvio concreto della transizione post-pandemica grazie ai fondi del NGEU, del React EU, dell'InvestEU, della BEI, etc.

L'obiettivo viene raggiunto, nelle intenzioni della Commissione, tenendo presente la necessità di una sostenibilità orizzontale, relativa cioè all'urgenza di porre in essere azioni volte a non creare ulteriori divari (e possibilmente coprire quelli esistenti) derivanti dall'avvio di una simile transizione, destinata ad impattare in modo asimmetrico sui vari settori della società e del sistema economico. In questa logica, suggerisce la Commissione, è essenziale una programmazione pubblica, sovranazionale, e il sinergico intervento di attori pubblici e privati.

Il lettore attento avrà notato che sono stati sommariamente analizzati documenti molto eterogenei fra loro: alcuni *della* Commissione, altri *commissionati dalla* Commissione ad esperti indipendenti. Nonostante il loro diverso *valore legale*, mi azzardo ad affermare che si tratta di documenti il cui significato politico e grado di successo sono stati indipendenti dal peso legale del documento. Il *Libro Bianco* di Delors del 1993, in quanto documento della Commissione, votato all'unanimità dal Consiglio, avrebbe dovuto avere un seguito. Ed è stato invece completamente abbandonato in un cassetto. Documenti più recenti affidati ad esperti indipendenti, hanno invece avuto un seguito politico per le mutate condizioni politiche e di formazione del consenso nelle istituzioni Ue. Questa eterogeneità di analisi non deve quindi, a mio modo di vedere, essere sopravvalutata. La Commissione ha di volta in volta optato per documenti preparatori, informativi, ufficiali, perseguendo con una certa coerenza gli spazi ad essa concessi dalle condizioni di equilibrio istituzionale.

Data questa premessa, quello che emerge dal quadro delineato ci pare consenta di tentare una risposta alla domanda posta all'inizio del lavoro. Se nel primo periodo individuato la Commissione ha agito per forzare la mano al Consiglio, cercando di ispirare visioni di lungo

periodo, delle quali l'idea di sostenibilità complessiva del sistema economico-sociale era un requisito fondamentale, nel secondo la Commissione ha di fatto accettato supinamente sia la deriva intergovernativa sia il consenso macroeconomico prevalente, rinunciando al ruolo di guida che aveva svolto nel periodo precedente. È solo negli ultimi anni, con la crescente attenzione pubblica ai temi della sostenibilità ambientale e con un progressivo riequilibrio dei poteri all'interno delle istituzioni UE, che la Commissione ha posto nuovamente al centro della sua azione e dell'intera Unione le priorità della transizione green, che includono anche la sostenibilità.

Ed è qui che le recenti posizioni della Commissione si fanno più interessanti, perché paiono comprendere come il gioco delle parti fra le istituzioni europee torni a porre nelle mani della Commissione un ruolo di avanguardia, che difficilmente possiamo aspettarci dal Consiglio, legato all'inevitabile necessità di comporre compromessi accettabili da tutti i paesi membri. Ma in fondo nemmeno dal Parlamento, dove dei veri e propri dibattiti politici europei fanno ancora fatica ad emergere in maniera autonoma rispetto a logiche nazionali.

La pressione popolare partita dai *Fridays for Future* di Greta Thunberg certo può contribuire a spiegare il mutamento di attenzione della Commissione, come abbiamo accennato più sopra. Ma non è sufficiente. La pandemia ha rafforzato una richiesta già forte di cesura rispetto al passato; sotto numerosi profili. Anche sotto quello delle priorità sulle quali investire per il futuro. Comprensibile, dunque, che la Commissione UE abbia negli ultimi mesi modificato in maniera sempre più profonda e concreta il concetto di sostenibilità dello sviluppo; per meglio rispondere ad esigenze oramai diffuse e divenute sempre più pressanti.

Ed allo stesso tempo ci pare che, nel gioco delle parti delle istituzioni europee in continua evoluzione, questi recenti sviluppi delineino un nuovo tentativo di protagonismo da parte della Commissione, che cerca ancora una volta di guidare, piuttosto che recepire, la dinamica di cambiamento che ha sempre caratterizzato e continuerà presumibilmente a caratterizzare un'architettura costituzionale in continua formazione ed evoluzione.

***

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

ABSTRACT: The essay investigates the evolution of the concept of sustainable development in the official documents of the European institutions, as it evolved in response to changes in the cultural, environmental, economic-financial, and social context in which the process of European integration has taken place over the last three decades. Three main periods were identified. The first, inaugurated by the Delors Commission, while incorporating the then pioneering contributions on environmental sustainability, proposed a concept of sustainable development in a broad sense, aimed at balancing the effort for innovation and the primacy of ecological transition, attentive to the balance between the supply and demand sides. The second, characterized by the complex transition towards convergence for entry into the euro and up to the sovereign debt crisis, in which the Commission takes an approach essentially limited to the financial sustainability of fiscal aggregates. A third, initiated immediately before (and consolidated) by the pandemic emergency, in which the many facets and meanings of the idea of sustainable development are rediscovered, until the Commission documents that suggest a permanent financial support to the production of European public goods through the development of a safe asset. The essay attempts to show how this temporal division responds to theoretical debates and political priorities that have evolved in the government of the Union.

KEYWORDS: sustainable development – European Commission – green transition

***

Fabio Masini – Professore associato in Storia del pensiero economico e Jean Monnet Chair on European Economic Governance, Dipartimento di Scienze Politiche, Università di Roma Tre (fabio.masini@uniroma3.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*

Alfredo Moliterni

SOMMARIO: 1. Il tradizionale intervento pubblico a tutela dell'ambiente e le criticità del paradigma dello sviluppo sostenibile – 2. Dal paradigma dello sviluppo sostenibile alla transizione ecologica – 3. Il protagonismo europeo nel processo di transizione ecologica: il Green Deal e il Next Generation UE – 4. Il rinnovato ruolo in campo economico dei pubblici poteri: le conferme nelle recenti modifiche costituzionali – 5. Transizione ecologica e funzioni amministrative: la centralità dei piani e il ruolo strategico del Mite e del Cite – 6. Le sfide della transizione ecologica per il sistema amministrativo

1. Il tradizionale intervento pubblico a tutela dell'ambiente e le criticità del paradigma dello sviluppo sostenibile

La sfida della transizione ecologica costituisce uno dei fattori che stanno maggiormente incidendo sull'assetto degli ordinamenti contemporanei e, in particolare, sulla struttura e sul ruolo dei poteri pubblici nello spazio giuridico, economico e sociale[1]. Il rilievo che ha ormai assunto a livello globale l'obiettivo

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

[1] Ne è riprova il fatto che alla «transizione ecologica» fa oggi esplicito riferimento una delle sei missioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia domani» (PNRR), dal titolo «Rivoluzione verde e transizione ecologica»: e nel Piano si sottolinea che «la transizione ecologica, come indicato dall'Agenda 2030 dell'ONU e dai nuovi obiettivi europei per il 2030, è alla base del nuovo modello di sviluppo italiano ed europeo». Per un inquadramento degli obiettivi e dei nodi della transizione ecologica, F.M. Butera, *Affrontare la complessità. Per governare la transizione ecologica*, Milano, 2021; E. Ronchi, *Le sfide della transizione ecologica*, Milano, 2021; AA.VV., *Che cos'è la transizione ecologica*, Milano, 2021. Con specifico riguardo all'impatto sul sistema amministrativo, F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 779 ss.

del contrasto ai cambiamenti climatici e, più in generale, l'esigenza di porre un freno al grave processo di degenerazione dell'equilibrio ecosistemico del pianeta (anche in termini di perdita di biodiversità)[2] sta contribuendo, infatti, a ridefinire anche i tradizionali spazi, ambiti e finalità dell'intervento pubblico a tutela dell'ambiente[3].

Come è noto, alle origini del processo di *giuridificazion*e dell'interesse ambientale[4], e della conseguente attribuzione ai pubblici poteri dei primi compiti di tutela di alcuni beni e risorse ambientali, vi è stata l'esigenza di introdurre tecniche di controllo delle attività antropiche che potessero limitare il peso e la rilevanza dei costi ambientali generati dall'esercizio del diritto di iniziativa economica e dal godimento dei diritti di proprietà.

Per questa ragione, la funzione pubblica di tutela ambientale si viene ad affermare – con poche novità rispetto al più risalente paradigma della tutela sanitaria e dell'igiene pubblica[5] – come un *limite esterno* all'iniziativa economica privata, al fine di verificare, in concreto, la compatibilità dello svolgimento di alcune attività umane con l'esigenza di proteggere specifiche risorse naturali e con esse, in primo luogo, la salute dell'uomo[6]. Anche

[2] Sul tema, F.M. Platjouw, Environmental Law and the Ecosystem Approach: Maintaining Ecological Integrity through Consistency in Law, London-New York, 2016.

[3] Come evidenziato, da ultimo, M. Delsignore, *Ambiente*, in *Funzioni amministrative*, diretto da B.G. Mattarella e M. Ramajoli, *I tematici dell'Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2022, III, p. 47, secondo cui sarebbe in atto «un processo di riassetto e risistemazione del diritto dell'ambiente nel contesto degli obiettivi del Green Deal europeo».

[4] Su cui G. Rossi, Storicità e gradualità della emersione dell'interesse ambientale nella sfera giuridica, in Id., Saggi e scritti scelti. III. Economia, ambiente, servizi, Torino, 2019, p. 1262 s.

[5] La vera novità è consistita nella considerazione unitaria delle matrici ambientali, non tanto nelle tecniche di tutela, come evidenziato ancora da M. Delsignore, *Ambiente*, cit., p. 47.

[6] Soprattutto nella prospettiva dell'ambiente come oggetto di «aggressione», seguendo la nota tripartizione di M.S. Giannini, "*Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss. Sul difficile processo di emersione di una nozione giuridica unitaria di ambiente, si vedano G. Pericu, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *D. disc. pubbl.*, I, 1987, p. 189 ss.; A. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, p. 44 ss.; F.G. Scoca, *Tutela*

quando si affinano le tecniche di protezione – e si passa da una tutela decentrata di tipo giurisdizionale ad una tutela accentrata affidata alla cura tecnico-amministrativa di un apposito Ministero[7] – l'obiettivo principale dell'intervento pubblico continua ad essere quello di scongiurare la produzione di danni significativi all'ambiente[8] e di attivare, in caso di necessità, i più adeguati e tempestivi meccanismi riparatori[9]. Un intervento pubblico *contenitivo*, quindi, ma non in grado di incidere sulla direzione, l'intensità e gli obiettivi dei processi di sviluppo economico e produttivo.

Al crescere della rilevanza della questione ambientale e della consapevolezza dell'insostenibilità dell'*impronta ecologica* dell'uomo sul pianeta[10], inizia a prestarsi maggiore attenzione al ruolo assunto dalle caratteristiche e dalle concrete modalità di funzionamento del sistema economico e produttivo[11]. Anche alla luce della maturazione di una più ampia riflessione storica attorno alla

dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico, in *Quaderni regionali*, 1989, p. 533 ss.; più di recente, S. Grassi, *Tutela dell'ambiente (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, 2007, p. 1114 ss.

[7] Ad opera della l. 8 luglio 1986, n. 349; sull'istituzione del Ministero dell'ambiente, si veda F. Salvia, *Il ministero dell'ambiente*, Roma, 1989, p. 25 ss.

[8] Secondo il paradigma della valutazione di impatto ambientale (VIA) che si occupa degli «impatti ambientali significativi e negativi»: si veda l'art. 6, comma 5, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Codice dell'ambiente).

[9] Sul ruolo del sistema delle responsabilità anche nell'attuale assetto codicistico, da ultimo, G.D. Comporti, *Codice dell'ambiente e responsabilità ambientale*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1, 2022 (in corso di pubblicazione).

[10] Sull'impronta ecologica, come criterio volto a misurare il consumo umano di risorse naturali di una certa porzione di territorio con la capacità della Terra di rigenerare le medesime risorse, si vedano W. E. Rees – M. Wackernagel, *Our Ecological Footprint: Reducing Human Impact on the Earth*, Gabriola Island (Canada), 1996. I dati del *Global footprint network* evidenziano che, allo stato attuale, le risorse annuali a disposizione dell'umanità si esauriscono il 28 luglio 2022 e, dopo quella data, la società opera in «*ecological overshoot*». Nell'ordinamento UE, si veda lo studio della *European Environment Agency*, *Ecological Footprint of European Countries*, 2015, reperibile all'indirizzo web *eea.europa.eu*.

[11] In questa prospettiva ha avuto un peso certamente significativo la pubblicazione nel 1972 del volume *I limiti dello sviluppo* (commissionato dal Club di Roma), ove si sono per la prima volta calcolati i limiti e i rischi della crescita umana per le sorti del pianeta.

questione ambientale[12], cresce la consapevolezza dei nessi esistenti tra aggravamento della crisi climatica-ambientale e affermazione del modello di economia capitalistica-lineare, il quale avrebbe contribuito ad affinare le tecniche e, soprattutto, a far aumentare esponenzialmente le occasioni di incidenza delle attività antropiche sull'intero ecosistema[13].

È soprattutto a partire dalla fine degli anni Ottanta che l'analisi della problematica ambientale inizia ad intrecciarsi – anche nel dibattito pubblico e non solo nella letteratura scientifica e di impronta ecologista[14] – al tema dei modelli di sviluppo, nella prospettiva di tentare di armonizzare al meglio i sempre più sfidanti obiettivi di tutela dell'ambiente con le caratteristiche (e le finalità) delle economie di mercato. Ed è proprio in tale contesto che matura, dapprima in ambito internazionale e poi anche nell'ordinamento europeo e nazionale, il concetto di «sviluppo sostenibile», il quale viene elevato a paradigma che avrebbe dovuto *conciliare* in maniera armonica gli obiettivi di crescita economica con

[12] Su cui si vedano C. Ponting, Storia verde del mondo, Torino, 1992; A. Crosby, Ecological Imperialsim. The Biological Expansion of Europe 900-1900, Cambridge, 1993; P. Bevilacqua, La terra è finita. Breve storia dell'ambiente, Roma-Bari, 2006; F. Paolini, Breve storia dell'ambiente nel Novecento, Bari, 2018; con riguardo al contesto italiano, G. Corona, Breve storia dell'ambiente in Italia, Bologna, 2015.

[13] Sottolinea tale profilo P. Ciocca, *L'economia di mercato capitalistica: un "modo di produzione" da salvare*, in P. Ciocca – I. Musu (a cura di), *Natura e Capitalismo. Un conflitto da evitare*, Roma, 2013, p. 13 ss. Sul rapporto tra ambiente e modelli di sviluppo, R. Guha, *Environmentalism. A Global History*, New York, 2000; P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2003; P.M. Dupuy - J.E. Vinuales, *International Environmental Law*, Cambridge, 2015.

[14] Che già dagli anni Settanta sottolineava questi aspetti: si veda P. Ehrlich, *The Population Bomb*, New York, 1968, ove si mette per la prima volta in relazione il problema della crescita economica e demografica e il problema ambientale; nello stesso anno viene pubblicato su *Science* da G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, p. 1243 ss., ove si suggerisce di limitare il consumo individuale delle risorse e di porre attenzione al problema riproduttivo. Ma è di qualche anno successivo il contributo che viene comunemente considerato il manifesto della nascita dell'ecologica politica, soprattutto in relazione all'impatto della tecnologia produttiva sugli ecosistemi: B. Commoner, *The closing circle. Nature, Man, and Technology*, New York, 1971.

gli obiettivi di sostenibilità ambientale, tenendo conto dei limiti naturali del pianeta[15].

Tuttavia, a dispetto della grande forza e dell'enfasi[16] con cui la nozione di sviluppo sostenibile fa ingresso, non solo nel dibattito pubblico, ma anche nel diritto positivo sovranazionale e nazionale[17], tale concetto è stato concretamente declinato in una prospettiva *debole*, ovvero quale modello di sviluppo che avrebbe dovuto tener conto *anche* dell'interesse ambientale, in una logica mera composizione degli interessi in gioco[18]. La protezione dell'ambiente, quindi, lungi dall'assurgere ad elemento di strutturale condizionamento del modello di sviluppo economico e sociale, diviene *una* delle variabili di cui tener conto nelle scelte dei pubblici poteri, soprattutto a livello amministrativo.

Una simile prospettiva, oltre a non essere stata in grado di scalfire, nel contesto delle economie di mercato, la primazia degli obiettivi di crescita e di sviluppo lineare del sistema economico e produttivo, non è riuscita neanche a mettere in discussione la tradizionale logica *contenitiva* e *settoriale* dell'intervento pubblico a

[15] Nel noto rapporto Bruntland della *Commissione ambiente e sviluppo* del 1987, lo sviluppo sostenibile era quel modello di sviluppo teso ad assicurare «il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri». Il concetto viene poi accolto, anche in una prospettiva attenta alla dimensione sociale, nella *Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo* del 1992. In dottrina, si veda F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

[16] Come evidenziato criticamente da A. Del Gobbo, Il discorso dello "sviluppo sostenibile": critica di una fantasia ideologica, in Sociologia urbana e rurale, 2016, p. 12 ss.

[17] La nozione di sviluppo sostenibile è stata accolta dai Trattati europei (sin dal Trattato di Amsterdam) e, a livello interno, è stata recepita – nella definizione della Commissione *Brundtland* – dal Codice dell'ambiente, in base al quale «il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro» (art. 3 *quater*, comma 3, introdotto dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4.).

[18] Come evidenziato da G. Rossi, *La "materializzazione" dell'interesse all'ambiente*, in Id. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, p. 19 ss.

presidio dell'ambiente, al più favorendo una integrazione dell'interesse ambientale all'interno di alcune politiche pubbliche[19].

La stessa emersione del concetto di *green economy* – a cui si è iniziato a fare riferimento soprattutto in occasione della crisi economico-finanziaria degli anni duemila al fine di promuovere il rilancio dell'economia senza compromettere il benessere a lungo termine delle future generazioni[20] – non ha consentito di superare le criticità e le debolezze sottese alla declinazione debole dello sviluppo sostenibile[21]. La logica dell'intervento pubblico è rimasta ancora essenzialmente settoriale e concentrata su alcuni settori strategici (prevalentemente energia e fonti rinnovabili), con una grande fiducia nella spontanea risposta del mercato al sistema degli incentivi pubblici[22]. Un intervento finalizzato a rendere *meno*

[19] Si tratta di una prospettiva che, in fondo, appare alla base della stessa *Agenda 2030 sullo Sviluppo Sostenibile* presentata dall'ONU nel 2015 ove si è ritenuto che i 17 obiettivi possano essere raggiunti in maniera simultanea e senza gerarchie: sul punto, in chiave critica, E. Ronchi, *La transizione alla green economy*, Milano, 2018, p. 19, il quale sottolinea che, ad esempio, vi è una chiara incompatibilità tra l'obiettivo n. 8 della crescita al 7% dei paesi in via di sviluppo e l'obiettivo della riduzione delle emissioni. Non diversamente, si è sottolineato che l'eccessiva dilatazione della nozione di sviluppo sostenibile anche agli obiettivi – certamente meritori – della prosperità, della pace e la sicurezza conduce evidentemente ad un indebolimento della dimensione ambientale come valore predominante: sul punto, F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 154.

[20] A partire dal Rapporto 2008 del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (da ora UNEP) ove è stata lanciata la c.d. *Green economy Initiative*, poi recepita nel rapporto UNEP, *Towards a Green Economy: Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication*, 2011; successivamente è stata pubblicata da ONU-UNDESA (*Division for sustainable development*), *A Guidebook to Green Economy*, 2012, ove la *green economy* è concepita quale strumento funzionale a raggiungere uno sviluppo sostenibile, affrontare la crisi climatica e la crisi ecologica (proteggendo gli ecosistemi e la biodiversità), ma anche rilanciare l'economia correggendo fallimenti del mercato (incentivi, circolarità, non solo misurazione del Pil), e promuovere un benessere inclusivo e di migliore qualità (stili di vita sostenibili, migliore qualità).

[21] Chiara è la strumentalità della *Green economy* all'obiettivo complessivo dello sviluppo sostenibile nell'ambito del Rapporto dell'UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), *The green economy: trade and sustainable development implications*, 2011.

[22] Come evidenziato criticamente da G. Montedoro, Spunti per la "decostruzione" della nozione di sviluppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale, in Amministrazione in cammino, 2009, p. 3 ss.

impattante la crescita (anche attraverso l'obiettivo del miglioramento del tasso di «produttività carbonica»[23]), ma senza alcuna pretesa di mettere in discussione l'organizzazione del ciclo economico e dei fattori di produzione in vista del raggiungimento di più elevati standard di protezione ambientale. La *green economy*, quindi, viene a rappresentare la parte "verde" di un sistema economico che, per il resto, avrebbe continuato ad essere strutturalmente indipendente dalla variabile ambientale[24].

L'insufficienza di un simile approccio è stata resa evidente dalla tendenziale inidoneità del paradigma dello sviluppo sostenibile – e della *green economy* – a segnare significative controtendenze rispetto al processo di aggravamento della crisi ecologica e climatica, in atto ormai da tempo, che ha determinato il superamento di molti dei c.d. «*planetary boundaries*» [25]. In tale contesto, è proprio la crisi climatica ad aver costituito la spia più evidente della gravità della situazione ambientale[26], con effetti

[23] Cioè il Pil prodotto per ogni unità in peso di CO2 generata.

[24] D'altra parte, lo stesso parametro dell'intensità carbonica può decrescere non solo in virtù della diminuzione delle emissioni, ma anche in virtù dell'aumento del Pil prodotto a parità di emissioni; il parametro, inoltre, non considera sempre gli effetti complessivi sull'ecosistema del modello produttivo ed economico. Sul punto, si veda anche E. Ronchi, *La transizione alla green economy*, cit., p. 47.

[25] Sulla teoria dei limiti planetari, ormai ampiamente consolidata a livello scientifico, si veda il primo studio di J. Rockstrom *et al.*, *A Safe Operating Space for Humanity*, in *Nature*, Vol. 461, 2009, p. 472 ss., nonché Id., *Planetary boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity*, in *Ecology and Society*, 2009, Vol. 14, 2, p. 32 ss. A partire da tali studi, dal 2009 sono monitorati dallo *Stockholm Resilience Centre* (SRC) i c.d. *Planetary Boundaries*: tra le nove aree critiche in grado di mettere a repentaglio i sistemi ecologici planetari, almeno quattro hanno visto il superamento delle soglie-limite o si trovano in una situazione critica (clima, biodiversità, deforestazione, cicli biochimici). Nel 2022 è stato pubblicato lo studio, a cura di 14 studiosi, dal titolo *Outside the Safe Operating Space of the Planetary Boundary for Novel Entities*, in *Environ. Sci. Technol.*, 2022, p. 1510 ss., ove si denuncia il superamento dello spazio operativo di sicurezza del pianeta. La teoria dei limiti planetari è stata recepita espressamente dal Settimo Programma di Azione per l'Ambiente dell'Unione Europea, approvato con la Decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013.

[26] La crisi climatica ha costituito – anche grazie all'attività di valutazione e di studio dell'IPCC (Gruppo intergovernativo di esperti sul cambiamento climatico) – la spia più evidente di una più ampia crisi ecologica che, incidendo sul c.d. intervallo

devastanti non solo sul piano ecologico e della perdita di biodiversità[27], ma anche sul piano economico[28], sociale[29] e della stessa salute umana[30].

2. Dallo sviluppo sostenibile al paradigma della transizione ecologica

È proprio alla luce dell'insufficienza del tradizionale approccio che ha caratterizzato l'intervento pubblico a tutela dell'ambiente che, negli ultimi anni, si sono andati intensificando i tentativi di mettere più decisamente in discussione le caratteristiche e le modalità di funzionamento del sistema economico, nella prospettiva di ri-allinearlo ai limiti ecologici del pianeta e alle regole di funzionamento degli ecosistemi[31]: e questo, anche attraverso una riconsiderazione del ruolo dei pubblici poteri rispetto alla sfida ambientale[32].

---

di resilienza, rischia di determinare gravi danni, anche irreversibili, sia in termini di perdita delle specie, sia in termini di compromissione degli habitat naturali.

[27] Sul punto, si vedano i vari rapporti del programma internazionale TEEB – *The Economics of Ecosystems and Biodiversity*.

[28] In termini, ad esempio, di danni alle attività agricole: sugli impatti economici e sociali della crisi climatica e ambientale si vedano i rapporti del *McKinsey Global Institute* (da ultimo, *Climate risk and response. Physical hazards and socioeconomic impacts*, 2020, reperibile all'indirizzo *mckinsey.com*.

[29] In termini di accentuazione delle diseguaglianze tra Nord e Sud: sull'impatto economico dei disastri naturali, F. Barthel, E. Neumayer, *A trend analysis of normalized insured damage from natural disasters*, in *Climatic Change*, 2, 2012.

[30] Come ha dimostrato la stessa esperienza del Covid-19: sui nessi tra perdita della biodiversità e crisi pandemica da Covid-19, si veda il rapporto World Health Organization, *Water, sanitation, hygiene, and waste management for the COVID-19 virus, Interim guidance*.

[31] Sull'economia ecologica, si vedano già R. Costanza (ed.), Ecological Economics: The Science and Management of Sustainability, New York, 1991. Più di recente, su tali paradigmi, G. Munda, Environmental Economics, Ecological Economics, and the Concept of Sustainable Development, in Environmental Values, 2017, p. 213 ss.

[32] Su cui sia consentito il rinvio a A. Moliterni, La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico, in Riv. Quad. Dir. Amb., 2, 2020, p. 32 ss.

In un contesto di crescente attenzione al paradigma «circolare»[33], si è rafforzata la consapevolezza, non solo in ambito scientifico, dell'imprescindibilità di legare la questione ambientale all'avvio di una *transizione* credibile e duratura verso un modello di sviluppo che si ponga effettivamente l'obiettivo di riallineare il sistema socio-economico al sistema naturale e, soprattutto, lo faccia in tempo utile per scongiurare processi di trasformazione irreversibili[34]. L'idea della crescita economica come espansione tendenzialmente illimitata – al più da orientare ad obiettivi di contenimento degli impatti negativi sull'ambiente – inizia lentamente a cedere il passo ad un'idea diversa di sviluppo fondata sulla ricerca di un equilibrio duraturo tra utilizzo delle risorse e necessità che non si comprometta irreversibilmente il capitale naturale[35]: e questo, nella consapevolezza dell'impossibilità di continuare a considerare la natura in chiave meramente strumentale alle attività umane, secondo la tradizionale prospettiva antropocentrica[36]. D'altra parte, l'obiettivo di promuovere un

[33] In questo senso, R. Ferrara, Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente, in Il Piemonte delle Autonomie – Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte, 3, 2018, p. 1 ss. Sull'economia circolare, in una prospettiva giuridica, F. de Leonardis, Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?, in Dir. amm., 2017, p. 163 ss., nonché M. Cocconi, La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo, Milano, 2020;

[34] Sull'obiettivo di promuovere un processo permanente di aggiustamento dei «tempi storici ai tempi biologici», necessario alla salvaguardia delle nostre opportunità di sopravvivenza, in quanto specie, si veda M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, p. 65.

[35] Come evidenziato dall'UNEP in diversi rapporti, dal 1970 al 2017 l'uso mondiale di materie prime è cresciuto da 26,7 miliardi a 88,6 miliardi di tonnellate (UNEP, *Emissions Gap Report*, 2017): in questa prospettiva, lo stesso avanzamento tecnologico, in presenza di una crescita della domanda e dei consumi, non appare comunque in grado di compensare, né frenare l'incremento dell'estrazione e della domanda di materie prime poiché la migliore produttività delle risorse è stata accompagnata da una crescita dei consumi (seppur in maniera fortemente diseguale).

[36] Su cui, in chiave critica, H.E. Daly, *Beyond Growth: The Economics of Sustainable Development*, Boston, 1996.

riallineamento tra il sistema economico e il sistema naturale si rende necessario anche in un'ottica di (egoistica) sopravvivenza della specie umana, posto che la difesa dell'equilibrio ecosistemico costituisce il presupposto stesso per ogni prospettiva futura di sviluppo economico e sociale[37].

È in tale contesto che si fa strada, non solo in ambito europeo, un processo di riconsiderazione della *ratio* e delle stesse tradizionali modalità dell'intervento pubblico a tutela dell'interesse ambientale, nella prospettiva di sostenere e promuovere la *transizione ecologica*[38]: cioè un processo credibile e duraturo di strutturale trasformazione del sistema economico, produttivo e sociale, che sappia tenere conto della capacità di carico dell'ecosistema e del tasso di rigenerazione delle risorse a disposizione[39], assicurando uno stabile *disaccoppiamento* tra il livello di sfruttamento delle risorse naturali e gli obiettivi di benessere[40].

La prospettiva della transizione ecologica si lega all'idea di una crescita *qualitativamente* (e non solo quantitativamente)

[37] Come evidenziato nel noto studio di G. Ceballos – P.R. Ehrlich – R. Dirzo, Biological Annihilation via the Ongoing Sixth Mass Extinction Signaled by Vertebrate Population Losses and Declines, in Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 2017, E6089.

[38] Ovvero, secondo la prospettiva suggerita da F. de Leonardis, *La transizione ecologica*, cit., p. 779 ss., un modello di sviluppo mirante a «costruire le basi di una nuova società attenta agli equilibri planetari» e avente «ad oggetto contemporaneamente quattro sistemi complessi: quello economico, quello sociale, quello degli ecosistemi e quello delle istituzioni».

[39] Secondo la prospettiva suggerita da H.E. Daly, *Beyond Growth*, cit., *passim*, lo sviluppo sostenibile dovrebbe assicurare un tasso di utilizzazione delle risorse rinnovabili non superiore al loro tasso di rigenerazione; un'immissione di sostanza inquinanti in misura non superiore alla capacità di carico dell'ambiente; la costanza nel tempo dello *stock* di risorse non rinnovabili. Sull'obiettivo di evitare una trasformazione irreversibile, M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 176.

[40] In questo senso, si veda il rapporto dell'European Environmental Bureau, *Decoupling debunked – Evidence and arguments against green growth as a sole strategy for sustainability*, dell'8 luglio 2019 ove si denuncia l'insufficienza della sola prospettiva della «crescita verde» per assicurare il disaccoppiamento necessario ad evitare il collasso ambientale (e questo guardando, in particolare, alle materie prime, all'energia, all'acqua, ai gas serra, allo sfruttamento del suolo, a inquinanti idrici e perdita di biodiversità).

differente[41], in grado di favorire un miglioramento della qualità della vita dell'uomo, senza mettere a repentaglio il capitale naturale e gli ecosistemi[42]: un'idea di crescita *selettiva* – e per questo caratterizzata da un più deciso protagonismo dei pubblici poteri – che guardi all'ambiente non già come un limite esterno al libero svolgimento delle attività economiche, ma innanzitutto come una variabile interna (e presupposta) alle stesse traiettorie di sviluppo; e tutto questo, senza dover necessariamente accedere né alla prospettiva estrema della *deep ecology*[43] o della «decrescita felice»[44], né ad un radicale (e utopistico) superamento del tradizionale modello proprietario «meccanicistico» a vantaggio della logica dei beni comuni[45].

3. Il protagonismo europeo nel processo di transizione ecologica: il Green Deal e il Next Generation UE

Nel contesto europeo, la logica del sostegno alla transizione ecologica è stata posta alla base del progetto del c.d. *Green Deal*, il quale – per la grande estensione dell'orizzonte temporale di

[41] È necessario proporre quella che i biologi definiscono crescita qualitativa, fondata su modelli di apprendimento e maturazione: F. Capra, H. Henderson, *Crescita qualitativa. Per un'economia ecologicamente sostenibile e socialmente equa*, Sansepolcro (AR), 2017.

[42] Sulla necessità di contenere lo sviluppo economico entro i limiti biofisici del nostro pianeta, garantendo al tempo stesso i bisogni fondamentali per ogni essere umano, con equità e giustizia si veda J. Rockström - J. D. Sachs, *Sustainable Development and Planetary Boundaries*, 2015.

[43] Cioè un'idea di sviluppo esclusivamente legata al livello di protezione e di conservazione delle risorse naturali: si veda già J.C. Coomer, *The nature of the quest for a sustainable Society*, in Id., *Quest for a Sustainable Society*, 1979, New York, 1979; sulla prospettiva della *deep ecology*, si veda L. Benvenuti, *Il diritto dell'ambiente nella prospettiva dell'etica applicata*, in *Jus*, 2000, p. 453 ss.

[44] Su cui, per tutti, S. Latouche, *Le pari de la décroissance*, Paris, 2006, nonché G. Kallis, *In defence of degrowth*, in *Ecological Economics*, 2011, p. 873 ss. Sui rischi della decrescita in termini di accentuazione delle diseguaglianze, si veda T. Jackson, *The Post-Growth Challenge: Secular Stagnation, Inequality and the Limits to Growth*, CUSP Working Paper n. 12, Guildford, University of Surrey, 2018 .

[45] Secondo la prospettiva di F. Capra - U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro (AR), 2017, p. 14 ss.

riferimento e per la stessa ampiezza e trasversalità delle strategie di azione previste – sembra essere in grado di avviare un processo di trasformazione non solo della tradizionale logica e disciplina giuridica a tutela dell'ambiente, ma, più in generale, della stessa portata e configurazione dell'interesse ambientale nel contesto delle democrazie pluraliste e delle economie di mercato[46].

In questa prospettiva, nonostante si sia iniziato a parlare di *Green New Deal* già successivamente alla crisi economico-finanziaria del 2008[47], e nonostante siano diversi i progetti *Green Deals* di cui si discute a livello globale[48], la strategia avviata dalla Commissione europea con la Comunicazione dell'11 dicembre 2019 pone indubbiamente le basi per un rinnovato protagonismo dell'Unione nelle politiche globali di contrasto ai cambiamenti climatici e ambientali. Inoltre, essa sembra dischiudere inedite prospettive nella stessa configurazione della protezione ambientale nel processo di integrazione, non più legata solo ad una dimensione *antropocentrica* (in funzione della salute o degli interessi economici e sociali dell'uomo), ma attenta alla salvaguardia degli ecosistemi e della biodiversità come valori interni allo spazio giuridico

[46] Già nel 2019 il Parlamento europeo, facendo riferimento ai cosiddetti limiti planetari, ha dichiarato con una risoluzione l'emergenza ambientale, esortando «la nuova Commissione a effettuare una valutazione completa dell'impatto climatico e ambientale di tutte le proposte legislative e di bilancio, nonché a garantire che tali proposte siano pienamente in linea con l'obiettivo di contenere il riscaldamento globale entro 1,5° C e non contribuiscano alla perdita di biodiversità» (così, *Risoluzione del Parlamento europeo del 28 novembre 2019 sull'emergenza climatica e ambientale*, 2019/2930(RSP). É in tale contesto che si giunge all'approvazione nel dicembre del 2019 alla Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal Europeo*, COM(2019) 640 *final*, ove si sottolinea la necessità di favorire una «crescita economica (…) dissociata dall'uso delle risorse». Sul Green Deal si vedano i contributi contenuti nel fascicolo monografico n. 1/2021 della *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente* dedicato al tema del *Green Deal* europeo e, ivi, se si vuole, l'editoriale di A. Moliterni, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, p. 4 ss. e l'introduzione di E. Chiti, *Introduction to the Symposium: Managing the Ecological Transition of the European Union*, p. 9 ss.

[47] A partire dal rapporto del Green New Deal Group del 2008 e dal rapporto UNDP del 2009 *Rethinking the Economic Recovery: A Global Green New Deal.*

[48] Su cu si veda, G. Pratti S., Bad Moon Rising: the Green Deals in the Globalization Era, in Riv. Quad. Dir. Amb., 2021, p. 177 ss.

europeo[49]. Di qui, la grande attenzione prestata, nel contesto del *Green Deal*, al profilo della *dissociazione* tra la crescita e l'utilizzo delle risorse naturali e, soprattutto, al tema della biodiversità, attraverso la prospettazione di obiettivi giuridicamente vincolanti di ripristino degli ecosistemi marini e terrestri e di riforestazione[50].

La transizione ecologica sembrerebbe quindi essere stata assunta a motivo e occasione per l'avvio di un percorso di trasformazione dello stesso modello economico e sociale di riferimento, fondato su un più razionale (e giusto) equilibrio tra uomo e ambiente[51]. Il macro-obiettivo del raggiungimento della neutralità climatica al 2050[52] diviene, infatti, il *vettore* che condiziona, a cascata, la definizione delle strategie di azione di molteplici ambiti e settori di intervento dell'Unione europea (energia, infrastrutture, trasporti, agricoltura, alimentazione) e, più in generale, che sollecita l'avvio di un inedito processo di trasformazione del modello industriale e produttivo nello spazio giuridico europeo, anche attorno al paradigma dell'economia

[49] Sottolinea questo punto E. Chiti, Managing the ecological transition of the EU: The European Green Deal as a regulatory process, in Common Market Law Review, 2022, p. 19 ss.

[50] Si veda la Comunicazione del 20 maggio 2020 EU Biodiversity Strategy for 2030. Bringing nature back into our lives.

[51] Secondo la Comunicazione della Commissione sul *Green Deal* europeo siamo dinanzi ad una «nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'U.E. in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse». Il 14 luglio 2021, la Commissione Europea ha presentato il pacchetto *Fit for 55* contenente una serie di proposte legislative finalizzate a conseguire nel 2030 una riduzione del 55% delle emissioni di gas serra rispetto ai livelli del 1990.

[52] Con Regolamento 30 giugno 2021, n. 1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica (e che modifica il regolamento CE n. 401/2009 e il regolamento UE 2018/1999 («Normativa europea sul clima»), è stato stabilito l'obiettivo vincolante della neutralità climatica dell'Unione entro il 2050. Sulla proposta UE, che rafforza il controllo e la vigilanza europea sul conseguimento degli obiettivi nazionali, A. Giorgi, *Substantiating or Formalizing the Green Deal Process? The Proposal for a European Climate Law*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2021, p. 14 ss.

circolare[53]. Di qui, la centralità che assume la nuova Strategia europea per la politica industriale, che mira a stimolare un processo di riconversione della struttura produttiva e industriale degli Stati membri in un'ottica coerente con gli obiettivi della transizione ecologica, anche attraverso inedite alleanze tra settore pubblico e settore privato per il sostegno alle innovazioni necessarie a supportare la transizione[54].

A fronte della tradizionale visione dell'ambiente come limite esterno allo sviluppo – e di cui si sarebbe dovuto «tenere conto»[55] soprattutto nella fase *attuativa* delle altre politiche settoriali alla luce di un'idea *debole* del principio di integrazione contenuto nell'art. 11 del TFUE[56] e di «sviluppo sostenibile»[57] – sembra quindi prospettarsi un'idea *forte* di integrazione, in cui il fattore

[53] Su cui E. Bruti Liberati, Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance, in Dir. pubb., 2021, p. 415 ss.

[54] In questa prospettiva, la *Strategia industriale europea* (*Updating the 2020 New Industrial Strategy: Building a stronger Single Market for Europe's recovery*, 5.5.2021 COM(2021) 350 final) si fonda sulle c.d. alleanze industriali, finalizzate ad attrarre e accompagnare investitori privati nella prospettiva di individuare soluzioni tecnologiche e produttive che possano assicurare il pieno sostegno ai processi di transizione ecologica e digitale e, al contempo, l'autonomia strategica dell'Unione. Si veda, ad esempio, la c.d. *European Battery Alliance* per cui la Commissione ha autorizzato l'erogazione da parte di dodici Stati membri di finanziamenti destinati a ricerche e investimenti da parte di oltre quaranta imprese per la realizzazione di batterie di nuova generazione.

[55] Da cui discende l'obbligo per le istituzioni comunitarie «di tenere nel debito conto gli interessi ecologici in campi di azione diversi da quello della tutela dell'ambiente, intesa *stricto sensu*», come affermato dall'avvocato generale L.A. Geelhoed nelle conclusioni del 26 gennaio 2006 (par. 59), in C-161/04 (*Repubblica d'Austria c. Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea*).

[56] Secondo cui «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». Sul principio di integrazione, T. Schumacher, *The Environmental Integration Clause in Article 6 of the EU Treaty: Prioritising Environmental Protection*, in *Environmental Law Review*, 2001, 3, p. 29 ss.

[57] A cui si fa espresso riferimento nell'art. 3 TUE, ove si precisa che l'Unione «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente».

ambientale assurge a presupposto del processo di definizione delle e finalità ultime di altre politiche settoriali[58]: si pensi al peso che la sostenibilità verrà sempre più ad assumere all'interno di politiche tradizionalmente orientate ad assicurare la mera efficienza (lineare) dei relativi mercati, come nel caso dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti o dell'energia.

Si tratta di un percorso che sembrerebbe essere in grado di avviare – dal basso e, allo stato, a prescindere da modifiche formali ai Trattati[59] – un processo di ridefinizione dei valori e degli obiettivi di fondo del progetto di integrazione europea e della stessa costituzione economica[60], venendo ad incidere sulla stessa configurazione del tradizionale rapporto tra libertà economiche e interesse ambientale[61]. D'altra parte, se è vero che il dinamismo dei mercati può costituire un fattore decisivo per uno sviluppo tecnologico in grado di supportare la transizione verde del sistema economico, è altrettanto vero che sia la logica dell'aumento *lineare* della produttività, sia la logica del necessario incremento dei consumi – entrambe sottese al modello neo-classico di mercato concorrenziale – sollevano evidenti problemi di compatibilità con

[58] Sulle potenzialità del principio di integrazione come «direttrice atta a guidare un cambiamento costruttivo», si veda M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 221.

[59] I quali non usano mai la parola ecosistema o biodiversità, accogliendo invece una nozione di ambiente che sembra essere interna alla costruzione del mercato; nell'art. 3 TFUE si fa riferimento alle competenze dell'Unione sulla «conservazione delle risorse biologiche del mare», ma questo «nel quadro della politica comune della pesca» (art. 3, comma 1, lett. D).

[60] Sui cui fondamenti si veda J.H.H. Weiler, The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods, in P. Craig – G. De Búrca (eds.), The Evolution of EU Law, Oxford, 1999, p. 349 ss.

[61] Sul rapporto tra interesse ambientale e libertà di circolazione, si veda, tra le prime pronunce, Corte di Giustizia, 7 febbraio 1985, C-240/1983, *Procureur de la République* contro *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*. Sul tema, D. Vandermeersch, *The Single European Act and the Environmental Policy of the European Economic Community*, in *European Law Review*, 1987, p. 407 ss.; sul contributo della Corte di Giustizia, F. Jacobs, *The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment*, in *Journal of Environmental Law*, 2006, p. 185 ss.

la natura *limitata* delle risorse naturali e con la stessa precarietà dell'equilibrio eco-sistemico[62].

In questa prospettiva, il progetto regolatorio del *Green Deal* chiama inevitabilmente in causa la questione del rafforzamento degli spazi di flessibilità nell'applicazione, da parte delle istituzioni europee, delle regole in materia di concorrenza, aiuti di stato e libertà di circolazione: si pensi, tra gli altri, all'annoso problema della compatibilità dei sempre più consistenti strumenti pubblici di incentivazione delle attività economiche «sostenibili» con la disciplina europea sugli aiuti di stato[63]; o al problema che solleva, alla luce della libertà di circolazione all'interno dell'Unione e delle regole sul libero scambio a livello internazionale, la questione dell'utilizzo della leva fiscale per supportare la transizione ecologica[64]; o, ancora, al difficile equilibrio che emerge, nel contesto della regolazione europea dei contratti pubblici, tra la *rigidità* sottesa all'obiettivo della promozione della concorrenza in funzione di rafforzamento dell'integrazione dei mercati e la

[62] Sulla necessità di considerare la rilevanza dei limiti eco-sistemici allo sviluppo di attività economiche, H.E. Daly, *Steady-State Economics*, Washington, 1991.

[63] Il problema dell'eccessiva restrittività della disciplina sugli aiuti di stato è stato sottolineato anche da F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 288. Nel contesto del *Green Deal*, l'Unione Europea sta mettendo in campo un processo di revisione delle linee guida sugli aiuti di stato per la protezione ambientale (si veda progetto di comunicazione della Commissione europea del 7 giugno 2021, dal titolo *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022*, nonché la Risoluzione del Parlamento europeo del 21 ottobre 2021); per la disciplina attualmente in vigore si veda la Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020* (2014/C 200/01).

[64] D'altra parte, in relazione alla possibilità di adeguare il prezzo del carbonio alle frontiere, la stessa Commissione precisa che una simile misura «sarà definita in modo da rispettare le norme dell'Organizzazione mondiale del commercio e gli altri obblighi internazionali dell'UE» (Comunicazione su *Il Green Deal Europeo*, cit., par. 2.1.1). Sul tema, si veda ora la *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere*, del 14 luglio 2021, COM(2021) 564 final. Sulla difficoltà di assicurare una incisiva tutela dei valori sociali, anche di matrice ambientale, all'interno delle attuali regole che governano il libero scambio internazionale nel contesto dell'OMC, si veda M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008.

flessibilità derivante dall'obiettivo del sostegno – attraverso la domanda pubblica – ad attività imprenditoriali in grado di supportare la transizione ecologica[65].

Ma al di là degli spazi derogatori e di flessibilità interni alle singole discipline, la forza del progetto regolatorio del *Green Deal* solleva interrogativi più profondi che intercettano la stessa logica e finalità dei tradizionali strumenti su cui si è fondato il processo di integrazione economica e la possibilità che gli stessi possano essere orientati al perseguimento di obiettivi *ulteriori* rispetto a quello dell'efficienza per la costruzione del mercato unico: e ciò, a partire dal diritto antitrust, il quale – nel contesto di una più ampia riflessione avviata negli ultimi anni a livello globale attorno al tema del suo rapporto con gli obiettivi di giustizia sociale[66] – potrebbe venire ad essere interpretato e applicato, alla luce degli obiettivi del *Green Deal*, tenendo conto non solo del benessere immediato dei consumatori o della effettiva concorrenza tra le imprese, ma anche dell'idoneità di certe operazioni economiche (astrattamente lesive della concorrenza) a supportare innovazioni e trasformazioni radicali del tessuto produttivo, in linea con gli obiettivi della transizione ecologica[67].

Sullo sfondo di tali questioni emerge il problema della stessa adeguatezza delle regole che hanno sin qui caratterizzato il processo di integrazione e l'assetto istituzionale dell'Unione,

[65] Su cui S. Arrowsmith – P. Kunzlik (eds.), Social and environmental policies in EC Procurement Law. New directives and new directions, Cambridge, 2009; R. Caranta – M. Trybus (eds.), The law of green and social procurement in Europe, Copenaghen, 2010.

[66] Si pensi al c.d. Hipster Antitrust Movement (o New Brandeis Movement) che, nel contesto statunitense, suggerisce – soprattutto in relazione alle sfide della rivoluzione digitale – una dissociazione tra il diritto antitrust e l'analisi economica e l'abbandono della prospettiva del «*consumer welfare*»: si veda L. Khan – S. Vaheesan, *Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and its Discontents*, in *Harvard Law & Policy Review*, 2017, p. 235 ss. Sui possibili nessi tra tutela della concorrenza e promozione di obiettivi di giustizia sociale, M. D'Alberti, *La concorrenza*, in F. Amatori – M. D'Alberti (a cura di), *L'impresa italiana*, II, Roma, 2020, p. 100 ss.

[67] Su cui si veda G. Monti, Four Options for a Greener Competition Law, in Journal of European Competition Law & Practice, 2020, p. 124 ss.; nonché, se si vuole, A. Moliterni, Antitrust e ambiente ai tempi del Green Deal: il caso dei "sustainability agreements", in Giorn. dir. amm, 2021, p. 354 ss.

soprattutto nel contesto successivo alla crisi finanziaria[68], per supportare un così ambizioso percorso di trasformazione della società e dello spazio giuridico europeo, quale è quello sotteso al progetto del *Green Deal*. È infatti evidente che tale progetto – venendo ad incidere pesantemente sulle scelte di politica industriale, ma anche sulle scelte di sviluppo territoriale, economico e sociale dei singoli Stati membri – rafforza le esigenze di un più forte coordinamento sia a livello «orizzontale» tra le diverse politiche europee, sia a livello «verticale» in relazione alle politiche economiche e industriali degli Stati[69]. In questa prospettiva, è la stessa ambiziosità del processo regolatorio del *Green Deal* ad accentuare i molti limiti della logica intergovernativa che ancora ispira il processo di integrazione europea, sia dal punto di vista delle politiche di bilancio, sia dal punto di vista della debolezza dei poteri sovranazionali in materia di politica economica e fiscale[70]. D'altra parte, gli altissimi costi economici e sociali della transizione ecologica – e i molteplici rischi sottesi alla riconversione dei modelli industriali e produttivi – non potranno essere gestiti solo all'interno dei tradizionali spazi di solidarietà delle comunità nazionali, ma richiederanno una più forte condivisione (e una maggiore solidarietà economica) tra gli stessi Stati membri[71].

---

[68] E questo, alla luce del peculiare stato di crisi e incertezza in cui si trova il processo di integrazione europea a seguito della crisi finanziaria del 2008: sulle implicazioni istituzionali della crisi, tra gli altri, B. de Witte, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?,* in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 434 ss.; K. Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge, 2014; P. Craig, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. Adams – F. Fabbrini – P. Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, a cura di Oxford, 2014, p. 19 ss.; E. Chiti – P.G. Teixeira, *The Constitutional Implications of the Financial and Public Debt Crisis*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 683 ss.

[69] Sul problema istituzionale legato alle politiche industriali, E. Chiti, *Managing the ecological transition of the EU*, cit., p. 19 ss.

[70] Come sottolineato da E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione*, cit., p. 428 ss.

[71] Sul punto sia consentito il rinvio a A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, cit., p. 32 ss.

Proprio da questo punto di vista – e in attesa di riforme strutturali al processo di integrazione europeo – è significativo il fatto che un sostegno importante (e inatteso) alla credibilità e alla forza del progetto regolatorio del *Green Deal* sia venuto dalla risposta europea alla crisi pandemica[72] e, in particolare, dal meccanismo di sostegno del *Next Generation UE*[73]. Tale strumento, nell'approntare un eccezionale sistema di condivisione del debito tra gli Stati membri, è riuscito ad orientare in maniera significativa gli investimenti degli Stati membri agli obiettivi della transizione ecologica definiti dal *Green Deal*, assicurando un vigoroso coordinamento delle riforme economiche e strutturali nei singoli ordinamenti attraverso i dispositivi nazionali per la ripresa e la resilienza[74].

Nello specifico, sono essenzialmente due i vincoli che l'ordinamento europeo ha impresso sui Piani nazionali di ripresa e

[72] Come sottolineato dalla Commissione Europea, *The Sectoral Impact of the COVID-19 Crisis. An Unprecedented and Atypical Crisis*, in Economic Brief, 069, December 2021, p. 8, «The COVID-19 crisis has acted as an accelerator for the political support to the green transition, which was already high on the EU agenda with the European Green Deal».

[73] Il *Next Generation EU*, proposto dalla Commissione europea a maggio 2020, è un Piano per la ripresa da oltre 800 miliardi di euro, il cui strumento principale è rappresentato dal Regolamento UE n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Su tale meccanismo, si veda B. De Witte, *The European Union's COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 635 ss.

[74] Nel Considerando 7 al Regolamento UE n. 240/2021 si chiarisce che il dispositivo «contribuirà all'attuazione del Green Deal europeo, all'integrazione delle azioni per il clima e al conseguimento dell'obiettivo globale di destinare il 30% della spesa di bilancio dell'Unione al sostegno degli obiettivi climatici e l'ambizione di destinare il 7,5% della spesa annuale nell'ambito del quadro finanziario pluriennale agli obiettivi relativi alla biodiversità dal 2024 e il 10% nel 2026 e nel 2027, tenendo conto nel contempo delle sovrapposizioni esistenti tra obiettivi in materia di clima e biodiversità». Anche il PNRR italiano sottolinea che «il pilastro della transizione verde discende direttamente dallo *European Green Deal* e dal doppio obiettivo dell'UE di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050 e ridurre le emissioni di gas a effetto serra del 55% rispetto allo scenario del 1990 entro il 2030». Sul punto, S. Lazzari, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza "Italia Domani"*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, p. 199 ss.

resilienza nella prospettiva di accentuarne la connessione con gli obiettivi del *Green Deal*.

Da un lato, si è previsto che il 37% delle risorse richieste da ciascuno Stato membro debba contribuire all'obiettivo della «transizione verde»[75]: in particolare, è stata richiesta una spiegazione qualitativa del modo in cui le misure previste dai Piani saranno in grado di contribuire alla transizione verde, con l'obbligo di indicare se tali misure concorreranno a raggiungere almeno il 37% della dotazione totale del piano, da calcolarsi sulla base della metodologia di controllo del clima di cui all'allegato VI[76].

Dall'altro lato, si è introdotto il principio «*Do Not Significant Harm*» («*DNSH*»), in base al quale viene previsto che nessuna misura del Piano nazionale dovrà essere idonea a produrre effetti negativi per l'ambiente[77], facendo riferimento al sistema di tassonomia delle attività ecosostenibili indicato all'articolo 17 del Regolamento (UE) 2020/852[78]: in particolare, andrà dimostrato da parte degli Stati membri che le iniziative economiche sostenute dai Piani non saranno in grado di determinare impatti significativi sui

[75] Si veda il considerando 23 al Regolamento.

[76] Si veda l'articolo 18, comma 4, lett e), del Regolamento ove si prevede l'obbligo di «una spiegazione qualitativa del modo in cui le misure previste dal piano per la ripresa e la resilienza sono in grado di contribuire alla transizione verde, compresa la biodiversità, o ad affrontare le sfide che ne conseguono, e che indichi se tali misure rappresentano almeno il 37 % della dotazione totale del piano per la ripresa e la resilienza sulla base della metodologia di controllo del clima di cui all'allegato VI».

[77] Al considerando 25 al Regolamento si chiarisce che «Gli Stati membri dovrebbero garantire che le misure incluse nei loro piani per la ripresa e la resilienza sono conformi al principio 'non arrecare un danno significativo' ai sensi dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2020/852. La Commissione dovrebbe predisporre orientamenti tecnici a tal fine. L'entrata in vigore degli atti delegati di cui all'articolo 3, lettera d), del regolamento (UE) 2020/852 non dovrebbe incidere su tali orientamenti». L'art. 5, comma 2 precisa, tra i «principi orizzontali», che «il dispositivo finanzia unicamente le misure che rispettano il principio 'non arrecare un danno significativo'».

[78] Si tratta del Regolamento (UE) n. 2020/852, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del Regolamento (UE) 2019/2088 («Regolamento Tassonomia»). Sul c.d. «Regolamento Tassonomia», si veda OECD, *Overview of sustainable finance definitions and taxonomies*, in *Developing Sustainable Finance Definitions and Taxonomies*, Parigi, 2020.

processi di mitigazione dei cambiamenti climatici, sull'uso sostenibile o sulla protezione delle risorse idriche e marine, sull'economia circolare (inclusa la prevenzione, il riutilizzo ed il riciclaggio dei rifiuti), sulla prevenzione e riduzione dell'inquinamento, ma anche sulla protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi.

Siamo dinanzi a due vincoli molto penetranti che – al netto di alcuni profili di criticità dal punto di vista delle loro concrete modalità di attuazione e controllo[79] – contribuiscono ad allineare agli obiettivi della transizione ecologica, quello che indubbiamente rappresenta il più grande programma di investimenti – e di solidarietà transnazionale – posto in essere nella storia del processo di integrazione europea[80]. Occorrerà ovviamente capire fino a che punto la straordinarietà di tale programma sarà in grado di incidere, dal basso, sulla struttura del processo di integrazione e sulla stessa costituzione economica europea, anche alla luce delle sfide (sempre più radicali) che il *Green Deal* sta contribuendo a porre nello spazio giuridico ed economico dell'Unione.

4. Il rinnovato ruolo in campo economico dei pubblici poteri: le conferme nelle recenti modifiche costituzionali

Come dimostra il processo avviato dal *Green Deal* europeo, la sfida della transizione ecologica viene a mettere in discussione il ruolo assunto dai poteri pubblici nel contesto delle economie di mercato, soprattutto per come consolidatosi nell'ultimo trentennio attorno al paradigma dello «Stato regolatore» [81]. D'altra parte, la prospettiva «debole» dello sviluppo sostenibile si è venuta a legare

[79] Sui dubbi in merito alle modalità di quantificazione del vincolo del 37%, S. Lazzari, *La transizione verde*, cit., p. 199.

[80] Come evidenziato da M. Dani et al., 'It's the political economy!' A moment of truth for the eurozone and the EU, in International Journal of Constitutional Law, 2021, p. 309 ss.

[81] Su cui si vedano G. Majone, The rise of the regulatory state in Europe, in West Politics, 1994, p. 77; M. D'Alberti, Poteri pubblici, mercati e globalizzazione, cit., passim; E. Bruti Liberati, La regolazione indipendente dei mercati, Torino, 2019.

anche alla peculiare fase di arretramento del ruolo dello Stato in campo economico, sia dal punto di vista del restringimento delle ragioni giustificative dell'intervento dei pubblici poteri, sia dal punto di vista della riduzione degli strumenti a disposizione[82]. In un simile contesto, si è a lungo ritenuto che l'interesse ambientale – operando come una stringente *eccezione* all'operatività dei principi del libero scambio e alle regole di concorrenza[83] – potesse essere adeguatamente internalizzato nel sistema economico e produttivo soprattutto attraverso la logica dei costi[84] e mediante meccanismi automatici di incentivazione[85]. Tali strumenti di intervento riponevano una grande fiducia nella capacità del mercato – e in particolare del sistema dei prezzi – di individuare i giusti beni da produrre e le giuste innovazioni da promuovere, anche nella prospettiva della sostenibilità[86].

La logica della transizione ecologica sembra invece mettere in discussione alcuni dei presupposti (e degli armamentari teorici)

[82] Sulla tendenza della regolazione pro-concorrenziale a restringere gli spazi e le ragioni dell'intervento pubblico, M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesauro – M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p.171; sul punto si veda anche S. Cassese, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e "deregulation"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378 ss.; T. Daintith, *Regulation*, in *International Enciclopedia of Comparative Law, State and Economy*, XVII, 1997, p. 3 ss.; A.I. Ogus, *Introduction*, in A.I. Ogus (ed.), *Regulation, economics, and the law*, Cheltenham - Northampton, 2001, IX.

[83] Come evidenziato da M. Mazzamuto, Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2009, p. 1571 ss.

[84] Sulla base, peraltro, di un principio affermato dalla stessa della Dichiarazione di Rio del 1992 (n. 16), ove si valorizza la promozione de «la 'internalizzazione' dei costi per la tutela ambientale e l'uso di strumenti economici».

[85] Su cui rimane fondamentale R. B. Stewart, A New Generation of Environmental Regulation, in Capital University Law Review, 2001, p. 21 ss. Nella letteratura italiana, M. Clarich, La tutela dell'ambiente attraverso il mercato, in Dir. pubb., 2007, p. 219 ss.

[86] Per la prospettiva teorica in base alla quale il mercato sarebbe il meccanismo più idoneo per la soluzione dei problemi ambientali, si veda T.L. Anderson – D.R. Leal, *Free Market Environmentalism*, New York, 2001. In chiave critica, si veda F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 147, il quale critica l'enfasi posta sull'impiego dei meccanismi di mercato e la prospettiva che vedrebbe nell'espansione economica la chiave per la soluzione del problema.

che hanno caratterizzato il modello dello Stato regolatore[87], a vantaggio di un chiaro rinvigorimento del ruolo *propulsivo* dei pubblici poteri in campo economico[88]. È soprattutto la prospettiva del *limite* – tanto ecologico, quanto temporale – a rendere insufficiente il solo strumento del segnale di prezzo al fine di orientare e conformare i comportamenti dei privati all'interesse ambientale[89]. Da un lato, infatti, vi è l'esigenza di considerare (e rispettare) la capacità di «carico» del sistema e i tempi di rigenerazione delle risorse, scongiurando il rischio che, attraverso la semplice monetizzazione del loro sfruttamento, si possano generare effetti irreversibili all'ecosistema[90]. Dall'altro, vi è l'esigenza di tenere conto del limite temporale legato all'aggravarsi della crisi climatica, che rende imprescindibili accelerazioni ai processi di trasformazione del sistema economico con strumenti non esclusivamente legati alla logica degli incentivi economici di natura automatica.

In questa prospettiva, la transizione ecologica rende necessario non solo un rafforzamento della qualità degli strumenti di regolazione economica per promuovere un'adeguata internalizzazione dei costi ambientali da parte del sistema economico e produttivo, ma soprattutto il loro inserimento all'interno di una strategia programmatoria che si riveli sufficientemente stabile, coerente e tendenzialmente immune dallo "*short-termism*" che sempre più spesso caratterizza non solo le scelte

[87] Sul punto sia consentito il rinvio a A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, cit., p. 32 ss.

[88] Segnalato, da ultimo, da G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2021. Ma su tale tendenza si vedano già M. Mazzuccato, *The Entrepreneurial State. Debunking Public vs. Private Sector Myths*, London, 2013, nonché P. De Grauwe, *The Limits of the Market. The Pendulum Between Government and Market*, Oxford, 2017.

[89] Come sottolineato dall'UNEP, *Green Industrial Policy. Concept, Policies, Country Experiences*, 2017, p. 12, «for several reasons, however, pricing environmental goods is not sufficient». Sui rischi sottesi alla monetizzazione dei servizi eco-sistemici, si veda M. Cafagno, Principi e strumenti di tutela dell'ambiente, cit., p. 247; nonché F. Fracchia, Lo sviluppo sostenibile, cit., p. 190 s.

[90] Si veda il caso delle acque minerali Vittel, citato da M. Cafagno, Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo, in Il diritto dell'economia, 2019, p. 169 ss.

del settore privato, ma anche le decisioni delle autorità politiche[91]. Si rafforzano, quindi, le ragioni per il rilancio di una nuova politica industriale[92] che sappia stimolare quelle trasformazioni *radicali* alla struttura del sistema imprenditoriale e produttivo che la gravità della crisi climatica ed eco-sistemica rende ormai non più rinviabili[93]: e questo, attraverso scelte non neutrali in campo economico ma che sappiano individuare i settori «vincenti»[94] e indirizzare gli investimenti verso le giuste innovazioni[95], nella prospettiva di stimolare una crescita selettiva, in cui molte attività si sviluppano, altre si convertono e altre ancora vengono dismesse[96].

---

[91] Come sottolineato – anche con riguardo al problema dell'impazienza dei capitali privati nel contesto della transizione energetica e del (difficile) superamento dei combustibili fossili – da J. Rifkin, *Un Green New Deal Globale. Il crollo della civiltà dei combustibili fossili entro il 2028 e l'audace piano economico per salvare la terra*, Milano, 2019, p. 146 ss. Ma sull'imprescindibilità di una strategia pubblica di governo, anche industriale, della transizione ambientale, si veda già UNEP, *Green Industrial Policy. Concept, Policies, Country Experiences*, 2017.

[92] Le ragioni di una nuova politica industriale verde sono state messe in luce da UNEP, *Green Industrial Policy*, cit., p. 11: «green industrial policy is also different. It goes beyond the traditional notion of industrial policies». Sui limiti e le criticità delle vecchie politiche industriali, G. Amato, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1976, p. 16 ss.; G. Federico – R. Giannetti, *Le politiche industriali*, in F. Amatori *et al.* (a cura di), *Annali della Fondazione Einaudi, L'industria*, XV, Milano, 1999, p. 1125 ss.; più di recente, A. Averardi, *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli, 2018.

[93] Sull'imprescindibilità del ruolo pubblico per la promozione di innovazioni radicali in campo ambientale, I. Musu, *Green Economy: Great Expectation or Big Illusion?*, in *Rivista italiana degli economisti*, 2010, p. 25 ss.; ma si vedano già C. Carraro – D. Siniscalco, *Environmental Policy Reconsidered: the Role of Technology Innovation*, in *European Economic Review*, 1994, p. 545 ss. In generale sul ruolo del pubblico per le innovazioni, M. Mazzuccato, *The Entrepreneurial State*, cit., spec. p. 45 ss.

[94] In questa prospettiva, non basta solo la logica tesa ad incentivare la riduzione delle esternalità negative o le buone performance ambientali, ma occorrerebbe sostenere la stessa scelta di convertire gli output della produzione in chiave sostenibile: sul punto, E. Ronchi, *La transizione alla green economy*, cit., p. 119.

[95] Secondo l'UNEP, Green Industrial Policy, cit., p. 11, la politica industrial verde deve assicurare «a clear predictable distinction between 'good' and 'bad' technologies, based on their environmental impacts, and therefore systematic steering of investment behaviour in a socially agreed direction».

[96] Sottolinea tale profilo E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione*, cit., p. 425 ss., richiamando il paradigma della *Disruptive Green Industrial Policy*.

È (solo) alla luce di questo cambio di paradigma che si può cogliere il senso delle recenti modifiche costituzionali in materia ambientale[97], soprattutto in relazione all'articolo 41 della Costituzione[98]. Indipendentemente dal giudizio che si può dare sulla portata realmente innovatrice dell'intervento[99], appare comunque significativo (anche sul piano simbolico) il fatto che l'obiettivo della transizione ecologica abbia stimolato una modifica – approvata peraltro a larghissima maggioranza dal Parlamento – che si è mossa in una direzione esattamente contraria rispetto a quelli che erano stati i tentativi di riforma dell'articolo 41 nel recente passato, i quali avevano tentato di sancire l'assoluta primazia delle ragioni della libertà di iniziativa economica rispetto alla possibilità di interventi limitativi e conformativi da parte dei pubblici poteri[100].

---

[97] Si veda la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 (*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*). Sull'iter e sui lavori parlamentari, si veda il Dossier dell'Ufficio Studi della Camera dei Deputati del 23 giugno 2021 sull'A.C. 3156 e quello dell'Ufficio Studi del Senato, Note sull'A.S. n. 83 e abbinati – A del giugno 2021, n. 396.

[98] I commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost., sono stati modificati nei termini che seguono: «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

[99] Su cui si vedano, tuttavia, le considerazioni di R. Bifulco, *Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 2022, p. 2 ss. in merito all'esigenza di uscire dalle «secche» del dibattito intorno alla necessarietà o superfluità della revisione costituzionale.

[100] Si veda, il disegno di legge costituzionale C. 4144, recante «Modifiche agli articoli 41, 97 e 118, comma quarto, della Costituzione» presentato alla Camera dal Governo il 7 marzo 2011 che si proponeva di rafforzare il comma 1 (prevedendo che «l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge») e di depotenziare l'attuale comma 3, sia sul piano dei programmi sia su quello dei controlli: e questo, con l'obiettivo esplicito di superare le «difficoltà interpretative relative al rapporto tra la libertà di iniziativa economica sancita dal primo comma e la sua delimitazione operata dal secondo e dal terzo comma» che avevano condotto parte della dottrina a rinvenire nella formulazione dell'articolo «le tracce delle opposte posizioni sostenute nell'Assemblea costituente dalle principali forze politiche in materia di iniziativa economica privata e di ruolo dello Stato in economia» (così nella Relazione della prima commissione permanente della Camera).

Venendo al contenuto dell'intervento di revisione costituzionale, non siamo certamente dinanzi ad una modifica radicale, posto che essa si inserisce comunque nel tronco e nella struttura logica dell'articolo 41[101]: il che costituisce una (indiretta) conferma delle grandi potenzialità di «svolgimento» di tale disposizione, di cui ne era stata valorizzata – talvolta anche criticamente[102] – la natura *aperta* a successive (e potenzialmente

[101] Sui diversi percorsi interpretativi che hanno caratterizzato il problema della ricostruzione della portata dell'articolo 41 della Costituzione, rimangono fondamentali: C. Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 184 ss., nonché Id., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 33 ss.; G. Minervini, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 621 ss; A. De Valles, *Posizione di problemi sulla costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Dir. econ.*, 1959, p. 798 ss.; V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959; E. Cheli, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, p. 260 ss.; A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, p. 192 ss.; A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1971, p. 582 ss.; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 177 ss.; P. De Carli, *Costituzione e attività economiche*, Padova, 1978; G. Palma, *Economia pubblica e programmazione*, Napoli, 1980, p. 63 ss.; F. Galgano, *Art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Roma-Bologna, 1982, p. 1 ss.; A. Pace, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Studi in onore di E. Tosato*, Milano, 1982, II, p. 532 ss.; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, nonché Id., *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. pubb.*, vol. V, 1991, p. 373 ss.; G. Morbidelli, *Iniziativa economia privata*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989; G. Amato, *Il mercato nella Costituzione* [1992], ora in ID., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2014, p. 308 ss.

[102] Come nel caso di chi ne aveva segnalato la natura «indeterminata nel suo nucleo politico centrale» al punto da negarne la stessa precettività: così E. Cheli, *Libertà e limiti*, cit., p. 300 ss.; ma ne sottolinea l'indeterminatezza anche A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 582 ss., nonché M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 175. Si tratta di un aspetto che, come è noto, era stato evidenziato criticamente dallo stesso Luigi Einaudi nella seduta del 13 maggio 1947, secondo cui «una norma la quale non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale ed arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma, essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi di interpretazione saranno conformi a ciò che non esiste». Sulle diverse spinte e anime che hanno caratterizzato il dibattito in Assemblea costituente si vedano i contributi contenuti in G. Mori (a cura di), *La cultura economica nel periodo della ricostruzione*, Bologna, 1980; nonché R. Ruffilli, *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, Bologna, 1979. Più di recente, si veda F. Saitto, *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, in F. Cortese – C. Caruso – S. Rossi (a cura di),

diverse) trasformazioni dell'assetto politico, economico e sociale[103]. D'altra parte, con specifico riguardo alla stessa nozione di «utilità sociale» di cui al comma 2, ne era già stata sottolineata in dottrina la natura di «principio-valvola», che avrebbe consentito «l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei fatti sociali»[104], in funzione di promozione del benessere collettivo e di trasformazione dell'intera società, e non solo in relazione ai bisogni dei lavoratori e ai rapporti interni all'unità produttiva[105]. E a conferma di ciò, la Corte costituzionale – pur mettendo sovente in connessione la nozione di «utilità sociale» con i limiti contenuti

Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente, Milano, 2018, p. 147 ss.; nonché, se si vuole, A. Moliterni – S. Pellizzari, *La riserva di attività economiche alle comunità di lavoratori o utenti*, in S. Cassese (a cura di), *La Costituzione dimenticata*, Milano, 2021, p. 243 ss.

[103] Come sottolineato da M. Luciani, *La produzione economica privata*, cit., p. 79 ss., nonché, più di recente, Id., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC*, 2011, p. 63 ove si evidenzia che i costituenti avrebbero consegnato «nelle mani delle istituzioni rappresentative gli strumenti di una politica economica a largo spettro, che comprende tutte le alternative disponibili per il raggiungimento dei fini di progresso sociale, connessi al valore della persona umana». D'altronde, tale ampio margine di manovra appare indirettamente da ricondursi allo stesso utilizzo della riserva di legge in tali ambiti che, oltre a fungere da limite all'operato dell'amministrazione, costituisce — come acutamente sottolineato da G. Amato, *Il mercato*, cit., p. 299 — anche il segno della volontà di rinviare al futuro legislatore la risoluzione di «un problema che al momento è troppo controverso e scottante».

[104] Così M. Luciani, *La produzione economica privata*, cit., p. 117. D'altra parte, già Predieri aveva messo in luce il fatto che l'utilità sociale di cui l'art. 41 Cost. fa menzione è imputabile alla società nel suo complesso: A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, cit., p. 192 ss.

[105] Si veda P. Cavaleri, *Iniziativa economica privata e costituzione "Vivente"*, Padova, 1978, p. 37 secondo cui esisterebbe una sorta di «nucleo minimo» del concetto di utilità sociale corrispondente al complesso di «valori che la Costituzione protegge con norme specifiche in materia di libertà personale, sindacale, di espressione e di informazione, di insegnamento; di diritto alla salute, al salario 'sufficiente', all'assistenza e previdenza; di tutela del paesaggio», non tutti riconducibili ai limiti contenuti nel comma 2, ma anche ad altre situazioni protette dalla Costituzione. Per una lettura dell'utilità sociale come esigenza di raggiungere i massimi livelli di occupazione, alla luce della connessione dell'art. 4 con l'art. 41, si veda C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica,* in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti,* III, Milano, 1972, 141 ss.

nella seconda parte del comma 2[106] – non ha mancato di legittimare, alla luce di tale comma, interventi legislativi limitativi dell'attività economica privata finalizzati all'obiettivo della tutela ambientale o della salute umana[107].

Se quindi la tutela ambientale era già penetrata nella logica di composizione delle libertà economiche con gli obiettivi di valore sociale che è sottesa all'articolo 41, è comunque innegabile l'importanza – non solo simbolica – della revisione costituzionale in oggetto[108].

Con specifico riguardo al comma 2, il riferimento esplicito all'interesse ambientale tra gli «interessi-limite» che non possono essere lesi dall'attività economica privata[109] potrebbe favorire una più netta distinzione tra tali interessi e la clausola maggiormente

[106] E quindi accedendo ad una lettura unitaria di tale comma, come evidenziato da R. Niro, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, Torino, 2006, p. 846 ss., la quale ravvisa la «esistenza di un 'nucleo minimo' della nozione di utilità sociale in parte coincidente con i limiti di cui alla seconda parte del 2° co. (…)», che sarebbe confermato da «quelle decisioni della Corte nelle quali si sono individuati, contestualmente, come fondamenti costituzionali delle limitazioni poste all'iniziativa economica privata dal legislatore, sia i limiti di cui alla seconda parte del 2° co. dell'art. in commento, sia il limite dell'utilità sociale, quasi a 'rafforzare' la scelta operata dal legislatore e a suggerire una sostanziale contiguità fra gli indicati limiti nel nome della tutela dei diritti e degli interessi costituzionalmente tutelati e quindi della necessità di un contemperamento degli stessi con la libertà di iniziativa economica».

[107] Si veda, tra le altre, Corte cost., ordinanza 31 maggio 1996, n. 186, la quale, in relazione all'imposizione di una serie di obblighi di comunicazioni sulla quantità e qualità dei rifiuti speciali di origine industriale, ha valorizzato non solo il limite dell'utilità sociale, ma anche il limite della sicurezza, della libertà e della dignità umana «da ricollegarsi anche alla tutela dell'ambiente» in cui l'individuo vive. Successivamente si veda anche Corte cost. 3 giugno 1998, n. 196 e C. cost. 6 giugno 190, n. 2001.

[108] Come evidenziato da F. de Leonardis, La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura, in Aperta Contrada, 2022.

[109] Sul problema della distinzione, ai fini e per gli effetti dell'applicabilità dei limiti dell'articolo 41, tra l'iniziativa e lo svolgimento dell'attività si veda già C. Esposito, *La Costituzione italiana*, cit, p. 184 ss., nonché A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 595.

indeterminata della «utilità sociale»[110], soprattutto i fini della diversa operatività della riserva di legge. A dispetto della consolidata giurisprudenza costituzionale che ha da tempo ritenuto operante una riserva di legge implicita su tutti i limiti dell'articolo 41[111], la chiara *emancipazione* dell'interesse ambientale dalla clausola generale dell'utilità sociale[112] potrebbe infatti consentire un più coraggioso intervento del giudice comune a tutela di tale valore costituzionale, anche al di là di una necessaria interposizione legislativa[113]:

[110] Anche alla luce della tendenza della giurisprudenza a intenderla in taluni casi come una sorta di «ordine pubblico economico», in grado di tenere insieme «le ragioni della produttività e dell'efficienza del sistema economico nazionale (le ragioni del 'mercato'), elevate a ragioni giustificatrici del sacrificio delle sfere di libertà del soggetto, ivi compresa la libertà economica costituzionalmente consacrata»: così R. Niro, *Art. 41*, cit. p. 846 ss.

[111] Che da tempo ha accolto la tesi dell'operatività di una sorta di riserva di legge implicita in relazione all'intero articolo 41, la quale si desumerebbe dagli stessi «principi generali informatori dell'ordinamento democratico secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura»: così nella nota sentenza Corte cost. 14 febbraio 1962, n. 4, ove si sottolinea anche la «esigenza che la valutazione relativa alla convenienza dell'imposizione di uno o di un altro limite sia effettuata avendo presente il quadro complessivo degli interventi statali nell'economia inserendolo armonicamente in esso, e pertanto debba competere al Parlamento, quale organo da cui emana l'indirizzo politico generale dello Stato».

[112] La quale appare ontologicamente indeterminata e, quindi, necessariamente declinabile attraverso un intervento legislativo. D'altra parte, come evidenziato da M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., p. 74 s, l'utilità sociale «si può definire solo attraverso il confronto dialettico fra tali punti di vista, incommensurabili sino a che restano nella sfera delle determinazioni individuali, ma raffrontabili e bilanciabili nel momento in cui – fatalmente – entrano nell'arena dei rapporti interpersonali e sociali»; in ragione di ciò, se «l'utilità sociale è carica di valenza unificante in quanto esprime le esigenze di un processo di emancipazione umana e sociale che la Costituzione concepisce come comune a tutti» (p. 74), è «al Parlamento che – conseguentemente – deve spettare l'identificazione dell'utilità sociale ai sensi dell'art. 41 Cost., mentre il sindacato di costituzionalità sulle relative scelte legislative deve svolgersi sostanzialmente nella forma del controllo esterno, perché il tratto di discrezionalità politica insito nella definizione di modi e tempi del processo voluto dall'art. 3, comma 2, Cost., è fortissimo e il giudice costituzionale non possiede la legittimazione – di sistema e normativa (v. l'art. 28 della l. n. 87 del 15 marzo 1953) – per penetrarvi».

[113] Come già sottolineato da M. Luciani, *La produzione economica privata*, cit., p. 153 in riferimento alla tutela della sicurezza, della dignità e della libertà umana. Ma si veda già quanto sostenuto da C. Esposito, *I tre commi dell'art. 41 della*

interposizione che continuerebbe ovviamente a rendersi imprescindibile in caso di imposizione di obblighi patrimoniali o personali in positivo[114]. E tuttavia, anche con riguardo a tali ipotesi non potrà considerarsi del tutto irrilevante non solo l'esplicito riferimento dell'interesse ambientale nell'articolo 41, ma, più in generale, lo stesso inserimento dell'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione, soprattutto ai fini delle concrete modalità di svolgimento del sindacato di proporzionalità e ragionevolezza sugli interventi legislativi limitativi dell'attività economica privata[115]: anche tale sindacato, infatti, dovrà inevitabilmente confrontarsi con il processo di emersione – favorito proprio dal nuovo articolo 9 della Costituzione[116] – di un

Costituzione, cit., p. 33 ss., secondo cui «indipendentemente da leggi che diano maggiore precisione o concretizzazione alle formule adottate dalla Costituzione lì dove essa stabilisce limiti, divieti o binari per lo svolgimento delle iniziative, i singoli siano tenuti a rispettare i limiti fissati dall'art. 41, 2° co., Cost., i giudici a decidere sul loro rispetto e le autorità esecutive, nei limiti della propria competenza, ad imporne l'esecuzione anche attraverso l'emissione di atti regolamentari».

[114] Come sottolineato da A. Pace, Libertà d'iniziativa economica, in Id., Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale, Padova, 1992, p. 481.

[115] Sulla tendenziale debolezza che caratterizza il sindacato esterno della Corte, la quale si limita a verificare esternamente l'esistenza di un intento legislativo a perseguire il fine sociale e la generica idoneità dei mezzi prescelti, si veda, in chiave critica, M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121 ss., la quale sottolinea che «nel sindacato della Corte è mancata la ricerca esplicita di un contemperamento tra la libertà economica e gli interessi generali indicati nel secondo e nel terzo comma dell'art. 41, o, se si preferisce, tra il valore dell'impresa e il concreto valore della particolare 'utilità sociale' e del particolare 'fine sociale' in funzione del quale il limite era stato posto. Tale bilanciamento comporterebbe una comparazione tra i mezzi astrattamente possibili per realizzare lo scopo, al fine di stabilire se il mezzo concretamente prescelto sia il meno invasivo della libertà sacrificata. Qualora risultasse che il danno agli interessi generali sia evitabile mediante norme di contenuto diverso, se si dimostrasse quindi che vi sono anche altri modi per assicurare la voluta tutela meno penalizzanti per la libertà economica, l'imposizione di limiti alla libertà economica dovrebbe essere ritenuta costituzionalmente illegittima». Sul controllo di proporzionalità della Corte costituzionale, soprattutto in merito al rapporto tra i fini perseguiti dalla legge e l'idoneità dei mezzi dalla stessa individuati, si veda già Corte cost., 24 febbraio 1964, n. 14.

[116] In base al quale, la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni».

interesse collettivo e inter-generazionale alla protezione dell'ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità, anche al di là delle ipotesi di effettivo pregiudizio alla salute dell'uomo[117] o di concreta lesione del diritto individuale della persona a vivere in un ambiente non degradato[118].

Ancor più rilevante appare poi l'intervento di cui al comma 3, non solo perché esplicita l'interesse ambientale tra i fini verso cui può essere indirizzata (e per cui può essere coordinata) l'attività economica (pubblica e privata)[119], ma anche perché conferisce una sorta di nuova legittimazione ad una modalità di intervento da parte dei pubblici poteri che, da più parti, si era ritenuta superata alla luce del processo di integrazione europea e di integrazione dei mercati[120]. In ragione di ciò, sebbene già prima della modifica costituzionale si fosse rivenuta nell'originaria formulazione del comma 3 il possibile fondamento costituzionale di una nuova stagione di programmazione economica di matrice ambientale[121], l'intervento modificativo in esame potrà assumere rilievo soprattutto se (e nella misura in cui) sarà in grado di dischiudere nuove letture e prospettive ricostruttive della funzione di programmazione e di indirizzo pubblico delle attività economiche[122], da armonizzare comunque con le libertà

[117] Sulla prospettazione, alla luce della modifica costituzionale, di una più netta distinzione tra tutela ambientale e tutela della salute, si veda E. Di Salvatore, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2022.

[118] Su cui si è spesso fondata la giurisprudenza costituzionale in materia, come evidenziato da R. Niro, *Art. 41*, cit. p. 846 ss.

[119] Sebbene vada sempre tenuto in considerazione l'invito di M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 177, a non esasperare la contrapposizione tra i limiti negativi contenuti nel comma 2 e i poteri di controllo e programmazione a fini positivi del comma 3.

[120] Si veda F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000. Sul problematico rapporto tra diritto europeo e la "vecchia" costituzione economica, S. Cassese, *La nuova costituzione economica. Lezioni*, Roma-Bari, 1995; nonché i contributi contenuti nel volume G. della Cananea – G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998.

[121] Sul punto, sia consentito il rinvio a A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, cit., p. 51 ss.

[122] Ma proprio in questa prospettiva, dovrà innanzitutto superarsi la scarsa attitudine della giurisprudenza costituzionale a differenziare la «politica della

economiche salvaguardate dal medesimo articolo 41 e, più in generale, con i principi economici delle democrazie liberali[123].

Da questo punto di vista, è la stessa complessità della sfida ambientale ad imporre la prospettazione di una nuova stagione di programmazione economica in grado di coordinare, in maniera coerente ed efficace[124], le singole misure e i singoli interventi di politica industriale agli obiettivi strategici sottesi alla transizione ecologia del sistema produttivo, anche al fine di rendere più stabile e solida la dimensione temporale degli interventi[125], a vantaggio non solo degli operatori e dei cittadini, ma anche degli altri soggetti pubblici coinvolti[126].

---

concorrenza» dalle «politiche industriali», nonché a stabilire differenze «tra una scelta rivolta a conformare direttamente i fenomeni economici a un modello prestabilito (pianificazione) e una scelta rivolta invece a condizionare dall'esterno i processi economici, senza incidere sulla loro spontaneità (regolazione)»: così M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia*, cit., p. 121 ss. Sulle caratteristiche e i possibili spazzi delle "nuove" programmazioni in campo economico, si veda N. Rangone, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2007, spec. p. 216 ss.; sul rapporto tra programmazione, regolazione e libertà economiche, M. D'Alberti, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, p. 239 ss. In chiave critica sulla possibilità di prospettare forme di programmazioni nell'attuale contesto di economia di mercato, F. Merusi, *Il sogno di Diocleziano*, Torino, 2013, p. 43.

[123] E ciò, tenendo comunque dell'inequivoca scelta dei costituenti di riferirsi a «programmi» e «controlli» – e non già ai «piani» – nella prospettiva di non mettere in discussione il riconoscimento della libertà dell'iniziativa economica privata, pur soggetta a limiti da parte dei pubblici poteri: in questo senso R. Nania, *Libertà economiche e libertà di impresa*, in R. Nania – P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. 1, Torino, 2001, p. 74 ss.

[124] E quindi evitando che, con il ritorno dello Stato, possano tornare in campo anche «vecchi vizi e nuove esorbitanze», come sottolineato da G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, cit., p. 91 ss.

[125] In questa prospettiva viene anche in considerazione il dibattito, maturato negli anni Sessanta, attorno alla programmazione economica generale come strumento di politica economica e, soprattutto, attorno alla necessarietà – o meno – di una legge per effettuare le scelte di indirizzo in grado di vincolare maggiormente l'esecutivo: su tale dibattito e sulla stessa classificazione delle diverse tipologie e forme di programmazione, si veda M. Carabba, *Programmazione economica,* in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 1137 ss.

[126] Si veda, ancora, UNEP, Green Industrial Policy, cit., p. 12 ove si sottolineano, tra i criteri distintivi di una politica industriale verde: «*3) the urgency to achieve structural change within a short period of time, to preclude the risk of catastrophic*

Al contempo, tale rinnovato protagonismo dei pubblici poteri dovrà essere comunque in grado di salvaguardare il nucleo costitutivo della libertà d'impresa tutelato dall'articolo 41[127], valorizzando, quindi, ciò che potrà essere perseguito in maniera tendenzialmente *spontanea* dal mercato ed evitando al contempo di coordinare in maniera dirigistica ciò che il settore privato ben può raggiungere da solo, fatti salvi gli eventuali incentivi per rendere più efficace e tempestivo il raggiungimento delle finalità ambientali[128]. Lo stesso passaggio dall'economia lineare all'economia circolare non potrà essere interamente governato e coordinato dal pubblico, ma richiederà iniziative e soluzioni provenienti anche dal mercato, le quali imporranno, semmai, l'opportuna eliminazione degli ostacoli burocratici che ancora troppo spesso si frappongono all'innovazione e, in una prospettiva futura, l'eventuale definizione di un quadro regolatorio che possa consentire alla concorrenza di operare in una direzione funzionale agli obiettivi ambientali[129].

---

environmental tipping points; 4) enhanced uncertainty due to long time horizons of some transformations as well as dependence on policy changes». Sulla rilevanza dell'elemento temporale, con specifico riguardo all'economia circolare, F. de Leonardis, Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici, cit., p. 163 ss.

[127] Come evidenziato da A. Pace, *Libertà d'iniziativa*, cit., p. 487, «se si ritiene che tra le attività economiche private rientrino quelle che costituiscono lo svolgimento della libertà di iniziativa (art. 41, 1° e 2° co.), la conclusione è evidente: la previsione di 'fini sociali' da perseguire con programmi e controlli non può implicare negazione di quella libertà»; sull'esigenza di salvaguardare da derive dirigistiche il modello capitalistico sotteso all'art. 41 Cost., F. Galgano, *Art. 41*, cit., p. 45 ss.; sui limiti costituzionali alla discrezionalità del legislatore di conformare la disciplina della produzione privata, si veda M. Luciani, *La produzione economica privata*, cit., spec. p. 209 ss. La prospettiva della piena funzionalizzazione del diritto di impresa ai fini di utilità sociale è stata invece sostenuta da C. Mortati, *Il diritto al lavoro*, in *Atti della Commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione*, IV, 1, Roma, 1953, p. 79 ss.

[128] In questo senso, UNEP, Green Industrial Policy, cit., p. 9, ove si sottolinea che «the role of industrial policy is not to replace this creative process with top-down bureaucratic planning, but to embed it within broader social welfare processes to improve the outcomes for society at large».

[129] Come evidenziato da R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy*, cit., p. 9, «nelle politiche che debbono essere messe in campo per facilitare la pur lenta transizione dal modello economico lineare a quello circolare, il ruolo giocato dagli operatori privati (ossia dalle imprese) appare non solo ipotizzato ma anzi fortemente incentivato».

D'altra parte, se è necessario indirizzare il mercato verso un modello di sviluppo *qualitativamente* diverso, è al contempo indispensabile preservare e valorizzare le energie e le forze sottese ad un dinamico e sano funzionamento del sistema economico[130]: la transizione ecologica, per essere efficace e duratura, non potrà infatti prescindere da risposte convergenti della finanza[131], del sistema imprenditoriale e degli stessi consumatori[132], posto che la formazione di una nuova domanda appare imprescindibile per supportare l'affermazione di nuovi modelli di sviluppo[133].

Proprio in ragione di ciò, risposte convergenti dovranno venire anche dal settore pubblico, che comunque continua ad avere un peso significativo sia rispetto alla conformazione del mercato (si pensi al peso della domanda pubblica di beni e servizi rispetto al Pil europeo), sia rispetto alla produzione di danni all'ambiente, anche attraverso le attività economiche-imprenditoriali in mano pubblica o sotto il controllo pubblico[134]. Da quest'ultimo punto di vista, occorrerà valorizzare il fatto che, proprio ai sensi dell'articolo 41, comma 3, il coordinamento e la programmazione – oltre a dover essere necessariamente mediati da una decisione

[130] D'altra parte, come messo in luce da G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, cit., p. 98, dinanzi a trasformazioni e cambiamenti così profondi si deve contare su un «forte potere centrale», ma anche «sulle responsabilità di cui è intrisa, e capace, la società nel suo insieme (…)».

[131] Ad esempio per ciò che concerne l'abbandono degli investimenti in combustibili fossili, come sottolineato da J. Rifkin, *Un Green New Deal Globale*, cit., p. 55 e p. 107 ss.

[132] Posto che dalle loro scelte dipende circa un terzo delle emissioni: in questo senso, OECD, *Tackling Environmental Problems with the Help of Behavioural Insights*, 2017; nonché, R. Croson – N. Treich, *Behavioral Environmental Economics: Promises and Challenges*, *in Environmental and Resource Economics*, 2014, p. 335 ss.

[133] Come evidenziato da G. Rossi, Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo, in G. Rossi – M. Monteduro (a cura di), L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici, Torino, 2020, p. 8.

[134] Oltre al tema del *public procurement* – oggetto tradizionalmente di un maggiore interesse sia sul piano scientifico, sia a livello normativo – va considerata la diretta responsabilità dello Stato in quanto proprietario di immobili da rendere efficienti, sia come proprietario di terre affittate o concesse all'industria dei combustibili fossili (come evidenziato, con riguardo agli Stati Uniti da J. Rifkin, *Un Green New Deal Globale*, cit., p. 130).

legislativa[135], con conseguente esclusione del rischio di una funzionalizzazione implicita dell'attività d'impresa a finalità ambientali[136] – potranno essere indirizzati non solo alle attività economiche private, ma anche alle attività pubbliche.

E proprio tale aspetto consentirebbe, in parte, di compensare gli effetti del mancato riferimento, in sede di revisione costituzionale, non tanto al principio dello sviluppo sostenibile[137], quanto soprattutto al principio di *integrazione* dell'interesse ambientale in tutte le politiche pubbliche[138], sulla falsariga di quanto previsto dai Trattati europei[139]. Infatti, sebbene tale principio nel nostro ordinamento rimanga confinato in una dimensione sub-costituzionale (essendo contemplato solo nel Codice dell'ambiente), è innegabile che, tanto la valorizzazione della doverosità della tutela ambientale quale compito dell'intera Repubblica (articolo 9), tanto una lettura evolutiva dell'articolo 41, comma 3 Cost. – anche là dove si rivolge sia alle attività economiche pubbliche, che alle attività economiche private – potranno offrire una base sufficientemente solida per legittimare l'irradiazione dell'interesse ambientale all'interno di tutte le decisioni dei pubblici poteri relative ad attività e interessi aventi un impatto sul processo di transizione ecologica.

---

[135] E quindi sostenuta da una più solida legittimazione politico-democratica: sul senso del rapporto tra economia e politica sotteso all'art. 41, comma 3, si veda F. Galgano, *Art. 41*, cit., p. 45 ss.

[136] Come evidenziato di recente da F. Fracchia, I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali, in Il diritto dell'economia (numero speciale su Doveri intergenerazionali e tutela Dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui, a cura di Pasquale Pantalone), 2021, p. 64, al fine di escludere «una generale funzionalizzazione dei comportamenti umani».

[137] A cui pure facevano riferimento molte delle proposte di modifica della Costituzione: proprio in ragione di ciò, la scelta di non accogliere tale (equivoco) concetto a livello costituzionale appare non irrilevante.

[138] Come rilevato criticamente già da M. Cecchetti, La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche innovativa) e molte lacune, in Forum di quaderni costituzionali, 3, 2021, p. 312 ss.

[139] Sul ruolo del principio di integrazione, R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in Id. (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, Torino, 2006, p. 10 s.

In definitiva, siamo davanti ad un intervento costituzionale significativo, che si inserisce pienamente all'interno del nuovo paradigma della transizione ecologica[140]. E ciò, soprattutto se si mette in connessione la modifica dell'articolo 41 con la modifica dell'articolo 9 della Costituzione: è infatti evidente che l'interesse ambientale che giustificherà un intervento – non più solo contenitivo, ma anche propulsivo e orientativo delle attività economiche da parte dei pubblici poteri – verrà ad essere concretamente alimentato dal significato (più o meno evolutivo) che allo stesso sarà dato nel rinnovato contesto dell'articolo 9 della Costituzione, che affida alla Repubblica il compito di tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni[141].

5. Transizione ecologica e funzioni amministrative: la centralità della pianificazione e il ruolo strategico del Mite e del Cite

La sfida della transizione ecologica dovrà necessariamente essere accompagnata da una trasformazione del sistema giuridico-istituzionale e, soprattutto, amministrativo. D'altra parte, è proprio dall'amministrazione che viene in larga misura a dipendere il raggiungimento degli obiettivi europei e nazionali legati alla transizione ecologica, a partire da quelli sottesi all'attuazione del PNRR[142].

[140] Paradigma che – come è stato sottolineato di recente – renderebbe imprescindibile il sostegno da parte di «programmi di spesa keynesiani (espansivi)» in grado di favorire «le scelte ecosostenibili a danno di quelle più dannose»: così E. Felice, *La conquista dei diritti. Un'idea della storia*, Bologna, 2022, p. 318.

[141] Soprattutto se si accede all'idea della protezione ambientale non solo come un limite allo sviluppo, ma come il presupposto stesso dello sviluppo, anche al fine di garantire la sopravvivenza della specie: così F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 152 ss.

[142] La missione «Rivoluzione verde e transizione ecologica» del PNRR si fonda su quattro componenti: 1) Economia circolare e agricoltura sostenibile; 2) Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile; 3) Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici; 4) Tutela del territorio e della risorsa idrica. In generale,

Tuttavia, al di là del problema dell'attuazione degli obiettivi del PNRR – che si caratterizzano per una dimensione temporale sufficientemente breve (2026), soprattutto se paragonata all'orizzonte temporale del 2050 a cui guardano le strategie internazionali legate agli obiettivi della neutralità climatica – la transizione ecologica viene a interrogare la stessa funzione dell'amministrazione nella progettazione e nel governo di un processo di così profonda trasformazione del sistema economico e sociale alla luce della sfida climatica e ambientale[143]: e questo, sia dal punto di vista delle modalità e delle tecniche di intervento, sia dal punto di vista della distribuzione (verticale e orizzontale) delle relative funzioni.

Con riguardo alle modalità e agli strumenti di intervento, va evidenziato che il paradigma della tutela ambientale di tipo «contenitivo» si è prevalentemente fondato sullo strumento autorizzatorio, al fine di conformare, in concreto, la singola attività posta in essere dall'uomo all'interesse ambientale[144]. In particolare, l'istituto cardine della tutela dell'ambiente quale limite esterno ai processi di sviluppo è stato rappresentato dalla Valutazione di impatto ambientale (VIA), una valutazione preventiva e concreta

sul problema dell'attuazione amministrativa del PNRR, L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano e il fondo di ripresa e resilienza*, in *Astrid Rassegna*, 2020, p. 17 ss.; F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2021; C. Barbati, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 15 ss.; M. Renna, *Il cambiamento necessario: una contraddizione o una sfida?*, in *Dir. pubbl.* 2021, p. 155 ss. Sul PNRR, M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astridonline*, 2021.

[143] Come sottolineato nel *Piano di Transizione Ecologica* («PTE»), approvato dal Comitato interministeriale per la transizione ecologica (Cite) con delibera dell'8 marzo 2022, n. 1, il successo della transizione ecologica dipenderà anche «dalla capacità della pubblica amministrazione, delle imprese e del no-profit di lavorare in sintonia di intenti secondo norme più semplici, spedite ed efficienti (…)» (p. 8); inoltre, lo stesso Piano chiarisce che la «attuazione degli interventi previsti dal Piano per la transizione ecologica e dal PNRR necessitano di una efficiente pubblica amministrazione e di una accurata e precisa metodologia, basata sulla quantificazione in termini di emissioni, lavoro e flussi finanziari secondo la prospettiva del ciclo di vita» (p. 4).

[144] Secondo la logica delle decisioni condizionate, su cui E. Frediani, *La clausola condizionale nei provvedimenti ambientali*, Bologna, 2019.

del rischio ambientale attraverso cui l'ordinamento ha cercato di assicurare un'adeguata rilevanza dell'interesse ambientale all'interno dei singoli progetti aventi un impatto significativo sul territorio, sulle risorse naturali o sull'ecosistema[145].

Tuttavia, anche in ragione dell'accentuazione dell'autonoma della valutazione rispetto agli altri strumenti autorizzatori[146], il concreto utilizzo dello strumento della VIA ha fatto emergere una serie di criticità per l'eccessiva complicazione e l'elevato livello di conflittualità della decisione, che ha spesso contribuito ad esasperare la contrapposizione tra i molteplici interessi pubblici e privati coinvolti[147]. E così, sulla «micro-decisione» della VIA si sono scaricate tensioni politiche e conflitti istituzionali che trascendevano la valutazione del singolo progetto, il più delle volte riconducibili all'assenza di scelte chiare e coerenti dal punto di vista della direzione dei processi di sviluppo su più vasta scala[148]. Si tratta di una dinamica che è stata peraltro accentuata dalla valorizzazione, ad opera della giurisprudenza, della

[145] Come già avvenuto nell'ordinamento statunitense con l'introduzione dell'Environmental Impact Statement contenuto nel National Environmental Policy Act del 1969, su cui si veda L. Violini, La valutazione di impatto ambientale nell'ordinamento statunistense, in Amministrare, 1989, p. 459 ss. Sulla logica della valutazione del rischio, G. Corso, La valutazione del rischio ambientale, in G. Rossi (a cura di), Diritto dell'ambiente, cit., p. 171 ss.

[146] Con conseguente autonoma impugnabilità della stessa rispetto ai successivi procedimenti autorizzatori: *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 13 settembre 2017, n. 4327; Cons. St., sez. IV, 29 agosto 2019, n. 5984.

[147] E questo, ben al di là degli ontologici profili di complessità e specialità che caratterizzano il regime amministrativo a tutela dell'ambiente, su cui rimane fondamentale G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, II, p. 1121 ss.

[148] Profilo che è stato solo in parte superato dall'introduzione della VAS, come sottolineato, da ultimo, da M. Delsignore, *Codice dell'ambiente e VIA: una disciplina da ripensare?*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1, 2022 (in corso di pubblicazione), secondo cui «il limite della VIA era infatti rappresentato dall'offrire una visione circoscritta ai singoli progetti, che non teneva conto del quadro di scala vasta». Sul punto, e sul rapporto tra VIA e VAS nel Codice dell'ambiente, si veda G. Manfredi, *VIA e VAS nel Codice dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, p. 63 ss.;

natura non solo tecnico-scientifica ma anche politico-amministrativa della valutazione di impatto ambientale[149].

Alla luce di tutto ciò, diviene essenziale assicurare – vieppiù nel contesto della transizione ecologica – una forte razionalizzazione del processo decisionale della VIA, sia al fine di ridurre il rischio di duplicazioni nella valutazione di alcuni interessi, sia al fine di evitare che sulla decisione si scarichino motivi e ragioni di conflitto non direttamente riconducibili alla tutela tecnica dell'interesse ambientale. Molto si è fatto sin qui, anche nel contesto delle riforme PNRR[150], ma probabilmente andrebbe ulteriormente perseguito l'obiettivo della semplificazione, soprattutto attraverso la valorizzazione della natura sostanzialmente autorizzatoria della VIA e la concentrazione dei diversi regimi autorizzatori che si frappongono alla realizzazione dell'intervento[151].

Ma nella prospettiva della transizione ecologica questo obiettivo – pur necessario – non appare sufficiente. Il processo di transizione ecologica muta il rapporto tra tempo e spazio delle

[149] Su cui, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2017, n. 575; Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2014, n. 4928. Sulla natura della valutazione, R. Ferrara, *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. – TAR,* 2010, p. 3179 ss.; più di recente, R. Dipace – A. Rallo – A Scognamiglio (a cura di), *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi. La nuova disciplina della valutazione di impatto ambientale*, Napoli, 2018.

[150] Il PNRR attribuisce grande rilievo al problema della semplificazione delle procedure amministrative, con particolare riguardo alla VIA (statale e regionale), alle procedure autorizzatorie per energie rinnovabili e per nuovi impianti per il riciclo dei rifiuti, nonché alle autorizzazioni per l'efficientamento energetico. Tra i principali interventi di modifica si segnala il d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108) che, oltre a estendere la disciplina accelerata della VIA anche ai progetti PNRR (e non solo PNIEC) attribuendola alla competenza della «Commissione tecnica per il PNRR e il PNIEC» (art. 17), semplifica la struttura e le fasi del procedimento di verifica di assoggettabilità a VIA (art. 19) e velocizza la decisione di VIA, anche attraverso la previsione di poteri sostitutivi (art. 20 e 21).

[151] Fino ad ora la concentrazione dei procedimenti autorizzatori è stata resa obbligatoria solo per le opere i cui progetti sono subordinati a VIA regionale, attraverso l'istituto del provvedimento autorizzatorio unico regionale (PAUR) previsto dall'art. 27 bis del Codice dell'ambiente; ai sensi dell'art. 27 rimane facoltativo il provvedimento unico statale (PUA), anche a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. n. 77/2021 (art. 22).

decisioni amministrative: si rafforza, infatti, l'esigenza di assicurare un coordinamento, una stabilità e una coerenza delle decisioni pubbliche in un orizzonte temporale molto più lungo, al fine di attenuare gli effetti perturbatori della logica miope ed emergenziale che spesso caratterizza tanto l'ordinaria azione di governo[152], quanto le scelte dei mercati e della finanza[153]. E soprattutto, si rafforza l'esigenza di allargare la scala dimensionale dei problemi da considerare e delle scelte da effettuare per raggiungere efficacemente gli obiettivi di contrasto al cambiamento climatico e ambientale e scongiurare il rischio di una «tirannia» delle piccole decisioni[154].

È proprio alla luce di questa duplice esigenza che la transizione ecologica conferisce nuova centralità agli strumenti amministrativi di pianificazione e di programmazione rispetto agli strumenti *lato sensu* autorizzatori, o di natura singolare, su cui si è tradizionalmente fondata la tutela dell'ambiente[155]. La multidimensionalità e la grande complessità dei problemi da gestire nel processo di transizione, infatti, viene ad accentuare l'esigenza di *anticipare* il conflitto tra i diversi interessi in gioco ad un livello decisionale *macro*, al fine di scongiurare il rischio che, a livello *micro*, vi possa essere una sovra-rappresentazione di interessi particolari scarsamente coerenti o coordinati con la direzione e gli obiettivi ultimi del processo di transizione[156].

---

[152] Come è stato sottolineato, la proiezione temporale impone di individuare nella «integrazione tra pianificazione e programmazione il metodo ordinario di gestione del rapporto tra uomo e ambiente»: così F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 169.

[153] Governate dalla c.d. «tragedia degli orizzonti», come evidenziato da J. Rifkin, *Un Green New Deal Globale*, cit., p. 146 ss. e p. 161 ss.

[154] Su cui W. E. Odum, *Environmental Degradation and the Tyranny of Small Decisions*, in *BioScience*, 1982, p. 728 ss., con un applicazione al settore ambientale del paradigma dell'economista A. E. Kahn, *The Tyranny of Small Decisions: Market Failures, Imperfections, and the Limits of Economics*, in *Kyklos*, 1966, p. 23 ss.

[155] Sottolinea la riemersione di un nuovo protagonismo degli strumenti di pianificazione, anche di carattere generale, da ultimo, M. D'Alberti, Diritto amministrativo e ripresa, in Giorn. dir. amm., 2022, p. 7 ss.

[156] Sull'importanza di garantire una composizione degli interessi confliggenti in una fase anticipata e di tipo programmatorio, anche al fine di ridurre la conflittualità che emerge tra interessi pubblici sensibili e interessi produttivi in sede

Si pensi all'importanza che viene ad assumere – rispetto al problema cruciale del potenziamento delle energie rinnovabili – la predeterminazione, in sede di pianificazione nazionale, delle aree idonee all'installazione degli impianti[157], al fine di favorire l'installazione degli impianti in aree già edificate e ridurre il livello di conflittualità tra Stato, Regioni ed enti locali rispetto ai singoli procedimenti autorizzatori, soprattutto in relazione ai profili di tutela del paesaggio[158]. Si tratta, d'altra parte, di una prospettiva che è stata recentemente caldeggiata dalla stessa Unione europea, proprio al fine di accelerare, attraverso una preliminare attività di pianificazione, i processi decisionali che precedono l'installazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile[159] e stemperare,

di gestione dei singoli procedimenti, sia consentito il rinvio a A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 743 ss.

[157] Si veda l'art. 20 del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 che disciplina – come espressamente definito dall'art. 5, comma 1 lett. a, n. 2, l. 22 aprile 2021, n. 53 – un «processo programmatorio» a cura delle Regioni per la concreta individuazione delle superfici e delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili, sulla base di principi e criteri nazionali, anche attraverso la previsione di un potere sostitutivo statale (comma 4, come modificato dall'art. 6, comma 1, lettera a), numero 1), del D.L. 17 maggio 2022, n. 50, non ancora convertito). Oltre alle aree idonee già individuate – siti ove sono già installati impianti della stessa fonte, aree dei siti oggetto di bonifica, cave e miniere cessate, ecc. – sono state recentemente aggiunte «le aree non interessate dalla presenza di beni sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei Beni Culturali (Dlgs 42/2004), né ricadenti nella fascia di rispetto dei beni tutelati ai sensi della parte seconda oppure dell'articolo 136 del medesimo Dlgs 42/2004» (art. 6, comma 1, lett. a), numero 2), D.L. n. 50/2022).

[158] Sul tema, in chiave critica, S. Amorosino, "Nobiltà" (dei proclami politici) e "miseria" (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili, in Riv. Giur. Ed., 2020, p. 497 ss. Per un tentativo di superamento, in chiave giurisprudenziale, del dissenso del Ministero della Cultura da parte della Regione, si veda Cons. St., sez. IV, 12 aprile 2021, n. 2983.

[159] Si veda la Comunicazione della Commissione europea 8 marzo 2022 COM(2022) 108 final (*REPowerEU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili*), ove si sottolinea che «gli Stati membri dovrebbero rapidamente censire, valutare e assicurare la disponibilità di zone terrestri e marine adatte alla realizzazione di progetti di energia rinnovabile, in funzione dei rispettivi piani nazionali per l'energia e il clima, dei contributi all'obiettivo riveduto per il 2030 in materia di rinnovabili e di altri fattori quali la disponibilità di risorse, l'infrastruttura di rete e gli obiettivi della strategia dell'UE sulla biodiversità. Nell'imminente proposta legislativa sul ripristino della natura, la Commissione

per questa via, il potenziale conflitto con l'interesse alla tutela del paesaggio[160].

La prospettiva spazio-temporale sottesa agli strumenti di pianificazione (o comunque di carattere generale) dovrebbe d'altra parte ridurre il rischio di fornire al sistema economico e sociale segnali non univoci, instabili e contraddittori[161]. Tuttavia, proprio a questi fini, appare imprescindibile assicurare un maggiore coordinamento dei diversi strumenti di pianificazione (generale e settoriali), che già oggi intercettano svariati «capitoli» della transizione verde (tra gli altri, agricoltura, industria, trasporti, mobilità sostenibile, energia, edilizia residenziale, efficientamento energetico, economia circolare), come peraltro da tempo auspicato anche in sede europea[162]; così come appare ineludibile assicurare

proporrà che gli Stati membri, nell'elaborare i piani nazionali per conseguire gli obiettivi di ripristino, tengano conto di un numero limitato di zone chiaramente definite come particolarmente adatte allo sviluppo delle rinnovabili (zone di riferimento), evitando il più possibile le aree di pregio ambientale. Gli Stati membri possono avvalersi del riesame dei piani stilati a norma della direttiva sulla pianificazione dello spazio marittimo per promuovere la realizzazione dei progetti di rinnovabili».

[160] Sull'annoso problema della distinzione tra paesaggio e ambiente – che secondo alcuni la modifica costituzionale avrebbe contribuito ad aggravare (G. Severini – P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *giustiziainsieme.it*, 2021) – si veda Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2022, n. 624, che ribadisce come sia «netta la distinzione tra paesaggio e ambiente, implicando – il primo - la percezione (per lo più qualitativa) e l'interpretazione da un punto di vista soggettivo e – il secondo – prevalentemente l'apprezzamento delle quantità fisico-chimiche e dei loro effetti biologici sull'ecosistema da un punto di vista oggettivo (approccio, quest'ultimo, implicito nella nozione - centrale nella legislazione ambientale - di inquinamento, *cfr.* art. 5, lett. *i-ter*) d.lgs. n. 152 del 2006)».

[161] Sull'importanza della chiarezza dei "segnali" dei pubblici poteri nella transizione verde, I. Musu, *Green Economy*, cit., p. 24.

[162] Si veda la Comunicazione del 2019 sul *Green Deal europeo*, cit., ove si sottolinea che «la Commissione e gli Stati membri dovrebbero garantire un uso coerente di tutti gli strumenti di pianificazione disponibili nell'ambito del Green Deal europeo. Tra questi spiccano i piani nazionali per l'energia e il clima e i piani strategici nazionali proposti ai fini dell'attuazione della politica agricola comune. La Commissione, servendosi all'occorrenza di meccanismi quali il semestre europeo, si assicurerà che siano adatti allo scopo e che gli Stati membri li attuino in modo efficace» (par. 4).

una maggiore armonizzazione tra le pianificazioni territoriali (o comunque concernenti la tutela delle risorse naturali[163]) e le pianificazioni di matrice economica e sociale, al fine di offrire risposte multimodali che sappiano perseguire efficacemente i diversi obiettivi – climatici e sociali – sottesi alla transizione ecologica[164].

Ma al di là della razionalizzazione e del coordinamento degli strumenti di pianificazione, appare indispensabile un ripensamento del complessivo assetto delle funzioni amministrative che afferiscono all'utilizzo dei diversi strumenti e, soprattutto, una complessiva razionalizzazione del sistema istituzionale preposto al governo della transizione ecologica[165]. Tutto ciò, non solo al fine di rendere più coerente il momento programmatorio e di definizione delle strategie di sviluppo, ma anche al fine di rafforzare l'efficacia del monitoraggio e del controllo sull'effettivo raggiungimento degli obiettivi[166].

È proprio alla luce di tale esigenza che assume un rilievo particolarmente significativo la recente istituzione del Ministero della transizione ecologica (Mite) e del Comitato Interministeriale

[163] Su cui si vedano, in chiave critica, proprio con riguardo al problematico rapporto con la tutela ambientale i contributi di S. Civitarese Matteucci, *Governo del territorio e ambiente*, nonché P.G. Portaluri, *L'ambiente e i piani urbanistici*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 220 ss. e p. 237 ss.

[164] Come evidenziato da A. Craig, Fourth Generation Environmental Law: Integrationist and Multimodal, in William and Mary Environmental Law & Policy Review, 2011, p. 862 s.

[165] Sull'importanza del contesto istituzionale e degli organismi deputati a governare scelte di lungo periodo, si veda ancora A. Craig, *Fourth Generation Environmental Law: Integrationist and Multimodal*, cit., p. 881.

[166] Sul disallineamento tra gli obiettivi dell'Agenda ONU e l'assetto istituzionale, sia per la definizione sia per il controllo delle politiche sostenibili, E. Giovannini, *L'utopia sostenibile*, Roma-Bari, 2018, p. 103. Sul tema, con specifico riguardo alla programmazione energetica, G. Bellantuono, *I modelli e gli strumenti della programmazione energetica: un'analisi comparata*, in L. Carbone – G. Napolitano – A. Zoppini (a cura di), *La Strategia energetica nazionale: "governance" e strumenti di attuazione. Annuario di diritto dell'energia 2019*, Bologna, 2019, p. 43 ss.; nonché, ivi, se si vuole, A. Moliterni, *La Strategia Energetica Nazionale: il problema del controllo e del monitoraggio*, p. 256 ss.

per la transizione ecologica (Cite) [167] e, prim'ancora, la stessa trasformazione in chiave sostenibile del Comitato per la programmazione economica (Cipe) della Presidenza del Consiglio[168].

Tali interventi, pur nella loro diversità, scaturiscono da una presa d'atto della difficoltà di perseguire gli obiettivi di contrasto al cambiamento climatico e ambientale muovendosi nel solco delle tradizionali attribuzioni e competenze della materia «ambientale». D'altra parte, se è stata indubbia l'importanza che ha avuto – per la *giuridificazione* dell'interesse ambientale – la stabile attribuzione di tale interesse ad un autonomo centro di responsabilità politica e amministrativa che ne assicurasse la più efficace cura e massimizzazione[169], è altrettanto innegabile che proprio tale passaggio – unito alla debole capacità finanziaria del Ministero dell'ambiente e alla difficile concentrazione in capo ad esso di tutte le competenze *latu senso* ambientali[170] – abbia contribuito ad

[167] Ad opera del d.l. 1° marzo 2021, n. 22 (convertito, con modificazioni nella l. 22 aprile 2021, n. 55), su cui sia consentito il rinvio a A. Moliterni, *Il Ministero della transizione ecologica: una proiezione organizzativa del principio di integrazione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 439 ss.

[168] Ad opera dell'art. 1-*bis* (intitolato «*Coordinamento delle politiche pubbliche per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile*») del d.l. 14 ottobre 2019, n. 111, conv. in l. 12 dicembre 2019, n. 141, il quale ha disposto la nuova denominazione di «Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (Cipess)» a decorrere dal 1° gennaio 2021.

[169] E questo, a fronte della frammentarietà di competenze che caratterizzavano la situazione antecedente al 1986. Sull'importanza dell'istituzione del Ministero dell'ambiente (ad opera della l. 8 luglio 1986, n. 349) per «rappresentare e massimizzare» i valori ambientali a livello politico e amministrativo, si veda F. Salvia, *Il ministero dell'ambiente*, Roma, 1989, p. 25 ss.

[170] Al Ministero sono state inizialmente attribuite le sole competenze generali in materia di prevenzione e repressione di danni ambientali e le sole competenze settoriali sui rifiuti solidi, sulle aree protette, sull'inquinamento idrico, atmosferico e acustico (sebbene non in via esclusiva, come sottolineato da G. Rossi, *Funzioni e organizzazione*, in Id. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 55). È stato soprattutto il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 ad estendere le competenze del Ministero (ridenominato «Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio»), ma sono rimaste ancora estranee a tale Ministero molteplici ambiti di sicuro impatto sull'ambiente, come quelle in materia di agricoltura, di gestione delle risorse idriche e, soprattutto, in materia di paesaggio: sulla problematicità della estromissione delle competenze paesaggistiche si era già espressa la Commissione De Vergottini (per la

esasperare la settorialità e la conflittualità dell'intervento a protezione dell'ambiente[171], il quale è rimasto sostanzialmente estraneo ai processi di evoluzione del sistema economico e produttivo, finendo con l'essere percepito in chiave essenzialmente *interdittiva*[172].

I sopracitati recenti interventi normativi vanno, invece, nella direzione di assicurare una proiezione, a livello organizzativo, della complessità delle funzioni di governo della transizione ecologica, contribuendo a ridefinire le dinamiche che hanno caratterizzato la stessa logica del tradizionale intervento giuridico a presidio dell'ambiente, anche nel rapporto con gli altri interessi tutelati dall'ordinamento[173].

In quest'ottica assume un indubbio rilievo la recente istituzione del Ministero della transizione ecologica (Mite), che ha portato ad attribuire le competenze in materia energetiche (originariamente attribuite al Ministero dello sviluppo economico)

riorganizzazione delle funzioni del ministero dell'ambiente in attuazione della legge n. 537/1993), su cui si veda S. Amorosino, *La riforma dei Ministeri dell'ambiente e dei lavori pubblici e la riorganizzazione delle funzioni statali in tema di territorio-paesaggio-ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1994, 593 ss.

[171] Come sottolineato già da F. Spantigati, Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente, in Riv. giur. amb., 1999, p. 221 ss.

[172] E ciò sulla base di uno sdoppiamento tra le competenze di difesa "statica" del territorio affidate al Ministero dell'ambiente e le competenze di trasformazione dinamica dello stesso affidate al Ministero delle infrastrutture (e naturalmente al livello regionale e locale in materia di urbanistica e governo del territorio), come evidenziato già da L. Carbone – F. Patroni Griffi, *Il ministero dell'ambiente e della tutela del territorio*, in A. Pajno – L. Torchia (a cura di), *La riforma del governo*, Bologna, 2000, p. 294 s.; sulla logica meramente oppositiva delle competenze Ministeriali, M. Monteduro, *Funzioni e organizzazioni amministrative: dall'antagonismo all'integrazione tra ambiente e sviluppo*, in G. Rossi – M. Monteduro (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo*, cit., p. 61 ss.

[173] Soltanto negli ultimissimi anni si è assistito all'attribuzione in favore di tale soggetto di alcune competenze non direttamente funzionali alla tutela delle singole matrici ambientali (economia circolare, green economy, investimenti verdi e sussidi economici), che hanno poi condotto il D.P.C.M. 6 novembre 2019 n. 138 (recante il nuovo *Regolamento di organizzazione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare*) ad istituire un autonomo «Dipartimento per la transizione ecologica e gli investimenti verdi».

al medesimo soggetto responsabile delle politiche ambientali[174], in ragione della centralità che assume per la transizione ecologica il superamento della dipendenza dai combustibili fossili[175]. In sostanza, il processo di forte integrazione tra politiche energetiche e politiche ambientali avviato dal c.d. «pacchetto europeo Energia e Clima 2030» trova oggi pieno riscontro – sebbene solo a livello nazionale[176] – anche sul piano organizzativo.

Sebbene le competenze attribuite al Mite non si estendono ad altri settori che pure hanno un diretto impatto sulla transizione ecologica – come è avvenuto nell'esperienza francese[177] e, in misura minore, in quella spagnola[178] – appare comunque rilevante l'attribuzione al Mite anche di ulteriori competenze trasversali, come quella concernente l'adozione di «piani e misure» in materia di «combustibili alternativi e delle relative reti e strutture di distribuzione per la ricarica dei veicoli elettrici», nonché in materia di «qualità dell'aria, politiche di contrasto ai cambiamenti climatici e per la finanza climatica e sostenibile e il risparmio ambientale

[174] Tali competenze sono attribuite, dall'articolo 3, comma 7, d.l. n. 22/2021 ad un nuovo «Dipartimento per l'energia e il clima», il quale si candida a divenire la struttura amministrativa unitariamente preposta all'attuazione e all'implementazione degli obiettivi del Piano Nazionale integrato Energia e Clima, superandosi così la precedente frammentazione delle competenze tra i due ministeri.

[175] Come sottolineato, da ultimo, nel *PTE*, cit., p. 54.

[176] Posto che continuano invece ad essere ancorate alla tradizionale logica della separazione tra ambiente ed energia sia il riparto di competenze a livello di direzioni generali dell'Unione europea, sia il riparto di competenze a livello regionale.

[177] Il *Ministère de la Transition écologique et solidaire* (da ultimo ridenominato *Ministère de la Transition écologique* ai sensi del Decreto n. 869 del 15 luglio 2020) rappresenta il tentativo più ambizioso di proiettare l'integrazione tra ambiente e politiche di sviluppo a livello organizzativo, posto che oltre alle competenze tradizionali in materia di politiche ambientali, esso ha anche assunto la responsabilità politica di guidare i principali settori produttivi aventi un impatto significativo sugli obiettivi della sostenibilità (infrastrutture, trasporti, energia, edilizia, economia circolare).

[178] Nell'ordinamento spagnolo è stato istituito nel 2018 il *Ministerio para la Transición Ecológica* (con competenze anche in materia di energia) che, nella prospettiva di assicurare una maggiore attenzione alla domanda di equità e giustizia sociale nelle aree rurali, nel 2020 ha assunto la denominazione di *Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico* (Regio Decreto del 28 di aprile 2020, n. 500).

anche attraverso tecnologie per la riduzione delle emissioni dei gas ad effetto serra»[179]. Siamo dinanzi ad una sorta di competenza pianificatoria generale e trasversale che, al di là degli ambiti già interessati dal Piano nazionale clima-energia (Pniec), appare di grande rilievo soprattutto con riguardo alle politiche per la «finanza climatica e sostenibile». Inoltre, viene affidata al Mite anche una competenza di pianificazione «in materia di emissioni nei diversi settori dell'attività economica, ivi compreso quello dei trasporti». Significativa appare, infine, la previsione di una competenza generale in materia di «sviluppo sostenibile», a cui si fa esplicito riferimento nell'incipit del nuovo art. 35, comma 2, del d.lgs. n. 300/1990[180], nonostante le incertezze semantiche che tale concetto porta con sé anche nel contesto dell'Agenda Onu.

Ma nell'ottica del coordinamento con gli altri settori esterni alla competenza del Mite assume senza dubbio un rilievo molto importante la costituzione di uno specifico organo interministeriale di coordinamento: si tratta del Comitato interministeriale per la transizione ecologica (Cite)[181] presieduto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, o dal Ministro della transizione ecologica, e composto da quest'ultimo e dai Ministri dell'economia e delle finanze, dello sviluppo economico, delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del lavoro e delle politiche sociali e delle politiche agricole alimentari e forestali. Al Cite è attribuito il «compito di assicurare il coordinamento delle politiche nazionali per la transizione ecologica e la relativa programmazione»[182]

[179] Si veda l'art. 2, comma 2, lett. d., d.l. n. 22/2021, che modifica l'art.35, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 30 luglio 1999, n. 300.

[180] Si tratta, in particolare, de «le funzioni e i compiti spettanti allo Stato relativi allo sviluppo sostenibile»: art. 35, comma 2, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300. Prima di tale intervento si individuava una competenza del Ministero sulla «promozione di politiche di sviluppo durevole e sostenibile, nazionali e internazionali» (art. 35, comma 2, lett. c).

[181] Istituito ai sensi dell'art. 4, del d.l. n. 21/2020, il quale ha inserito l'art. 57-*bis* nel Codice dell'ambiente, nell'ambito della Parte III (Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche), Sezione I (Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione), Titolo I (Principi generali e competenza).

[182] Art. 57-*bis*, comma 1, del Codice dell'ambiente.

attraverso l'adozione del «Piano per la transizione ecologica». Nello specifico, tale Piano – recentemente approvato [183] – attraverso la puntuale individuazione di azioni, misure, fonti di finanziamento e di un cronoprogramma dovrà assicurare un sempre più forte coordinamento degli strumenti di pianificazione concernenti la riduzione delle emissioni di gas climalteranti, la mobilità sostenibile, il contrasto al dissesto idrogeologico e il consumo del suolo, la mitigazione e l'adattamento ai cambiamenti climatici, le risorse idriche (e relative infrastrutture), la qualità dell'aria, l'economia circolare e, infine, la «bioeconomia circolare e fiscalità ambientale, ivi compresi i sussidi ambientali e la finanza climatica e sostenibile»[184]. Molto importanti sono, infine, le attribuzioni al Cite in materia di sussidi ambientalmente dannosi, sebbene sia stato preservati in capo al Mite compiti di proposta e di impulso per la riduzione di tali sussidi, su cui poi si dovrà esprimere il Comitato[185].

In definitiva, sebbene non si sia assistito – come nell'ordinamento francese[186] – alla formale integrazione

[183] Ai sensi dell'art. 57-*bis*, comma 4, d.lgs. n. 152/2006, è previsto un formale coinvolgimento del Parlamento, attraverso la previsione del parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia; al comma 4 *bis*, si prevede una relazione annuale al Parlamento sullo stato di attuazione del Piano.

[184] Lett. f-*bis* all'art. 57-bis, comma 3. Come sottolineato nel *PTE*, cit., p. 8, gli interventi strategici riguardano contemporaneamente «più campi del rapporto tra società umane ed ecosistemi: la demografia; l'economia; l'agricoltura; l'industria e la produzione-distribuzione-consumo di beni e servizi; l'energia, ovvero le forme da cui si ricavano la forza motrice e il calore necessari alle attività industriali, alla mobilità e al benessere individuale e collettivo».

[185] Come è noto, l'art. 68, comma 2, l. 28 dicembre 2015, n. 22 (*Catalogo dei sussidi ambientalmente dannosi e dei sussidi ambientalmente favorevoli*), aveva previsto l'istituzione, presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Catalogo dei sussidi ambientalmente dannosi e dei sussidi ambientalmente favorevoli, il quale è aggiornato entro il 30 giugno di ogni anno. Ora, ai sensi dell'art. 57-*bis*, commi 5 ss. il Cite delibera sulla rimodulazione dei sussidi ambientalmente dannosi e il Mite invia ogni anno alle Camere e al Cite le proposte di «progressiva eliminazione dei sussidi ambientalmente dannosi e per la promozione dei sussidi ambientalmente favorevoli, anche al fine di contribuire alla realizzazione del Piano per la transizione ecologica».

[186] Sebbene, il Ministero francese, soprattutto in una prima fase, sia stato concepito più come un super-ministero di coordinamento: il che, peraltro, ne ha

organizzativa di tutte le principali politiche pubbliche impattanti sull'ambiente (trasporti, agricoltura, infrastrutture), tanto lo spostamento del «baricentro funzionale» del nuovo Ministero dal *bene giuridico* «ambiente» al *processo dinamico* della «transizione ecologica», quanto l'istituzione di un apposito Comitato interministeriale, costituiscono un passaggio fondamentale per attivare un percorso serio e credibile di ricomposizione della prospettiva ecologica all'interno del sistema giuridico, economico e sociale[187], con conseguente superamento dell'idea che la funzione amministrativa di tutela dell'ambiente si estrinsechi essenzialmente nell'accertamento, in concreto, di eventuali impatti «negativi».

6. Le sfide della transizione ecologica per il sistema amministrativo

La transizione ecologica – intesa come processo di riallineamento del sistema economico e sociale ai limiti e alle caratteristiche dei sistemi naturali – non potrà prescindere da un processo di adeguamento e riorientamento della struttura degli ordinamenti giuridici e, soprattutto, dei sistemi amministrativi alla complessità e alla multi-modalità della sfida climatica e ambientale[188]. Per questo motivo, la transizione ecologica costituisce un fattore di indubbia accelerazione di processi trasformativi già in atto nell'ordinamento amministrativo e che stimoleranno la ricerca di nuovi equilibri, sia dal punto di vista della distribuzione delle competenze (tanto a livello verticale, quanto a livello orizzontale), sia dal punto di vista del contenuto e della qualità delle decisioni amministrative.

---

accentuato una certa debolezza, come evidenziato da F. Priet, *De la lisibilité de l'action de l'Etat*, in *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 2020, p. 187.

[187] Sebbene in sede di conversione sia stato chiarito, al comma 1 dell'art. 57-*bis* del Codice dell'ambiente che sono fatte salve «le competenze del Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile».

[188] Come sottolineato da F. de Leonardis, *La transizione ecologica*, cit., p. 779 ss., la transizione ecologica «è un processo di cambiamento radicale che interessa tutti i poteri dello Stato che non sono altro che strumenti per la realizzazione dei risultati o degli obiettivi e, in primis, la pubblica amministrazione».

Sul piano della distribuzione delle competenze, si è già sottolineato l'impatto che la transizione ecologica ha avuto (e avrà sempre più in futuro) dal punto di vista del riparto orizzontale di competenze *ratione materiae*. Ma al di là di ciò, la transizione ecologica scoperchia un grave problema di adeguatezza nella distribuzione verticale delle competenze (e delle responsabilità) tra centro e periferia[189]. È infatti evidente che la maggiore ampiezza della scala dimensionale e temporale dei problemi da affrontare spingono per un più deciso protagonismo sia delle sedi nazionali di decisione[190], sia ovviamente delle sedi sovranazionali e globali[191]. Tuttavia, un'efficace strategia di transizione ecologica del sistema economico e sociale dovrà al contempo considerare i molteplici rischi sottesi ad una possibile degenerazione dirigistica e centralistica delle scelte, soprattutto in un contesto – come quello ambientale – in cui invece servono modelli adattivi e flessibili di intervento da parte dei pubblici poteri, specialmente con riguardo alle modalità di concreto utilizzo delle risorse naturali[192].

Proprio da questo punto di vista occorrerà, quindi, dosare con attenzione l'inevitabile esigenza di chiarezza e di coerenza degli

[189] Su cui si veda M. Renna, L'allocazione delle funzioni normative e amministrative, in G. Rossi (a cura di), Diritto dell'ambiente, cit., p. 148 ss.

[190] E questo a maggior ragione nel contesto del PNRR che spinge verso una "centralizzazione" delle decisioni, come sottolineato da L. Torchia, *Attuazione e monitoraggio del PNRR*, in *Forum Next Generation EU*, in *aipda.it,* 2021, p. 3.

[191] Sulla ineludibile tensione tra dimensione nazionale e dimensione globale nell'approccio regolatorio al tema del contrasto ai cambiamenti climatici, da ultimo, C. R. Sunstein, *Climate Change Cosmopolitanism*, in *Yale Journal on Regulation*, 2022, p. 1011 ss. La prospettiva della necessaria collocazione della difesa del pianeta e dei «beni vitali naturali» all'interno di un progetto di «costituzionalismo globale» che sia in grado di superare «l'impotenza dei costituzionalismi nazionali» è stata segnalata, di recente, da L. Ferrajoli, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, 2021, spec. p. 116 ss.

[192] Come sottolineato da M. Cafagno, *Analisi economica del diritto e ambiente*, cit., p. 167, secondo cui «rigidità e centralismo, con la loro velleitaria illusione di poter dirigere ad una qualche predeterminabile armonia i processi ambientali, attraverso una calcolata e programmatica amministrazione delle singole risorse o dei comparti naturali, isolatamente considerati, sono agli occhi dello studioso di ecologia ingredienti errati di una risposta egualmente insoddisfacente ai problemi ambientali, che richiederebbero semmai modelli di gestione adattativa e flessibile, capaci di fronteggiare complessità e incertezza».

obiettivi – che impongono una guida sicura a livello *centrale* – con la necessità di affidare la concreta gestione dei processi di transizione alla responsabilità e all'autonomia delle comunità locali, ma anche della società civile[193]: e questo, sia rispetto alla gestione delle risorse e dei beni comuni[194], sia rispetto alla progettazione delle iniziative di sviluppo anche al fine di rendere più accettabili gli inevitabili costi sociali della transizione[195]. Se è vero, d'altra parte, che la transizione verso un nuovo modello di sviluppo non potrà prescindere da un effettivo decentramento dei modelli di produzione e di consumo (anche, ma non solo, dal punto di vista energetico[196]), ciò viene inevitabilmente ad imporre un coinvolgimento attivo e continuativo degli enti di area vasta e delle comunità locali nelle scelte più rilevanti che incidono sull'utilizzo delle risorse, pur all'interno dei vincoli, dei limiti e degli obiettivi ultimi che dovranno fissarsi a livello centrale[197]. Tutto questo anche

[193] Su cui E. Ostrom, *Governare i beni collettivi* (1990), Venezia, 2006, ove si individua nella necessarietà di una gestione decentrata e auto-organizzata uno dei tratti tipici dei *commons*.

[194] Come evidenziato da F. Capra – U. Mattei, *Ecologia del diritto*, cit., p. 233, «l'attuale struttura di potere accentrato» non consente le trasformazioni in chiave ecologica che richiedono invece un «decentramento del potere a favore di piccole comunità in armonia con le leggi dell'ecologia poiché i cambiamenti strutturali non avvengono per concessione».

[195] Sull'importanza della partecipazione della società civile per rafforzare la credibilità delle programmazioni, anche nella prospettiva di rendere più accettabili i costi della transizione, si veda G. Bellantuono, *I modelli e gli strumenti della programmazione energetica*, cit., p. 77, il quale fa riferimento alle esperienze tedesche e francesi che prevedono una sorta di consultazione permanente della società civile attraverso organismi rappresentativi.

[196] Come evidenziato da J. Rifkin, *Un Green New Deal Globale*, cit., p. 189 ss., secondo cui l'infrastruttura intelligente dovrà essere decentrata, distribuita e a scala laterale e dovrà consentire a una molteplicità di attori e di comunità di prendervi parte, anche in una prospettiva democratica.

[197] Come emerge dall'esperienza spagnola della transizione ecologica, nell'ambito della quale si sono previsti gli accordi di transizione equa (*Convenios de Transición Justa – CTJ*) che si propongono, tra l'altro, l'obiettivo di gestire e mitigare gli impatti prodotti dalla chiusura delle miniere e delle centrali a carbone. Anche in Francia, il Ministero ha promosso l'attivazione decentrata dei *contrats de transition écologique*, una serie di contratti, finalizzati a costruire attorno alla transizione ecologica nuovi processi di governo del territorio e di ri-definizione dei modelli di sviluppo con le collettività locali (su cui si veda *ecologique-solidaire.gouv.fr*).

al fine di ridurre il rischio che la transizione possa essere percepita come distante dalle esigenze e dai bisogni sociali della popolazione (soprattutto di quella più duramente colpita della crisi pandemica) e, quindi, considerata ingiusta[198].

Venendo ora all'impatto della transizione ecologica sulle scelte amministrative, si pone il problema di verificare fino a che punto il «limite ecologico»[199] e il «limite planetario»[200] siano in grado di condizionare dall'esterno la struttura e il contenuto di ogni futura decisione amministrativa[201]: e questo, anche al di là dei casi in cui un progetto o un intervento possa avere un «impatto significativo» sull'ambiente, come oggi avviene per la VIA[202]. Nel dibattito internazionale, si discute da tempo attorno al possibile contenuto – e soprattutto all'impatto – del principio giuridico di non regressione[203], il quale verrebbe ad imporre ai pubblici poteri

[198] Come sottolineato nel *PTE*, cit., p. 24 «Lo sforzo da compiere verso un futuro più sostenibile comporta rischi e opportunità, ma vuole essere giusto e all'insegna di un principio fondamentale: 'Nessuno deve essere lasciato indietro'. Non solo: la transizione verso la neutralità climatica, la digitalizzazione e le nuove realtà demografiche, economiche e sociali che emergeranno intende essere un processo condiviso e sostenuto dai cittadini italiani ed europei con la loro partecipazione attiva».

[199] Da intendersi come raggiungimento di quelle soglie critiche che compromettono irrimediabilmente la capacità di resilienza di ciascun ecosistema: sulla possibile (e necessaria) quantificazione di questi limiti, D.L. Baho *et al.*, *A Quantitative Framework for Assessing Ecological Resilience*, in *Ecology and Society*, 2017, 3, p. 17 ss.; T. Prato, *Decision Errors in Evaluating Tipping Points for Ecosystem Resilience*, in *Ecological Indicators*, 2017, p. 275 ss. I criteri qualitativi e quantitativi per misurare le diverse soglie di rischio degli ecosistemi, a partire dalla situazione estrema di «collasso», sono state definite dall'Unione Internazionale per la Conservazione della Natura (IUCN – *International Union for Conservation of Nature*) nel documento *An Introduction to the IUCN Red List of Ecosystems: The Categories and Criteria for Assessing Risks to Ecosystems*, Gland, 2016.

[200] Secondo la nota prospettiva suggerita da J. Rockstrom et al., *A Safe Operating Space for Humanity*, cit., p. 473.

[201] Su cui si veda M. Monteduro, Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica, in Rivista AIC, 2018, p. 37 ss.

[202] Secondo la prospettiva accolta sin dalla direttiva del 1985, come sottolineato da G. Manfredi, *VIA e VAS nel Codice dell'ambiente*, cit., p. 63.

[203] Su cui rimane fondamentale il lavoro di M. Prieur – G. Sozzo (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruxelles, 2012; più recentemente, L.M. Collins – D.R. Boyd, *Non-Regression and the Charter Right to a Healthy Environment*, in *Journal of*

di non assumere decisioni in grado di portare ad una condizione *deteriore* sul piano ambientale rispetto a quella di partenza[204]: si tratterebbe, quindi, di un vincolo giuridico in grado di incidere fortemente sulla discrezionalità legislativa e amministrativa[205], venendo a vietare ai pubblici poteri di diminuire, in maniera più o meno esplicita, la soglia giuridica di protezione e di tutela dei sistemi ecologici già garantita in un determinato ordinamento giuridico[206].

Environmental Law and Practice, 2016, p. 285 ss. La Risoluzione del Parlamento europeo del 29 settembre 2011 (in vista della partecipazione dell'Unione europea alla Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile «Rio+20») aveva chiesto che venisse «riconosciuto il principio di non regressione nel quadro della protezione ambientale e dei diritti fondamentali» (par. 97). Pur senza riconoscere espressamente tale principio, il documento finale della Conferenza (*Rio+20 Declaration on Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability*) statuisce che «*We recognize that environmental laws and policies adopted to achieve these objectives should be non- regressive*».

[204] Sull'applicazione di tale principio alle decisioni dei pubblici poteri, M. Monteduro, *Le decisioni amministrative*, cit., p. 37 s., secondo cui – all'infuori di ipotesi eccezionali, contingenti ed estremamente gravi da motivare adeguatamente – tale principio «vieterebbe, non solo ai legislatori nazionali, ma anche alle pubbliche amministrazioni e alla stessa giurisprudenza, di diminuire, espressamente o implicitamente, direttamente o in maniera indiretta, la soglia giuridica di protezione e tutela dei sistemi ecologici già garantita (per acquis legislativo o giurisprudenziale) e consolidatasi nel tempo in un determinato ordinamento giuridico».

[205] Oggi considerata «amplissima» anche nell'ambito delle valutazioni di VIA: si veda Cons. St., V, 27 marzo 2013, n. 1783, secondo cui «l'amministrazione, nel rendere il giudizio di valutazione ambientale, esercita un'amplissima discrezionalità che non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verificazione tout court sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti».

[206] Il principio – che costituisce un chiaro riconoscimento dell'operatività del limite ecologico – è stato introdotto nell'ordinamento francese all'articolo L 110-1 del Code de l'Environnement francese dalla Loi n° 2016-1087 dell'8 agosto 2016: «*9. - Le principe de non-régression, selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment*». Sulla legittimità di tale norma si è pronunciato il Conseil Constitutionnel, 4 agosto 2016, n. 2016 737 DC.

Ma l'esigenza di estendere gli spazi di prescrittività del limite ecologico sul contenuto delle scelte amministrative è alla base della stessa operatività del principio di «non arrecare un danno significativo», il quale – benché per ora solo nell'ambito del meccanismo del Next Generation UE[207] – appare in grado di condizionare *internamente* il concreto esercizio della discrezionalità amministrativa agli obiettivi della transizione ecologica, molto più intensamente di quanto non abbia potuto fare il principio di necessaria integrazione dell'interesse ambientale, a cui sul piano interno si è fatto riferimento nel Codice dell'ambiente proprio per incidere sulle scelte di ogni amministrazione pubblica[208].

Ovviamente la questione dell'operatività di un vincolo «ecologico» alle scelte dei poteri pubblici chiama in causa sia un problema di resistenza (anche sul piano costituzionale) dell'interesse ambientale all'attività di ponderazione da parte dei pubblici poteri[209], sia un problema di ineludibile consolidamento della componente *tecnica* di ogni decisione pubblica avente un impatto sulla transizione ecologica, trasversalmente a tutti i livelli di governo[210]. D'altra parte, per quanto precisa e puntuale potrà

[207] Sull'applicazione del principio nei Piani nazionali, si veda la Comunicazione della Commissione, Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo" a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza, del 12 febbraio 2021, C(2021) 1054 final.

[208] Ai sensi dell'art. 3 *quater*, comma 2 del Codice dell'ambiente, «anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione».

[209] In questo senso, ancora, M. Monteduro, *Le decisioni amministrative*, cit., p. 55, il quale fa riferimento «all'interesse ad evitare il collasso ecologico di determinati ecosistemi o sistemi di ecosistemi».

[210] E questo, soprattutto, attraverso un rafforzamento dei presìdi tecnici a livello istituzionale e della loro indipendenza dal Governo: si pensi al ruolo fondamentale di Enea e Ispra, ma anche all'importante ruolo che, proprio nella prospettiva del consolidamento dei limiti ecologici alle scelte amministrative, può assumere il Comitato per il Capitale Naturale, istituito con d.p.c.m. del 18 aprile 2016 presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare ai sensi dell'art. 67 della l. 28 dicembre 2015, n. 221. D'altra parte è significativo che, nell'ambito del recente Regolamento UE sul clima (2021/1119), si sia previsto

essere la capacità tassonomica a livello europeo, si rendono necessarie competenze tecniche in grado di supportare le amministrazioni nella verifica del possibile impatto ecologico delle decisioni[211]: e questo, al di là dei procedimenti specializzati, posto che – sia alla luce del DNSH, sia alla luce del principio di non regressione – verranno sempre più in considerazione non solo gli impatti «significativi», ma qualsiasi tipo di impatto alle componenti ambientali e all'ecosistema.

Si tratta di un profilo che interseca, sul piano della teoria generale, il problema del rapporto tra dimensione tecnica e dimensione politica delle decisioni ambientali e che ha chiare ripercussioni, sia sul piano del controllo sovranazionale delle decisioni nazionali, sia dal punto di vista dell'estensione degli spazi di contestabilità delle decisioni (o delle omissioni) aventi un impatto sull'ambiente e sul clima[212], anche alla luce delle più recenti tendenze in materia di *climate litigation*[213].

D'altra parte, il riconoscimento della portata (anche) tecnica della decisione ambientale costituisce nient'altro che il

all'articolo 3, par. 1, che «Il comitato consultivo scientifico europeo sui cambiamenti climatici istituito a norma dell'articolo 10 bis del regolamento (CE) n. 401/2009 ('comitato consultivo') funge da punto di riferimento per l'Unione sulle conoscenze scientifiche connesse ai cambiamenti climatici in virtù della sua indipendenza e delle sue competenze scientifiche e tecniche».

[211] Sul punto, si veda *PTE*, cit., p. 79. Secondo F. de Leonardis, *La transizione ecologica*, cit., p. 779 ss., «occorre, ancora, sempre in vista della transizione ecologica, rafforzare rapidamente le amministrazioni o gli organismi tecnico scientifici che possano fornire in generale ulteriori dati su cui basare le politiche (come, ad es., l'ISPRA): dato che l'art. 191 TFUE e l'art. 301 TUA prevedono che si debba acquisire preliminarmente il dato scientifico e a partire da quello si debbano elaborare le politiche o le misure precauzionali appare inevitabile rafforzare gli enti a ciò preposti».

[212] Su cui M. Croce, La portata del sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche in materia di ambiente, in A. Moliterni (a cura di), Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento, Napoli, 2021, p. 107 ss.

[213] Su cui si vedano i noti casi *Dutch Urgenda Foundation v. The State of Netherlands* della Corte distrettuale dell'Aia, confermata dalla Corte d'appello dell'Aia nel 2018 e dalla Corte Suprema nel 2019; le sentenze del *Conseil d'état* n. 428409 del 10 luglio e n. 427301 del 19 novembre 2020, nonché la pronuncia del *BVerfG* del 24 marzo 2021.

riflesso del riconoscimento dell'esistenza – e della rilevanza – di un insuperabile limite naturale e fisico che si frappone alla libertà del decisore politico di definire le concrete scelte di sviluppo[214]. E proprio la più intensa pervasività del limite tecnico-scientifico rappresenta uno degli elementi che dovrebbero maggiormente differenziare la nuova stagione di protagonismo dei pubblici poteri in campo economico rispetto alle precedenti esperienze caratterizzate da una più mercata connotazione politica e ideologica[215].

In definitiva, pur nella consapevolezza dell'inesistenza – anche in ambito ambientale – di soluzioni univoche e di risultati certi sul piano scientifico e pur nella consapevolezza dell'imprescindibilità di una chiara e trasparente enucleazione delle responsabilità politiche sottese ad una transizione ecologica che sia anche *giusta*[216], il sistema amministrativo, attraverso la struttura naturalmente aperta di ogni decisione procedimentalizzata, dovrà essere in grado di assicurare il raffronto costante, sincero e

[214] Da questo punto di vista, le scelte politiche ed economiche vengono ad essere condizionate dalla stessa pre-esistenza di limiti naturali al libero sviluppo dell'uomo, i quali sono declinati e resi espliciti attraverso la tecnica e la scienza: come evidenziato da F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 47 e p. 174, la tecnica funge quindi da argine alla possibilità che il politico ragioni in maniera distorta e con valutazioni di breve periodo per ottenere il consenso elettorale.

[215] Sul punto, si veda UNEP, *Green Industrial Policy*, cit., p. 13, ove si sottolinea che la politica industriale verde «by comparison, is driven by scientific evidence of environmental threats. This implies a much clearer picture of which technologies and business models are good or bad».

[216] Secondo la prospettiva della «ecologia integrata» (su cui si veda Lettera enciclica di Papa Francesco, *Laudato si'. Sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano, 2015), che sia in grado cioè di tenere insieme gli obiettivi ambientali con le esigenze di giustizia sociale, anche e soprattutto nel contesto di una transizione che potrà colpire in maniera molto significativa alcune tipologie di lavoratori o alcune fasce più deboli della popolazione: sull'integrazione tra dimensione ecologica e dimensione sociale, si veda H.M. Bibiloni, *Ambiente y política: una visión integradora para gestiones viables*, Buenos Aires, 2008; R. Costanza *et al.*, *An Introduction to Ecological Economics*, Boca Raton (USA), 2015; ma sul c.d. *environmental justice movement*, si veda già D. Schlosberg, *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature*, Oxford, 2007. Di recente, è stata segnalata l'esigenza della necessaria integrazione delle tradizioni del pensiero cattolico, liberale e socialista con il pensiero ambientalista, in funzione di riconoscimento di alcuni limiti ai processi di sviluppo, da E. Felice, *La conquista dei diritti*, cit., p. 279.

continuativo con la comunità scientifica, da cui nessuna scelta avente un impatto sulla transizione ecologica potrà realmente prescindere[217]. Ed è proprio in questa prospettiva che si viene a rafforzare il ruolo strategico (e la centralità) del diritto – e in particolare dell'amministrazione – nel garantire un giusto livello di collegamento tra dimensione politica e dimensione scientifica delle decisioni pubbliche per la transizione ecologica[218].

***

ABSTRACT: The essay analyzes the main transformations that are characterizing the legal approach to environmental protection in the context of the ecological transition. In the light of the European Green Deal and the EU Next Generation and taking into account the effects of the amendments to articles 9 and 41 of the Italian Constitution, the article examines the main challenges facing the public authorities for the government of the ecological transition, both from the point of view of the relationship between State and market, and from the point of view of the administrative organization and public decisions.

KEYWORDS: Ecological transition, Sustainable development, European Green Deal, Economic Constitution, Public administration, Do Not Significant Harm (DNSH).

***

[217] I rischi sottesi alla «fascinazione antiscientifica» che caratterizza molti movimenti ambientalisti, sono evidenziati da E. Felice, *La conquista dei diritti*, cit., p. 313.

[218] D'altra parte, come sottolineava C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, p. 219 ss., nell'amministrazione «risiedono i mezzi per evitare che il sapere tecnico costituisca veicolo per imporre a tutti i valori solo di alcuni, quelli propri di un determinato gruppo e della cultura che esso esprime». Sul problema del ruolo e della funzione «ordinante» del diritto nei confronti della tecnica, N. Irti – E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; nonché L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 2001, 1 ss.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Alfredo Moliterni – Professore associato di diritto amministrativo, Università Sapienza di Roma (alfredo.moliterni@uniroma1.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La scuola pubblica e gli *Students' Speech Rights* negli Stati Uniti d'America *

Laura Fabiano

SOMMARIO: 1. La libertà di espressione del pensiero nella giurisprudenza statunitense: il *Marketplace of Ideas* e la tutela della sicurezza collettiva. – 2. La funzione della scuola pubblica statunitense e la libertà di espressione degli studenti *in* e *off campus*. – 3. Il dibattito negli Stati Uniti in tema di libertà di espressione politica degli studenti e del giornalismo scolastico: gli *Anti-Hazelwood Statute*. – 4. La libertà di espressione studentesca fra diritti e tutela dei minori nel contesto statunitense: le difficoltà nel bilanciamento dei valori e le sfide del costituzionalismo contemporaneo alla società liberale.

1. La libertà di espressione del pensiero nella giurisprudenza statunitense: il *marketplace of ideas* e la tutela della sicurezza collettiva

Nel sistema costituzionale statunitense la libertà di espressione del pensiero costituisce, sin dall'adozione del *Bill of Rights* del 1791, un diritto fondamentale centrale posto a garanzia dell'ordinamento democratico liberale. L'importanza attribuita a tale libertà nella dimensione costituzionale federale è posta in evidenza dalla stessa collocazione delle garanzie previste a tutela del diritto di espressione nel Primo emendamento ove si afferma, con grande chiarezza, che «[i]l Congresso non promulgherà leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione, o che ne proibiscano la libera professione; o che limitino la libertà di parola, o della stampa; o il diritto delle persone di riunirsi pacificamente in assemblea e di fare petizioni al governo per la riparazione dei torti»[1].

La dicitura prescelta nel disposto costituzionale, in base alla quale la garanzia alla libertà di pensiero si esprime essenzialmente nel

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] *Constitution of the US, First Amendment*.

divieto di interferenza pubblica nell'esercizio del medesimo diritto, evidenzia la matrice liberale che caratterizza il modo di intendere la libertà di espressione in tale ordinamento.

La giurisprudenza della Corte suprema statunitense, soprattutto a partire dalla fine degli anni Sessanta del Novecento, si è sviluppata secondo una direttrice che, nel complesso, può essere considerata in linea con tale impianto liberale originario. Le fasi maggiormente restrittive non sono tuttavia mancate e possono dirsi collegate, perlopiù, ad alcune vicende storiche che il Paese si è trovato, di volta in volta, ad affrontare (sforzi bellici, minacce terroristiche ecc.).

Tradizionalmente si usa affermare che i prodromi della giurisprudenza interpretativa liberale statunitense in tema di *free speech* si rinvengano nella nota metafora del c.d. *Marketplace of Ideas* utilizzata per la prima volta dal giudice Holmes nella sua opinione dissenziente nel caso *Abrams v. United States*[2]. Holmes era ispirato almeno in parte[3] dalla filosofia di John Stuart Mill il quale affermava, già nel 1859, che «impedire l'espressione di un'opinione è un crimine particolare, perché significa derubare la razza umana, i posteri altrettanto che i vivi, coloro che dall'opinione dissentono ancor più di chi la condivide: se l'opinione è giusta, sono privati dell'opportunità di passare dall'errore alla verità; se è sbagliata, perdono un beneficio quasi altrettanto grande, la percezione più chiara e viva della verità, fatta risaltare dal contrasto con l'errore»[4].

---

[2] *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919); cfr. spec. 250 US 630. L'espressione è successivamente richiamata diverse volte nella susseguente giurisprudenza statunitense. Cfr. ad esempio la *concurring opinion* del Giudice O'Connor nella decisione *McCreary County v. American Civil Liberties Union of Ky*, 545 US 844 (2005) o il dissenso del giudice Stevens nella decisione *Randall v. Sorrell*, 548 US 230 (2006).

[3] In una lettera del 28 febbraio del 1919 indirizzata a Harold Laski, Holmes afferma di star rileggendo con grande attenzione *On Liberty* di John Stuart Mill. Cfr M. DeWolfe Howe (ed.), *Holmes-Laski Letters: the Correspondence of mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935*, Cambridge (MA), 1953, spec. p. 187.

[4] J. Stuart Mill, *On Liberty* (1859), trad. it., *Saggio sulla libertà*, Milano, 1997, p. 20-21. Numerosa dottrina statunitense è concorde sull'idea che vi sia uno stretto legame fra la giurisprudenza del Giudice Holmes e la filosofia di John Stuart Mill. Sul tema, per tutti, si rinvia a S. Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, in *Duke Law Journal*, 1, 1984, («*Although this classic image of competing ideas and robust debate dates back to English philosophers John Milton and John Stuart Mill, Justice Holmes first introduced the concept into American jurisprudence in his 1919 dissent to Abrams v. United*

Lo stesso Mill chiariva, tuttavia, nella medesima opera, che «l'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, ad interferire sulla libertà d'azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi. Il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare danno agli altri»[5].

Non sembra un caso, dunque, che nel 1919, – lo stesso anno nel corso del quale, nell'opinione dissenziente al caso *Abrams*, Holmes citava per la prima volta il principio del *Marketplace of Ideas* – il medesimo giudice elaborava il c.d. *Clear and Present Danger test* nella decisione *Schenck v. United States*[6].

La vicenda sottostante alla decisione riguardava i signori Schenck e Baer, membri e *leaders* del Partito socialista, i quali erano stati incriminati, ai sensi della legge sullo spionaggio (l'*Espionage Act* del 1917), per aver inviato pubblicazioni ad alcuni soldati arruolati suggerendo che la leva obbligatoria fosse una forma di servitù involontaria che violava il tredicesimo emendamento. Il giudice Holmes, nella decisione, ammise che le opinioni dei due *leaders* socialisti avrebbe potuto essere oggetto di protezione costituzionale «in tempi normali», e tuttavia affermò che il carattere dello scritto «dipende dalle circostanze in cui è stato scritto» giacché, «la domanda in ogni caso è se le parole siano usate in circostanze tali, e siano di natura tale, da creare un pericolo chiaro e presente in grado di provocare i mali sostanziali che il Congresso ha il diritto di prevenire»[7]. Holmes ritenne dunque che la diffusione scritta di certe opinioni creasse un pericolo durante il tempo di guerra in quanto avrebbe potuto indurre gli uomini a rifiutarsi di servire o ad abbandonare il servizio.

States», p. 3). Esiste una corrente dottrinaria che, tuttavia, si pone criticamente rispetto a tale ricostruzione evidenziando come la visione del Giudice Holmes tradisca una connotazione maggioritaria di carattere liberista che non caratterizza invece la proposta filosofica di Mill. Si rinvia, a tale proposito, a J. Gordon, *John Stuart Mill and the "Marketplace of Ideas"*, in *Social Theory and Practice*, 2, 1997, p. 235 ss. ed a I.M. Ten Cate, *Speech, Truth, and Freedom: An Examination of John Stuart Mill's and Justice Oliver Wendell Holmes's Free Speech Defenses*, in *Yale Journal of Law & Human*, 22, 2010.

[5] J. Suart Mill, *Saggio sulla libertà*, cit. p.12.

[6] *Schenck v. United States*, 249 US 47 (1919).

[7] 249 US 50 (1919).

Con la decisione *Shenck* Holmes tentava (non riuscendoci del tutto) di prendere le distanze dall'approccio interpretativo particolarmente restrittivo, in tema di libertà di opinione, che nel periodo del primo conflitto mondiale aveva caratterizzato la giurisprudenza statunitense e che era qualificato come *Bad Tendency Test*. Tale metodo esegetico era politicamente collegato al convincimento dell'amministrazione Wilson della necessità di reprimere il dissenso allo sforzo bellico[8] e giuridicamente fondato sulla tradizione di *common law*: in particolare il *Bad Tendency Test* si richiamava all'affermazione di Blackstone, nei suoi *Commentaries* secondo cui è legittimo per lo Stato punire «*any dangerous or offensive writings, which, when published, shall ... be adjudged of a pernicious tendency*» al fine di preservare «*peace and good order*»[9]. Prima del 1919, sulla base del *Bad Tendency Test* la Corte suprema aveva adottato decisioni molto discusse quali *United States ex rel. Turner v. Williams*[10] e soprattutto *Patterson v. Colorado*[11] e si era sviluppata altresì una ricca giurisprudenza delle Corti ordinarie[12].

Nonostante l'elaborazione del *Clear and Present Danger Test* (adottato al fine di ridimensionare il *Bad Tendency Test*), la giurisprudenza statunitense in tema di *free speech* continua ad essere restrittiva, con riguardo soprattutto al dissenso politico, e vede un continuo avvicendarsi dell'uso dei due *standards* fino alla fine degli

[8] Cfr. sul punto la relazione di G. R. Stone, *Civil Liberties in Wartime: The American Perspective*, Relazione al Convegno annuale 2003 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, reperibile online in *associazioneitalianadeicostituzionalisti.it*.

[9] W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Cavendish, vol. 4, p. 152 ss, reperibile online in *avalon.law.yale.edu*. Sul punto cfr. G.R. Stone, *The Origins of the "Bad Tendency" Test: Free Speech in Wartime*, in *The Supreme Court Review*, 2002, p. 411 ss.

[10] *United States ex rel. Turner v. Williams*, 194 US 279 (1904). Nella decisione la Corte suprema confermò la prevista espulsione da parte delle autorità di immigrazione di John Turner, un anarchico straniero, ai sensi delle Sezioni 2 e 38 dell'*Immigration Act* del 1903. L'atto normativo prevedeva l'espulsione degli stranieri che sostenevano attività anarchiche o attività per rovesciare gli Stati Uniti.

[11] *Patterson v. Colorado*, 205 US 454 (1907). Nella decisione la Corte Suprema confermò una condanna per oltraggio comminata ad un Senatore, editore di un giornale, che aveva stampato articoli e una vignetta che criticavano una decisione della Corte Suprema del Colorado in un caso pendente.

[12] Fra le molte si ricorda il caso *Shaffer v. United States* 255 F. 886 (9a cir. 1919) in cui la Corte d'Appello per il Nono circuito confermò una condanna a carico del sig. Shaffer per il possesso e la spedizione di un libro che criticava lo sforzo bellico.

anni Sessanta (probabilmente in correlazione alle tensioni politiche che la guerra fredda alimenta nel Paese).

Nel 1925, nella decisione *Gitlow v. New York*[13], la Corte, in una sentenza a firma del giudice Edward T. Sanford, conferma la condanna dell'imputato (sulla base del *Criminal Anarchy Act* di New York[14]) per aver pubblicato materiale comunista considerando che uno Stato può legittimamente limitare l'espressione del pensiero che è in grado, virtualmente, di condurre ad una seria minaccia prima che essa rappresenti concretamente tale pericolo[15].

Due anni dopo, nella sentenza *Whitney v. California*[16], la Corte conferma una condanna statale a carico di Charlotte Anita Whitney per il lavoro da lei prestato a favore del Partito Laburista Comunista d'America. La decisione di maggioranza (a firma, anche questa volta, del giudice Edward T. Sanford), citando il precedente *Gitlow*, venne assunta sulla base del *Bad Tendency Test*[17] e, tuttavia, nella medesima decisione, l'opinione concorrente del giudice Brandies (sottoscritta da

[13] *Gitlow v. New York*, 268 US 652 (1925).

[14] Il caso *Gitlow* è famoso in quanto si tratta della vicenda processuale nella quale la Corte suprema dà avvio alla dottrina dell'*incorporation* sulla base della quale numerosi diritti elencati nel *Bill of Rights* federale sono vincolanti anche per gli Stati e non solo per la Federazione. Sul punto cfr. R. Fairchild Cushman, *Incorporation Due Process and the Bill of Rights*, in *Cornell Law Review*, 51, 1966, p. 467 ss.

[15] Il giudice Sanford afferma plasticamente nella decisione «Una singola scintilla rivoluzionaria può accendere un fuoco che, covando per un certo tempo, può sfociare in un'ampia e distruttiva conflagrazione. Non si può dire che lo Stato agisca arbitrariamente o irragionevolmente quando, nell'esercizio del suo giudizio sulle misure necessarie a tutelare la pace e l'incolumità pubblica, cerchi di spegnere la scintilla senza attendere di aver acceso il fuoco. Non può essere ragionevolmente obbligato a rinviare l'adozione di misure per la propria pace e sicurezza fino a quando le espressioni rivoluzionarie non portino a effettivi turbamenti della pace pubblica o al pericolo imminente e immediato della sua stessa distruzione; ma può, nell'esercizio del suo giudizio, sopprimere il pericolo minacciato nel momento in cui sorge», *Gitlow v. New York*, 268 US 669 (1925).

[16] *Whitney v. California*, 274 US 357 (1927)

[17] «Che la libertà di parola assicurata dalla Costituzione non conferisca un diritto assoluto alla parola, senza responsabilità, qualunque cosa si scelga, né una licenza illimitata e sfrenata che renda immunità per ogni possibile uso della lingua e prevenga la punizione di chi abusa tale libertà, e che uno Stato, nell'esercizio del suo potere di polizia, possa punire coloro che abusano di tale libertà con espressioni contrarie al benessere pubblico, tendenti a incitare al crimine, a turbare la quiete pubblica o a mettere in pericolo le fondamenta del governo organizzato e a minacciare la sua rovesciare con mezzi illeciti, non è in discussione». 274 US 371 (1927).

giudice Holmes) rappresenta un'appassionata difesa della libertà di parola la quale, collegandosi esplicitamente all'innovatività della dimensione costituzionale statunitense rispetto alla tradizione inglese[18], sembra prefigurare l'*Imminent Lawless Action Test* che verrà elaborato dalla Corte suprema solo diversi decenni dopo[19].

Difatti, l'*Imminent Lawless Action Test*, lo *standard* di valutazione decisamente più liberale in relazione al quale alla tutela della libertà di espressione verrà impressa una svolta giurisprudenziale fondamentale, viene elaborato alla fine degli anni Sessanta con la nota decisione *Brandenburg v. Ohio*[20].

La vicenda era nata a seguito dell'arresto di Clarence Brandenburg, membro del *Ku Klux Klan*, per le sue dichiarazioni antisemite e anti-neri pronunciate durante una manifestazione in cui era intervenuta anche un'emittente televisiva. Brandenburg aveva sostenuto la possibilità di una "vendetta" nei confronti della Federazione statunitense accusata di sostenere la popolazione di

[18] Nell'opinione concorrente il giudice Brandies afferma «[c]oloro che conquistarono la nostra indipendenza credevano che il fine ultimo dello Stato fosse di rendere gli uomini liberi di sviluppare le loro facoltà, e che, nel suo governo, le forze deliberative avrebbero dovuto prevalere sull'arbitrio. Valutavano la libertà sia come fine che come mezzo. Credevano che la libertà fosse il segreto della felicità e il coraggio il segreto della libertà…È funzione della parola liberare gli uomini dalla schiavitù delle paure irrazionali. Per giustificare la soppressione della libertà di parola, ci deve essere un motivo ragionevole per temere che se si pratica la libertà di parola ne deriverà un grave male. Ci devono essere fondati motivi per ritenere che il pericolo percepito sia imminente. Ci devono essere argomenti ragionevoli per ritenere che il male da prevenire sia grave. … l'invocazione della violazione, per quanto moralmente riprovevole, non è una giustificazione per negare la libertà di parola quando l'invocazione non è all'altezza dell'incitamento e non c'è nulla che indichi che l'invocazione sarebbe immediatamente concretizzata. Va tenuta presente l'ampia differenza tra invocazione e istigazione, tra preparazione e tentativo, tra assemblea e cospirazione… Coloro che hanno conquistato la nostra indipendenza con la rivoluzione non sono stati dei codardi. Non temevano il cambiamento politico. Non esaltavano l'ordine a costo della libertà. Se c'è tempo per esporre attraverso la discussione la falsità e le falsità, per scongiurare il male attraverso i processi educativi, il rimedio da applicare è più la parola, non il silenzio forzato. Solo un'emergenza può giustificare la repressione. Tale deve essere la regola se si vuole riconciliare l'autorità con la libertà. Tale, secondo me, è il comando della Costituzione. È quindi sempre aperto agli americani contestare una legge che riduce la libertà di parola e di riunione dimostrando che non c'è stata alcuna emergenza che la giustifichi». 274 US 375-377 (1927).

[19] Cfr., in particolar modo, 274 US 375-377.

[20] *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969).

colore difendendone i diritti. La Corte Suprema respinse la condanna elaborando un nuovo *test* di costituzionalità per il quale un'istigazione può essere punita solo «quando è diretta a incitare o produrre un'azione illegale imminente ed è probabile che inciti o produca tale azione»[21]. Il *test* elaborato nella decisione *Brandenburg* si rivela essere particolarmente garantista rispetto alla tutela della libertà di espressione del pensiero in quanto richiede, perché sia legittima una sua limitazione, che siano concomitanti tre condizioni ovvero che un determinato discorso preluda ad una condotta illecita imminente (elemento temporale), che possa verificarsi con un alto grado di probabilità (elemento probabilistico) e che vi sia una intenzione consapevole (elemento finalistico-psicologico).

Nel medesimo anno in cui si pronuncia sul caso *Brandenburg* la Corte suprema adotta altresì un'altra importante decisione in tema di libertà di espressione nella quale ulteriormente ribadisce il carattere maggiormente garantista che intende imprimere alla tutela della libertà protetta dal Primo Emendamento: nella decisione *Watts v. US*[22], la Corte considerò eccessivo l'arresto di Robert Watts, un ragazzo diciottenne di colore che durante una manifestazione contro la guerra aveva detto che se fosse stato arruolato avrebbe sparato per primo al Presidente Lyndon Johnson. Il supremo giudice federale considerò difatti che le affermazioni di Watts potevano essere considerate un'iperbole politica e non costituivano pertanto una vera minaccia (*True Threats*). La decisione *Watts* definisce dunque, per differenza, una particolare categoria di discorsi che la Corte ritiene non garantiti dal I Emendamento, la "vera minaccia", la quale si affianca alle "*Fighting Words*" definite nella decisione *Chaplinsky v. New Hampshire*[23]

[21] Ivi, *Primary Holding*.

[22] *Watts v. US*, 394 US 705 (1969).

[23] *Chaplinsky v. New Hampshire*, 215 US 568 (1942). In tale caso la Corte suprema considerò alla stregua di inammissibili "*Fighting words*" le parole offensive (nella specie «sei un dannato fascista») pronunciate da Walter Chaplinsky nei confronti dell'ufficiale di polizia che lo arrestava durante una manifestazione.

e a cui, successivamente verranno aggiunte le categorie del discorso diffamatorio[24] e osceno[25].

Ciò che risulta interessante nell'evoluzione giurisprudenziale statunitense sulla libertà di espressione è che sembra caratterizzata da un doppio *standard* in base al quale vi è un'ampia tolleranza per quasi tutti i discorsi e le manifestazioni di opinione interindividuali comprese le manifestazioni d'odio o quelle profondamente offensive a fronte di un maggior rigore che prevale quando la libertà di espressione va bilanciata con le garanzie attinenti alla sicurezza collettiva (soprattutto in quei particolari momenti storici – i conflitti mondiali, la guerra fredda, il terrorismo internazionale – nel corso dei quali la comunità nazionale statunitense ritiene di aver motivo di sentirsi minacciata).

Così come per le "vere minacce" (*True Threats*), anche la giurisprudenza sulle *Fighting Words* (fondata sul precedente *Chaplinsky*), viene profondamente ridimensionata nelle successive decisioni della suprema Corte a partire dal caso *Cohen v. California*[26], nella quale viene chiarito che un'espressione verbale violenta, per essere illegittima, deve essere rivolta specificatamente a qualcuno[27];

---

[24] *NY Times v. Sullivan*, 376 US 254 (1964). Il caso riguardava un contenzioso fra il Times e L.B. Sullivan, un funzionario di polizia dello Stato dell'Alabama, il quale riteneva che alcune informazioni contenute in un articolo del giornale lo diffamassero. La Corte stabilì che, perché ci sia diffamazione nei confronti di un personaggio pubblico, l'attore deve dimostrare non solo che le informazioni pubblicate sono false ma anche che il giornale ne era consapevole e intendeva con malizia diffamare il ricorrente («*The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with "actual malice" – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not*». 376 US 279-280 (1964).

[25] *Miller v. California*, 413 US 15 (1973). In un precedente del 1957 la Corte suprema aveva già stabilito che il Primo emendamento non fornisse garanzie all'oscenità (*Roth v. United States*, 354 US 476 (1957)). Nella decisione *Miller* la Corte definisce un *test* più preciso al riguardo affermando che per materiali osceni si intendono quelli che la persona media, applicando *standard* comuni contemporanei, trova di interesse pruriginoso; che descrivono in modo palesemente offensivo comportamenti sessuali o funzioni escretrici; che sono privi, nel loro insieme, di un serio valore letterario, artistico, politico, scientifico.

[26] *Cohen v. California*, 403 US 15 (1971).

[27] La controversia era iniziata nel 1968, quando Paul Robert Cohen aveva indossato in un tribunale di Los Angeles una giacca con la scritta "*Fuck the Draft*"

peraltro, anche in tempi più recenti la Corte ha confermato come particolarmente ristretto lo *standard* collegato alle *True Threats* nella decisione *Elonis v. US*[28] ove il supremo giudice federale ha sancito che una minaccia per essere "vera" deve essere caratterizzata da un provato intento soggettivo e non solo essere percepita oggettivamente come tale (secondo uno *standard* tipico di un uomo ragionevole).

Sul fronte opposto, quale esempio emblematico della giurisprudenza più restrittiva della Corte suprema a tutela della sicurezza collettiva, è noto che, a fronte di un più diffuso sentire della minaccia terroristica in territorio americano, la Corte suprema ha legittimato alcune azioni legislative che, con l'obiettivo di difendere la sicurezza pubblica, hanno posto più significativi limiti alla libertà di espressione[29].

Nel panorama descritto, si colloca la particolare giurisprudenza che riguarda specificatamente la libertà di espressione degli studenti nei contesti scolastici.

Ci si riferisce ad una specifica giurisprudenza che, a partire dai principi generali riguardanti la libertà di espressione, pone in essere dei delicati bilanciamenti fra tale libertà ed una serie di altre categorie fra cui spiccano la funzione attribuita alle istituzioni scolastiche (pubbliche, in quanto per la scuola privata vigono regole specifiche[30])

---

ed era stato arrestato con l'accusa di "condotta offensiva". La Corte d'Appello della California aveva confermato la condanna a 30 giorni di carcere inflitta in primo grado ritenendo che fosse "certamente ragionevolmente prevedibile" che la condotta dell'imputato nell'indossare la giacca potesse provocare una reazione violenta. La Corte suprema federale ha tuttavia dichiarato illegittima la normativa e la relativa condanna sostenendo che «[n]on vi è alcuna probabilità che alcun individuo presente, avrebbe effettivamente potuto ragionevolmente considerare le parole sulla giacca del ricorrente come un insulto personale diretto», 403 US 20.

[28] *Elonis v. US*, 575 US (2015).

[29] Cfr. *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 US 1 (2010). Sul punto si rinvia a E. Grande, *I confini mobili della libertà di espressione negli Stati Uniti e il metro della paura*, in *Questione giustizia*, 4, 2015; A. Pertici, *Terrorismo e diritti della persona*, in *Speciale Questione Giustizia* su *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, Settembre 2016, p. 26 ss.

[30] Nel contesto statunitense, infatti, solo con riguardo alle scuole pubbliche si pone fortemente il problema del rapporto fra funzione educativa scolastica e garanzie del *free speech* collegate al Primo emendamento. Ciò a ragione del modo in cui il medesimo disposto costituzionale tutela la libertà di espressione (ovvero specificatamente dall'interferenza pubblica): le scuole private non sono infatti

e la particolare considerazione che il diritto accorda ai minori e alla gioventù. Si tratta, in effetti di categorie e valori che, al contrario che nell'esperienza italiana, non sono citati espressamente nella dimensione costituzionale federale statunitense (peraltro, nel riparto competenziale, sulla base del criterio residuale, la competenza in tema di disciplina scolastica, appartiene agli Stati) e che tuttavia sono argomento di valutazione della giurisprudenza federale la quale sembra trattare la scuola pubblica (e coloro che a qualunque titolo svolgono in essa le proprie attività: studenti, insegnanti e funzionari scolastici) come un particolare microcosmo e, a volte, come una sorta di laboratorio costituzionale.

2. La funzione della scuola pubblica statunitense e la libertà di espressione degli studenti *in* e *off campus*

In tema di libertà di espressione degli studenti nel contesto scolastico, nell'esperienza statunitense, vi è una giurisprudenza specifica della Corte suprema di cui tenere conto con la quale la Scotus ha cercato, negli anni, di bilanciare la libertà di espressione studentesca con le finalità didattiche proprie delle istituzioni scolastiche[31]. In tali decisioni la Corte ha sostanzialmente riconosciuto

tecnicamente vincolate ai limiti del Primo emendamento (*Hudgens v. NLRB*, 424 US 507 (1976)). Con riguardo all'istruzione privata è da sottolineare che la giurisprudenza della Corte suprema garantisce alle famiglie, a partire dal 1925, la libertà di scegliere un istituto privato per l'educazione dei propri figli (*Pierce v. Society of Sisters*, 268 US 510 (1925)). Nel 1997 il Congresso ha tentato di proteggere i diritti della libertà di parola con riguardo agli studenti di Università private attraverso la proposta del *Freedom of Speech and Association on Campus Act* del 1997 (primo firmatario il Repubblicano Robert Livingston), e tuttavia, il disegno di legge (HR 980), il quale proponeva di negare il finanziamento federale a qualsiasi istituzione che violasse la libertà di parola e i diritti di associazione dei suoi studenti, si è fermato in commissione. Cfr. sul punto l'analisi di P.S. Aggergaard, *The Question of Speech on Private Campuses and the Answer Nobody Wants to Hear*, in *Mitchell Hamline Law Review*, 44, 2018, p. 629 ss.

[31] Il presente lavoro ambisce all'approfondimento del tema degli *Students' speech rights* con riguardo in particolare alle istituzioni scolastiche pubbliche escludendo, dunque, tanto le scuole private quanto le istituzioni universitarie. Con riguardo alle prime si rimanda alle brevi riflessioni riportate alla nota 30. Con riguardo invece alle Università, si tratta di un tema ampiamente studiato dalla

il ruolo della scuola nella formazione degli alunni *in loco parentis*[32] e, in virtù di tale ruolo, ha ritenuto di consentire alle istituzioni scolastiche la possibilità di regolare, e finanche reprimere, alcune tipologie di discorso degli studenti. Tuttavia, proprio in relazione al fatto che il margine discrezionale dell'autorità scolastica si fonda sulla *in loco parentis doctrine*, la stessa giurisprudenza della Corte suprema ha tracciato dei limiti concernenti tutte quelle attività svolte *off campus* cioè al di fuori del contesto fisico della scuola.

Nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense è possibile rintracciare, con una certa chiarezza, un'idea della scuola pubblica come luogo ove, al di là dell'istruzione curriculare, si insegna alle giovani generazioni le regole della corretta convivenza civile e del reciproco rispetto.

---

dottrina statunitense che presenta tuttavia delle significative differenze rispetto al tema cui è dedicato il presente saggio a partire dal fatto che la prevalenza degli studenti in età scolastica sono minori e dunque, in tale contesto, è applicabile la dottrina *in loco parentis*. Fra i tantissimi contributi dedicati alla libertà di espressione in ambito universitario si rinvia a E. Chemerinsky - H. Gillman, *Free Speech on Campus*, New Haven, 2017.

[32] La dottrina affonda le proprie radici nei *Commentaries* di Blakstone ove si legge «*He may also delegate part of his parental authority, during his life to the tutor or school master of his child; who is then in loco parentis , and has such a portion of the power of the parent committed to his charge, that of restraint and correction, as may be necessary to answer the purposes for which he is employed*» (W. Blakstone, *op. cit.*, vol. 1, p. 479). La dottrina ha subito, nel corso dei secoli, un progressivo ridimensionamento in relazione anche all'evoluzione sociale concernente il rigetto sia in famiglia sia a scuola delle punizioni corporali o comunque di natura fisica. Sul punto T.A Gunn, *In Loco Parentis and Due Process: Should These Doctrines Apply to Corporal Punishment*, in *Baylor Law Review*, 26(4), 1974, p. 678 ss. La portata della dottrina è stata oggetto di valutazione della Corte suprema federale in una decisione del 2009 originata da una vicenda che aveva suscitato grande attenzione mediatica. In *Safford Unified School District v. Redding*, 557 US 364 (2009) la Corte aveva stabilito che una perquisizione corporale nei confronti di una studentessa sospettata di detenere ibuprofene senza una ricetta medica fosse un comportamento che andava oltre ciò che è consentito all'autorità scolastica e violasse il IV emendamento in tema di divieto di perquisizioni e sequestri irragionevoli. La Corte ritenne tuttavia i funzionari scolastici garantiti dalla dottrina della *Qualified Immunity* e pertanto non perseguibili. Sulla vicenda si rinvia a C. Suedekum, *Safford Unified School District No. 1 v. Redding: Balancing Students' Rights against the Government's Interest in Protecting the Education Process*, in *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy Sidebar*, 4, 2009, p. 427 ss ed a D.D. Parker, *Discipline in Schools after Safford Unified School District #1 v. Redding*, in *New York Law School Law Review*, 54(4), 2009-2010, p. 1023 ss.

Un passaggio significativo si rinviene, ad esempio, nella decisione *Plyler v Doe*[33], del 1982, ove la Corte suprema stabilì l'incostituzionalità di una normativa (texana) che scoraggiava l'accesso alla scuola pubblica dei figli degli immigrati non regolari. La decisione, fondata sul rispetto dell'*Equal protection Clause*, sanciva che, a meno di un provato *compelling State interest*, uno Stato non poteva impedire l'accesso alla scuola pubblica a nessuno, compresi i figli di immigrati irregolari, i quali a prescindere da ciò che stabilisce la legge sull'immigrazione, sono «persone … protette dalle clausole costituzionali del V e del XIV emendamento»[34].

Nella sentenza, vergata dal Giudice Brennan, la Corte afferma in un passaggio significativo che «*education has a fundamental role in maintaining the fabric of our society*»[35] e aggiunge che l'istituzione scolastica «*provides the basic tools by which individuals might lead economically productive lives to the benefit of us all*»[36].

Tale modalità di guardare alla funzione scolastica, che in una certa misura sembra richiamare alcuni elementi del liberalismo politico di Rawls[37], si bilancia tuttavia continuamente con il presupposto per cui la scuola è vincolata ad un principio di neutralità

[33] *Plyler v Doe*, 457 US 202 (1982).

[34] «*Whatever his status under the immigration laws, an alien is a "person" in any ordinary sense of that term. This Court's prior cases recognizing that illegal aliens are "persons" protected by the Due Process Clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments*», 457 US 210 (1982).

[35] 457 US 203 (1982).

[36] 457 US 221 (1982).

[37] Per il quale «[s]e i cittadini di una società bene ordinata debbono riconoscersi reciprocamente come liberi e uguali, le istituzioni di base debbono educarli a pensarsi come tali nonché a professare pubblicamente e incoraggiare negli altri questo ideale di giustizia politica. Tale compito educativo appartiene a quello che possiamo chiamare il ruolo ampio di una concezione politica. In questo ruolo una tale concezione fa parte della cultura politica pubblica: i suoi principi primi sono incorporati nelle istituzioni della struttura di base e a essi ci si richiama quando si interpretano queste istituzioni». (J. Rawls, *Justice as Fairness: a Restatement*, Cambridge (MA), § 16.2, 2001). Rawls dunque affida alle istituzioni scolastiche il compito di sviluppare le virtù politiche dei futuri cittadini. Secondo il filosofo, oltre alla «conoscenza dei loro diritti civici e costituzionali», essa «dovrebbe prepararli a essere membri pienamente cooperativi della società e renderli autosufficienti; e dovrebbe incoraggiare le virtù politiche, così che desiderino essi stessi onorare, gli equi termini della cooperazione sociale nei loro rapporti con il resto della società» (J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, 2005, p. 199).

e di rispetto delle convinzioni di tutti e non può in alcun modo trasformarsi in uno strumento statale di coercizione dell'opinione.

Il principio di neutralità in tema di libertà di espressione studentesca si sviluppa nella giurisprudenza della Corte suprema federale già a partire dagli anni Quaranta con l'avvicendarsi di due opposte decisioni su temi molto simili. Nel 1940, nella decisione *Minersville School District v. Gobitis*[38], la Corte, in una vicenda riguardante il rifiuto di effettuare il saluto mattutino alla bandiera e la dichiarazione di fedeltà alla Nazione (imposto dalle istituzioni scolastiche) da parte di alcuni studenti testimoni di Geova, aveva adottato una sentenza che legittimava la normativa sottoposta a verifica di costituzionalità. Il caso *Gobitis* risulta interessante a tutt'oggi in quanto, nella decisione di maggioranza (a firma del giudice Frankfurter), vengono implicitamente trattate numerose questioni concernenti il ruolo della scuola pubblica nel sistema ordinamentale statunitense. Difatti, la Corte argomenta il proprio disposto giurisprudenziale sulla base di un generale principio di discrezionalità didattica che appartiene alle istituzioni scolastiche (nel perseguimento dei suoi obiettivi di insegnamento) considerando, inoltre, pienamente legittimo l'obiettivo che le istituzioni scolastiche si ponevano, nel caso in discussione, di suscitare, attraverso il saluto alla bandiera mattutino, un sentimento di unità nazionale e di patriottismo[39]. La decisione *Gobitis* vede come unico dissenziente il giudice Stone il quale, diversamente dalla maggioranza, sosteneva l'illegittimità dell'obbligo disposto dalle istituzioni scolastiche sia facendo riferimento al fatto che la Costituzione statunitense difende la Democrazia in quanto processo (piuttosto che in quanto valore)[40], sia considerando che le funzioni della scuola pubblica non possono spingersi fino all'indottrinamento degli studenti che la frequentano in quanto non può essere uno strumento governativo di coercizione del pensiero[41].

[38] *Minersville School District v. Gobitis*, 310 US 586 (1940).

[39] 310 US 598 (1940).

[40] Nelle parole del Giudice Stone: «*The Constitution expresses more than the conviction of the people that democratic processes must be preserved at all costs*», 310 US 606 (1940). Sulla distinzione fra principi e valori costituzionali si rinvia, nella dottrina italiana, a G. Zagrebelsky, *Diritto per: Valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni Fiorentini*, 31, 2002, p. 865 ss.

[41] *Minersville School District v. Gobitis*, 310 US 586 (1940), 601-602.

Nel 1943, la suprema Corte federale, ribaltando la decisione *Gobitis*, nel caso *West Virginia Board of Education v. Barnette*[42], sembra spostarsi maggiormente sulle posizioni espresse dal giudice Stone tre anni prima. Anche in questo secondo caso la vicenda era originata da una regola statale (imposta in West Virginia) sulla base della quale gli studenti e gli insegnanti, ogni mattina, dovevano salutare la bandiera prima dell'inizio delle lezioni. Alcune famiglie di testimoni di Geova si erano rifiutate ed avevano infine ritirato i loro figli dalla frequenza scolastica. Il caso *Barnette*, a stretto intendere, concerneva una decisione a sfondo religioso; tuttavia essa finisce per riguardare pienamente la libertà di espressione del pensiero (a prescindere dal fatto che sia o meno sostenuta da una ragione di fede) giacché la Corte ebbe a sottolineare che «*[t]hat those who refused compliance did so on religious grounds does not control the decision of this question, and it is unnecessary to inquire into the sincerity of their views*»[43].

Nella decisione del 1943 la Corte chiarisce con fermezza il principio per il quale la scuola non può essere utilizzata dallo Stato come uno strumento di coazione dell'opinione studentesca ove afferma che «[sebbene] lo Stato [possa] mediante l'istruzione, richiedere a tutti l'insegnamento della nostra storia e della struttura e organizzazione del nostro governo, comprese le garanzie della libertà civile, che tendono a ispirare il patriottismo e l'amore per la patria. Qui, tuttavia, abbiamo a che fare con una coazione degli studenti a dichiarare una convinzione. Non vengono semplicemente informati del saluto alla bandiera in modo che possano essere informati di cosa sia o addirittura cosa significhi» aggiungendo, poco più avanti, che «l'istruzione pubblica gratuita, se fedele all'ideale dell'istruzione secolare e della neutralità politica, non sarà partigiana o nemica di alcuna classe, credo, partito o fazione»[44].

---

[42] *West Virginia Board of Education v. Barnette,* 319 US 624 (1943).

[43] 319 US 634 (1943).

[44] 319 US 637 (1943). Risulta interessante osservare come in anni recenti la giurisprudenza *Barnette* sia stata interpretata in senso restrittivo. Nel 2008, in una decisione dell'undicesimo circuito, *Frazier ex rel. Frazier v. Winn*, 535 F.3d 1279, 1285 (11th Cir. 2008), è stato difatti stabilito che la decisione di uno studente di non partecipare al saluto alla bandiera in ambito scolastico richiede la conferma in tal senso dei genitori. Ciò in quanto il giudice di circuito collega l'assenso o il diniego a determinate attività scolastiche degli studenti alla dottrina *in loco parentis*. Tale ricostruzione, tuttavia, finisce per svilire grandemente il senso del precedente

Nei decenni successivi la giurisprudenza della Corte suprema subisce una significativa evoluzione finendo per consentire alle scuole di intervenire sull'espressione dell'opinione studentesca. Ciò avviene restringendo nondimeno tale possibilità agli obiettivi di tutela della funzione didattica della scuola stessa e dei diritti degli altri studenti o insegnanti (e mai, dunque, come forma di selezione dell'opinione in sé).

La decisione che inaugura tale filone giurisprudenziale è la *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*[45]. Il caso era originato da un'azione di protesta avverso le scelte governative sul Vietnam intrapresa da alcuni studenti di una scuola superiore dell'Iowa i quali avevano deciso di manifestare il proprio dissenso indossando, a scuola, una banda nera al braccio. Dinanzi alla sospensione decisa dalle istituzioni scolastiche, i genitori degli alunni sanzionati avevano presentato un ricorso contestando la violazione della libertà di espressione del pensiero dei propri figli da parte della scuola. Nella decisione, la Corte suprema diede ragione agli studenti evidenziando che gli stessi «non perdono le libertà garantite dal Primo emendamento all'ingresso del cancello della scuola»[46]; altresì, la Corte stabilì un *test* (il c.d. "*substantial disruption test*") sulla base del quale, nel contesto scolastico, è possibile limitare la libertà di espressione degli studenti sancendo che ciò può avvenire quando tale libertà «*would substantially interfere with the work of the school or impinge upon the rights of other students*»[47]. La Corte sottolineò, peraltro, che i rappresentanti delle

Barnette con riguardo all'interpretazione della portata della libertà di espressione del pensiero degli studenti di per sé. Sul punto cfr. C.M. Corbin, *The Pledge of Alligiance Revisited: Speech Rights v. Parental Rights*, in *Indiana Law Journal*, 97, 2022, p. 967 ss. reperibile online in *ssrn.com.*

[45] *Tinker v. Des Moines Independent Community School District,* 393 US 503 (1969).

[46] «*First Amendment rights, applied in light of the special characteristics of the school environment, are available to teachers and students. It can hardly be argued that either students or teachers shed their constitutional rights to freedom of speech or expression at the schoolhouse gate*», 393 US 506.

[47] 393 US 509 (1969). La Corte in altri passaggi della sentenza definisce tale *test* con altre parole ovvero affermando che la libertà di espressione studentesca può essere limitata dalla scuola quando provochi una «*material and substantial interference with schoolwork or discipline*», 393 US 511 (1969); o «*materially and substantially disrupt the work and discipline of the school*», 393 US 513 (1969). Di fatto, tuttavia, è la prima definizione in ordine di affermazione che è passata come quella che delinea il *test*.

istituzioni scolastiche erano tenuti a dimostrare che la limitazione della libertà di espressione degli studenti non fosse legata al mero desiderio di reprimere un'opinione impopolare o spiacevole[48] ed evidenziò il fatto che le scuole avessero il potere di reprimere alcuni discorsi studenteschi non solo in classe ma in generale in tutti i luoghi ove è esercitata l'autorità scolastica[49].

Nel 1986, con la decisione *Bethel School District n. 403 v. Fraser*[50], la Corte suprema torna sul tema del rapporto fra libertà di espressione degli studenti e disciplina scolastica in un caso sorto a seguito di un discorso intriso di riferimenti sessuali tenuto da uno studente in una scuola superiore. In quella circostanza il *Chief Justice* Burger, scrivendo per la maggioranza della Corte, pose in evidenza come fosse parte della missione educativa delle istituzioni didattiche insegnare «*the appropriate form of civil discourse and political expression by their conduct and deportment in and out of class*»[51]. La Corte pose in evidenza altresì che fosse preciso dovere della scuola *in loco parentis* «*to protect children - especially in a captive audience - from exposure to sexually explicit, indecent, or lewd speech*»[52] e concluse pertanto che «*it was perfectly appropriate for the school to disassociate itself to make the point to the pupils that vulgar speech and lewd conduct is wholly inconsistent with the "fundamental values" of public school education*»[53]. Due anni dopo, nel 1988, la Corte ribadì il potere della scuola di porre dei limiti alla libertà di espressione degli studenti in una sentenza la quale, tuttavia, presentava delle sfumature diverse dalle precedenti e che ha suscitato numerose perplessità in ampia parte della dottrina giuridica e dell'opinione pubblica[54]. In *Hazelwood Sch. Dist. v. Kuhlmeier*[55], infatti, la Corte acconsentì al principio per il

[48] La Corte evidenziò difatti che la scuola dovesse provare che qualcosa di più «*than a mere desire to avoid the discomfort and unpleasantness that always accompany an unpopular viewpoint*», 393 US 509 (1969).

[49] «*A student's rights . .. do not embrace merely the classroom hours. When he is in the cafeteria, or on the playing field, or on the campus during the authorized hours, he may express his opinions, even on controversial subjects ... if he does so without "materially and substantially interfer[ing] with the requirements of appropriate discipline in the operation of the school" and without colliding with the rights of others*», 393 US 512-13 (1969).

[50] *Bethel School District n. 403 v. Fraser*, 478 US 675 (1986).

[51] 478 US 683 (1986).

[52] 478 US 684 (1986).

[53] 478 US 685-686 (1986).

[54] Sulla reazione soprattutto statale alla decisione *Hazelwood* si rinvia al paragrafo 3 del presente contributo.

[55] *Hazelwood Sch. Dist. v. Kuhlmeier*, 484 US 260 (1988).

quale gli educatori scolastici possono proibire l'espressione di alcune opinioni degli studenti in modo più ampio rispetto al normale *standard* (quello definito in *Tinker*) se tali opinioni sono diffuse attraverso gli strumenti di divulgazione del pensiero messi a disposizione dalla scuola; sulla base di tale argomentazione la Corte legittimò, dunque, la possibilità per la scuola di supervisionare e, in alcuni casi, censurare gli scritti pubblicati nei giornalini scolastici[56].

Nel 2007, in *Morse v. Frederick*[57], la Corte torna infine sui limiti "spaziali" di autorità delle scuole estendendolo agli eventi "*school-sanctioned*" o "*school-supervised*" (legittimando la scelta di un istituto di censurare uno striscione che sosteneva la legittimità del consumo di droghe affisso durante un evento sportivo organizzato sotto la supervisione della scuola)[58].

Sulla base di tali decisioni della suprema Corte si è sviluppata la giurisprudenza ordinaria e di circuito statunitense in base alla quale le attività *off campus* non possono essere oggetto di sanzione disciplinare della scuola: ad esempio nella decisione *Thomas v. Board of Education*[59], del 1979, la Corte del Secondo circuito stabilì che la sospensione di uno studente in relazione a quanto da lui pubblicato in un "giornale alternativo" non scolastico, per quanto poco lusinghiero nei confronti della scuola, fosse illegittima perché l'attività di scrittura dello studente si era svolta del tutto al di fuori delle mura e dell'autorità della scuola e perciò doveva essere valutata secondo i parametri generali del Primo emendamento e non attraverso lo scrutinio più stringente della giurisprudenza *Tinker* e seguenti (dunque, per essere illegittimo, lo scritto avrebbe dovuto essere diffamante, minaccioso, osceno, ecc); altresì in *Porter v. Ascension Parish School Board*[60], nel 2004, la Corte del

---

[56] «*A school may in its capacity as publisher of a school newspaper or producer of a school play "disassociate itself", Fraser, 478 U.S., at 685, 106 S.Ct., at 3165, not only from speech that would "substantially interfere with [its] work .. . or impinge upon the rights of other students", Tinker, 393 U.S., at 509, 89 S.Ct., at 738, but also from speech that is, for example, ungrammatical, poorly written, inadequately researched, biased or prejudiced, vulgar or profane, or unsuitable for immature audiences*», 484 US 271 (1988). La Corte aggiunge poco più avanti che «*educators do not offend the First Amendment by exercising editorial control over the style and content of student speech in school-sponsored expressive activities so long as their actions are reasonably related to legitimate pedagogical concerns*», 484 US 273 (1988).

[57] *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393 (2007).

[58] Si trattava del passaggio del tedoforo sulla strada verso le olimpiadi invernali.

[59] *Thomas v. Board of Education*, 607 F.2d 1043 (2d Cir. 1979).

[60] *Porter v. Ascension Parish School Board*, 393 F.3d 608 (5th Cir. 2004).

Quinto circuito considerò come garantito dal Primo emendamento quanto rappresentato in un disegno eseguito fra le mura domestiche da parte di un ragazzo che aveva disegnato la propria scuola colpita da missili e invasa da uomini armati e valutò pertanto come illegittima (giacché il disegno non poteva ricadere nell'eccezione della "*True Threat*" al Primo emendamento) la sanzione disciplinare che la scuola aveva comminato allo studente.

Tuttavia, con riguardo alle forme di espressione del pensiero collegate all'innovazione tecnologica la giurisprudenza statunitense è sembrata elaborare delle teorie specifiche per evitare che la netta distinzione fra ciò che avviene in ambito scolastico (e che ricade sotto l'autorità disciplinare delle relative istituzioni) e ciò che invece è compiuto al di fuori della scuola (*off campus*) possa divenire argomento dirimente e utile a limitare fortissimamente la disciplina scolastica con riguardo a quasi tutte le attività compiute dagli studenti *on line* molte delle quali hanno in realtà un impatto decisivo sulla quotidianità scolastica e sul benessere di coloro che la vivono.

Nel 2002, ad esempio, la Corte suprema della Pennsylvania, nella decisione *JS v. Bethlehem Area School Dist.*[61], ha confermato la legittimità delle sanzioni disciplinari adottate da una scuola nei confronti di una studentessa che aveva realizzato un sito *web* pesantemente offensivo nei confronti del personale scolastico del proprio distretto. Nello stabilire la possibilità di applicare la giurisprudenza *Tinker* a materiale fisicamente prodotto al di fuori del *campus* (in quanto il sito *web* era in effetti stato realizzato dalla studentessa con il proprio computer di casa) la Corte ha elaborato la teoria del "nesso sufficiente" ritenendo che l'espressione del pensiero studentesco può essere regolato dalla scuola quando «*there is a sufficient nexus between the web site and the school campus to consider the speech as occurring on-campus. While there is no dispute that the web site was created off-campus, … J.S., nevertheless, facilitated the on-campus nature of the speech by accessing the web site on a school computer in a classroom, showing the site to another student, and by informing other students at school of the existence of the web site. … Importantly, the web site was aimed not at a random audience, but at the specific audience of students and others connected with this particular School District*»[62].

[61] *JS v. Bethlehem Area School Dist.*, 807 A.2d 847 (Pa. 2002).
[62] *JS v. Bethlehem Area School Dist.*, 807 A.2d, at 865.

Nel 2007, in *Wisniewski v. Board of Education of Weedsport Cent. School Dist.*[63], la Corte di appello per il Secondo circuito ha elaborato una teoria simile affermando che un disegno macabro (ritraente un insegnante della scuola sparato in testa), caricato come immagine del profilo di un *social* di messaggeria istantanea di uno studente possa essere legittimamente oggetto di un'azione disciplinare scolastica in quanto era "ragionevolmente prevedibile" (*reasonable foreseeability*) che l'icona scelta dallo studente divenisse oggetto di conoscenza da parte del personale scolastico e studentesco e che potesse turbare le attività scolastiche[64]. Tale giurisprudenza viene ribadita dalla Corte del secondo circuito l'anno successivo nella decisione *Doninger v. Niehoff*[65].

La giurisprudenza *Wisiniewski* viene citata dalla Corte dell'Ottavo circuito nel 2011 (nella decisione *DJM v. Hannibal Public School District #60*[66]) e nel 2012 (nella decisione *S.J W. v. Lee's Summit*

---

[63] *Wisniewski v. Board of Education of Weedsport Cent. School Dist.*, 494 F.3d 34 (2d Cir. 2007), *cert. denied*, 552 US 1296 (2008).

[64] «*We are in agreement, however, that, on the undisputed facts, it was reasonably foreseeable that the IM icon would come to the attention of school authorities and the teacher whom the icon depicted being shot. The potentially threatening content of the icon and the extensive distribution of it, which encompassed 15 recipients, including some of Aaron's classmates, during a three-week circulation period, made this risk at least foreseeable to a reasonable person, if not inevitable. And there can be no doubt that the icon, once made known to the teacher and other school officials, would foreseeably create a risk of substantial disruption within the school environment*», 494 F.3d 34 (2d Cir. 2007).

[65] *Doninger v. Niehoff*, 527 F.3d 41, 43 (2d Cir. 2008). Nella vicenda la Corte considera legittima un'azione disciplinare comminata ad una studentessa che sul suo *blog* personale aveva contestato la scelta della scuola di annullare un evento (la battaglia delle *band*) che la stessa studentessa aveva contribuito ad organizzare. Definendo i responsabili scolastici dei "*douchebags*" aveva invitato alla protesta chiunque leggesse il post ed in effetti la scuola aveva ricevuto divere telefonate di protesta. La sanzione disciplinare consisteva nel divieto alla studentessa dal poter diventare "*senior class secretary*". La Corte del Secondo circuito, nella propria decisione, afferma «*We have determined . . . that a student may be disciplined for expressive conduct, even conduct occurring off school grounds, when this conduct "would foreseeably create a risk of substantial disruption within the school environment", at least when it was similarly foreseeable that the off-campus expression might also reach campus… it was reasonably foreseeable that [the student's] posting would reach school property*» *Doninger*, 527 F.3d at 48 and 50.

[66] *D.J.M. v. Hannibal Public School District #60*, 647 F.3d 754 (8th Cir. 2011). Uno studente di una scuola del Missouri aveva inviato dei messaggi dal proprio computer ai compagni di classe nei quali ipotizzava la possibilità di procurarsi un'arma da fuoco per sparare ad alcuni compagni. Arrestato e condannato in sede penale il ragazzo viene anche sospeso dalla scuola. Nel procedimento proposto dai

R-7 School District[67]) così come sembra in parte condizionare la giurisprudenza della Corte del Nono circuito la quale, nel caso *Wynar v. Douglas County. School District*[68], in una vicenda riguardante la minaccia diffusa su *My Space* da parte di uno studente di organizzare una strage a scuola, afferma che «*[g]iven the subject and addressees of [the student's] messages, it is hard to imagine how their nexus to the school could have been more direct; for the same reasons, it should have been reasonably foreseeable to [the student] that his messages would reach campus. Indeed, the alarming nature of the messages prompted [the student's] friends to do exactly what we would hope any responsible student would do: report to school authorities*»[69].

La medesima giurisprudenza viene citata ancora dal Quarto circuito, nel 2011, nel caso *Kowalski v. Berkeley-County Schools*[70] riguardante una studentessa della scuola superiore in West Virginia che era stata sospesa per aver creato una pagina *web* su *MySpace* che ridicolizzava pesantemente delle compagne di studi[71]. La Corte del Quarto circuito applicò in quella circostanza la "*reasonable foreseeability analysis*" ponendo in evidenza che, nonostante la ragazza avesse realizzato la pagina *web* a casa, «*she knew that the electronic response would be, as it in fact was, published beyond her home and could reasonably be expected to reach the school or impact the school environment*»[72].

Il tema concernente la portata del potere disciplinare delle scuole con riguardo ai discorsi *off campus* realizzati attraverso supporti elettronici e diffusi *on line* giunge infine, nel 2021, all'attenzione della Corte suprema federale nella caso *Mahanoy Area School Dist. v. B.L*[73].

---

suoi genitori contro questa decisione la Corte, richiamando quanto affermato nella decisione *Wisniewski* del Secondo circuito, affermò che fosse «*reasonably foreseeable that the instant messaging icon would come to the attention of the school authorities and the teacher and that it would also create a risk of substantial disruption within the school environment*», 647 F.3d 766.

[67] *S.J.W. v. Lee's Summit R-7 School District*, 696 F.3d 771 (8th Cir. 2012). Il caso riguardava un *blog* creato da due fratelli gemelli nel quale si facevano commenti razzisti e offensive sui compagni di classe.

[68] *Wynar v. Douglas County. School District*, 728 F.3d 1062 (9th Cir. 2013).

[69] 728 F.3d 1069.

[70] *Kowalski v. Berkeley-County Schools*, 652 F.3d 565 (4th Cir. 2011).

[71] La pagina *web* derideva in particolare una compagna sostenendo che la stessa fosse portatrice di una malattia sessualmente trasmessa e invitava i lettori ad un dibattito sul tema.

[72] *Kowalski v. Berkeley-County Schools*, 652 F.3d at 573.

[73] *Mahanoy Area High School v B.L.* 594 US (2021).

La vicenda riguardava una studentessa della *Mahanoy Area High School*, Brandi Levy, la quale non riuscendo a farsi selezionare per entrare nella squadra delle *cheerleader* della scuola, un pomeriggio, mentre era con un'amica ad un minimarket, aveva pubblicato due immagini su *Snapchat* (un'applicazione di *social media* per *smartphone* che consente agli utenti di condividere immagini temporanee con amici selezionati). I *post* di Brandi Levy esprimevano frustrazione nei confronti della scuola e in particolare della squadra di *cheerleader*, ed uno specificatamente conteneva linguaggio e gesti volgari. Quando i funzionari della scuola avevano avuto notizia dei *post* avevano proceduto a comminare alla ragazza una sanzione consistente nell'impossibilità di partecipare alle selezioni della squadra delle *cheerleader* anche per l'anno successivo.

La Corte suprema ha adottato una decisione molto articolata nella quale, partendo dalla premessa per la quale non è possibile risolvere il caso limitandosi alla secca distinzione fra discorsi *on* e *off campus*, ha ripercorso le ragioni per cui alle scuole statunitensi è consentito, secondo la giurisprudenza federale, svolgere un ruolo peculiare di supervisione della espressione delle opinioni degli studenti.

La Corte, ribadendo in particolare la dottrina *in loco parentis* e la missione didattica delle scuole – in relazione alla quale le stesse devono favorire (per quanto possibile) la libertà di espressione del pensiero degli studenti (per cui la limitazione di tale espressione deve costituire sempre un'accezione e non la regola) –, afferma che l'attività di supervisione di quanto affermato da uno studente "*off campus*" va interpretata restrittivamente in quanto al di fuori del contesto scolastico la responsabilità educazionale ricade in capo ai genitori e, sulla base di tali riflessioni, la Suprema Corte ha dunque considerato illegittima la misura disciplinare comminata alla ricorrente.

Risulta tuttavia particolarmente interessante che la Corte, nella medesima decisione, ribadisca chiaramente che i poteri disciplinari delle scuole si estendono alle espressioni *off campus* quando queste integrano atti di bullismo o molestia riguardanti individui specifici e minacce ai docenti o ad altri studenti[74]. La sentenza, dunque, pur se

[74] *Mahanoy Area High School v B.L.*, *Syllabus*: «*[t]he special characteristics that give schools additional license to regulate student speech do not always disappear when that speech takes place off campus. Circumstances that may implicate a school's regulatory interests include serious*

nella circostanza specifica riconosce come illegittima la sanzione disciplinare scolastica, sembra nondimeno confermare la giurisprudenza delle Corti di circuito le quali sia in tema di molestie (*harrasment*) sia in tema di bullismo avevano elaborato delle teorie per cui il potere disciplinare della scuola, in queste circostanze, si amplia al discorso *off campus*[75].

La sentenza *Mahanoy* è assunta con l'opinione concorrente del giudice Alito (sottoscritta dal giudice Gorsuch) il quale concorda con la maggioranza sul principio per il quale *in loco parentis* le istituzioni scolastiche possono (a scuola) porre dei limiti disciplinari ai comportamenti studenteschi mentre non è consentito loro interferire con la libertà di espressione degli studenti che si svolge in ambienti extrascolastici (in quanto in tali circostanze si riespande naturalmente la supervisione e la responsabilità genitoriale). A tali riflessioni di base il giudice Alito aggiunge qualche perplessità circa le eccezioni che la Corte ammette per i casi di bullismo e molestia evidenziando che la difficile definizione di tali comportamenti rende complessa un'eventuale attività di normazione disciplinare scolastica su tali ambiti[76].

---

or severe bullying or harassment targeting particular individuals; threats aimed at teachers or other students».

[75] Critica rispetto alle scelte decisorie della Corte nel caso *Mahanoy* è J.D. Cheng, *Deciding not to Decide: Mahanoy Area School District v. B.L. and the Supreme Courts Ambivalence Towards Student Speech Rights*, in *Vanderbilt Law Review En Banc*, 31 ottobre 2021, reperibile online in *ssrn.com*. L'autrice pone infatti in evidenza come, nonostante la decisione *Mahanoy* sia stata considerata una vittoria per gli studenti in relazione alle loro possibilità di esercitare il diritto al *free speech*, la medesima decisione lascia irrisolte numerose questioni ovvero la possibilità di rintracciare, ad oggi, nuovi equilibri interpretativi che possano coniugare l'esigenza degli alunni delle scuole pubbliche di esprimersi liberamente su alcuni temi (religiosi, sessuali, politici) con la necessità delle scuole di supervisionare sulla correttezza dei comportamenti che si svolgono nell'ambito delle attività cui esse sono preposte. Diversamente, pur evidenziando le criticità della decisione, la considera una vittoria sul fronte del *Free speech* D.L. Hudson Jr., *Mahanoy Area School District v. B.L.: the Court Protects Student Social Media but Leaves Unanswered Questions*, in *Cato Supreme Court Review 2020-2021*, 11 ottobre 2021, Belmont University College of Law Research Paper n. 2021-11, reperibile online in *ssrn.com*.

[76] «*Perhaps the most difficult category involves criticism or hurtful remarks about other students.23 Bullying and severe harassment are serious (and age-old) problems, but these concepts are not easy to define with the precision required for a regulation of speech*». *Justice S. Alito, concurring, Mahanoy Area High School v B.L.* 594 US (2021), p. 16-17.

L'obiezione di Alito si collega in effetti ad un'altra questione con la quale la disciplina sulla libertà di espressione studentesca si confronta nell'esperienza statunitense ovvero la necessità che la normativa (statale e di disciplina scolastica) sia sufficientemente precisa perché possa essere considerata rispettosa dei principi espressi dalla *due process clause* del XIV emendamento. La giurisprudenza della Corte suprema è difatti molto chiara con riguardo al principio per il quale una normativa, per essere legittima, non può essere vaga e imprecisa nella definizione di ciò che è permesso o vietato in quanto deve consentire al cittadino di comprenderne il significato per poter assumere di conseguenza comportamenti adeguati (e non deve consentire a coloro che sono preposti all'applicazione della normativa un margine discrezionale troppo ampio)[77].

Nel 2003, nel caso *Flaherty v. Keystone Oaks School District*[78], il tema è stato affrontato specificatamente con riguardo alla libertà di espressione degli studenti in ambito scolastico. In tale circostanza la Corte distrettuale degli Stati Uniti per il distretto occidentale della Pennsylvania ha accolto una mozione di alcuni studenti (e delle loro famiglie) avverso una norma disciplinare scolastica (*Board Policy* n. 218) che puniva ogni discorso degli alunni, anche *on line*, che potesse essere considerato «inappropriato, molesto, offensivo o abusante» (*inappropriate, harassing, offensive or abusive*) senza definire i limiti di tali espressioni. Tale metodologia di scrittura normativa venne giudicata dalla Corte in grado di conferire ai funzionari scolastici un potere eccessivo che esondava oltre la possibilità di limitare l'espressione dell'opinione studentesca per le finalità indicate dalla giurisprudenza suprema federale e, dunque, venne ritenuta illegittima.

---

[77] Cfr. *Grayned v. City of Rockford*, 408 US 104 (1972) in cui la Corte afferma *«[v]ague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and unlawful conduct, we insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly. Vague laws may trap the innocent by not providing fair warnings. Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an ad hoc and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory applications»*. 408 US 108-109 (1972). Cfr. altresì *Kolender v. Lawson*, 461 US 352 (1983) e *Chicago v. Morales*, 527 US 41 (1999). Si veda altresì *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 US 844 (1997).

[78] *Flaherty v. Keystone Oaks School District*, 247 F. Supp.2d 698 (W.D. Pa. 2003).

Una problematica analoga viene affrontata nel 2014 dalla Corte di appello di New York nella decisione *People v. Marquan*[79]: in tale occasione, con riguardo ad una vicenda concernente un sito Internet creato da una studentessa di una scuola superiore nel quale erano ampiamente diffusi dati personali di natura sessuale delle compagne di classe oltre che postati commenti offensivi e denigratori, la Corte valutò come troppo ampia e vaga la definizione di *cyberbulling* delineata nella normativa adottata dalla Contea di Albany nel 2010[80] e, dunque, riconobbe come illegittima la conseguente sanzione.

3. Il dibattito negli Stati Uniti in tema di libertà di espressione politica degli studenti e del giornalismo scolastico: gli *Anti-Hazelwood Statute*

La giurisprudenza della Corte suprema in relazione alla libertà di espressione studentesca ed ai limiti che le istituzioni scolastiche sono abilitati a porre è articolata e complessa e tocca un argomento fortemente sentito nel Paese: ne rappresenta una testimonianza il fatto che la decisione *Manhoy,* nel 2020, sia stata attesa con grande interesse dall'opinione pubblica in quanto diretta ad affrontare uno fra i temi più critici concernente il diritto di esprimersi degli alunni delle scuole ovvero l'ambito "spaziale" entro il quale le istituzioni didattiche possono esercitare la loro attività disciplinare[81].

Altro aspetto molto dibattuto, concernente gli *Students' Free Speech Rights*, riguarda la constatazione per la quale, a partire dalla decisione *Hazelwood*, il senso del disposto assunto con la sentenza *Tinker* sia stato snaturato allargando oltremodo la possibilità

[79] *People v. Marquan*, 19 N.E.3d 480 (N.Y. 2014).

[80] In base alla quale costituiva cyberbullismo «qualsiasi atto di comunicazione o di invio di comunicazione con mezzi meccanici o elettronici, inclusa la pubblicazione di dichiarazioni su Internet o tramite una rete informatica o di posta elettronica, la diffusione di fotografie imbarazzanti o sessualmente esplicite; diffondere informazioni private, personali, false o sessuali o inviare messaggi di odio senza alcun legittimo scopo privato, personale o pubblico, con l'intento di molestare, infastidire, minacciare, abusare, schernire, intimidire, tormentare, umiliare o infliggere in altro modo significativo un danno emotivo ad un'altra persona».

[81] L'interesse per la vicenda processuale è evidenziato dal numero degli *amici curiae*, 38, presentati alla Corte suprema in vista della decisione.

discrezionale delle istituzioni scolastiche nel decidere di limitare la libertà di espressione studentesca e che, dunque, la giurisprudenza federale attuale sia eccessivamente restrittiva e penalizzante soprattutto con riguardo alla libertà di espressione delle opinioni politiche degli studenti e del giornalismo studentesco.

Nel 1988, infatti, in *Hazelwood Sch. Dist. v. Kuhlmeier*, la Corte sancisce il principio per il quale gli educatori scolastici possono proibire l'espressione di alcune opinioni degli studenti in modo più ampio rispetto al normale *standard* (quello definito in *Tinker*) se tali opinioni sono diffuse attraverso gli strumenti di divulgazione del pensiero messi a disposizione dalla scuola stessa: sulla base di tale argomentazione la Corte legittimò la possibilità per la scuola di supervisionare e, in alcuni casi, censurare gli scritti pubblicati nei giornalini scolastici.

La sentenza *Hazelwood* è certamente, fra le decisioni in tema di *Students' Free Speech Rights*, quella meno condivisa dall'opinione pubblica e maggiormente criticata dalla dottrina[82]. Il giornalismo studentesco, oltre ad essere una palestra importante per le nuove generazioni per imparare il dibattito democratico attraverso il *free speech*[83], può finire per costituire difatti uno strumento di controllo dell'opinione pubblica sulla scuola[84]. La decisione *Hazelwood*, pertanto, consentendo ai funzionari scolastici di limitare il giornalismo studentesco non conforme a ciò che la scuola stessa ritiene idoneo pedagogicamente, conduce ad impedire sia, in generale, il libero dibattito su numerosi temi - solo in quanto, eventualmente, non graditi dalla dirigenza scolastica (proprio il caso *Hazelwood* riguardava degli articoli di un giornale scolastico concernenti l'aborto) – sia la possibile "denuncia", attraverso i canali del giornalismo scolastico, di ciò che in una scuola non funziona o può essere migliorato.

La scarsa adesione e le perplessità suscitate dalla portata interpretativa della sentenza *Hazelwood* è evidenziata dalla circostanza

---

[82] F.D. LoMonte, *Censorship Makes the School Look Bad: Why Courts and Educators Must Embrace the "Passionate Conversation"*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, 65, 2021, p. 91 ss.

[83] Cfr. J.M. Abrams - S. M. Goodman, *End of an Era? The Decline of Student Press Rights in the Wake of Hazelwood School District v. Kuhlmeier*, in *Duke Law Journal*, 1988, p. 706 ss.; D.L. Martinson - L. Lodge Kopenhaver, *How School Superintendents View Student Press Rights*, in *The Clearing House*, 65(3), 1992, p. 159 ss.

[84] T.J. Buller, *The State Response to Hazelwood v. Kuhlmeier*, in *Maine Law Review*, 66, 2013, p. 89 ss.

per la quale, a seguito della detta decisione, in diversi Stati della Federazione sono stati adottati dei c.d. "*Anti-Hazelwood Statute*", atti normativi statali entrati in vigore con il preciso scopo di limitare il più possibile, all'interno di quegli Stati, la portata delle decisioni della Corte federale ampliando, invece, per quanto possibile, la possibilità della libera espressione studentesca[85]. Il legislatore statale, difatti, può legittimamente adottare una normativa in contrasto con una decisione della Corte suprema federale quando la detta legislazione statale è volta ad ampliare le garanzie costituzionali (in questo caso specificatamente le garanzie offerte dal Primo emendamento) a fronte di una giurisprudenza federale che interpreta restrittivamente, in un dato ambito, le medesime garanzie[86].

Gli assetti legislativi adottati in California e Massachusetts rappresentano il modello di ispirazione cui hanno prevalentemente fatto riferimento tutti gli Stati che hanno nel tempo adottato normative "*Anti-Hazelwood*".

La California, in realtà, disponeva di un codice sul giornalismo studentesco che era stato adottato già in anni precedenti la decisione del 1988[87] e che è stato prontamente ribadito dopo tale anno; la normativa del Massachusetts è stata invece appositamente adottata in risposta alla sentenza della Corte suprema. Entrambe le normative prevedono che gli studenti sono liberi, nell'ambito delle garanzie del

---

[85] *Cal. Educ. Code* § 48907 (West 2013); *Iowa Code Ann.* § 280.22 (West 2013); *Colo. Rev. Stat. Ann.* § 22-1-120 (West 2013); *Kan. Stat. Ann.* § 72-1506 (West 2013); *Ark. Code Ann.* § 6-18-1203 (West 2013); *Mass. Gen. Laws Ann. ch.* 71 § 82 (West 2013); *Or. Rev. Stat. Ann.* § 336.477 (West 2013).

[86] Cfr. in tal senso la decisione *Dickerson v. United States*, 530 US 428 (2000) nella quale la suprema Corte ha affermato: «*[t]he law is clear as to whether Congress has constitutional authority to do so. This Court has supervisory authority over the federal courts to prescribe binding rules of evidence and procedure. Carlisle v. United States, 517 U. S. 416, 426. While Congress has ultimate authority to modify or set aside any such rules that are not constitutionally required, e. g., Palermo v. United States, 360 U. S. 343, 345-348, it may not supersede this Court's decisions interpreting and applying the Constitution*», Dickerson *holding*. Sul punto è molto chiara la Corte di appello della California nella decisione *Leeb v. Delong*, 243 Cal. Rptr. 494, 497-98 (Cal. Ct. App. 1988) nella quale il giudice statale afferma che giacché la normativa statale californiana *Anti-Hazelwood* offre una protezione più ampia, concernente le garanzie del Primo emendamento, rispetto alla giurisprudenza federale *«[t]he broad power to censor expression in school sponsored publications for pedagogical purposes recognized in [Hazelwood] is not available to this state's educators*».

[87] Si tratta del *California Student Free Press Freedom Act* del 1977 modificativo del *Cal. Educ. Code* § 48907 adottato nel 1976 (e da ultimo modificato nel 2013).

Primo emendamento (e, dunque, nel rispetto dei limiti generali posti a tale libertà: oscenità, vere minacce ecc.), di esprimere le loro opinioni e convinzioni attraverso il giornalismo scolastico i cui obiettivi sono finalizzati all'instaurazione, anche a scuola, del libero dibattito delle idee. A differenza di quanto previsto nella normativa del Massachusetts (la quale si rivela la più garantista), gli *Anti Hazelwood Statutes* plasmati sul modello californiano[88] pongono, nondimeno, quali limiti specifici, dei divieti al discorso scurrile e alla liberalizzazione dell'uso di sostanze stupefacenti (confermando, dunque, la portata in ambito statale della giurisprudenza *Bethel* e *Morse*)[89]. In tutte le normative è stabilito con chiarezza che i funzionari scolastici non sono responsabili penalmente e civilmente delle opinioni espresse dagli studenti e che le stesse non rappresentano in alcun modo l'opinione della scuola[90].

Di fatto, pur sé l'evidenza statistica sottolinea come la presenza di un *Anti-Hazelwood Statute* in uno Stato sembra condizionare la qualità dei contenuti dei giornali scolastici delle scuole del Paese[91] diversi studi evidenziano altresì una generalizzata scarsa efficacia

[88] Al modello californiano si ispirano gli *Anti Hazelwood Statute* degli Stati dell'Arkansas, Colorado, Iowa, Kansas, and Oregon.

[89] Arkansas and Oregon permettono inoltre una censura scolastica in caso di espressioni di opinion che provocano un invasione nell'altrui privacy e lo *Statute* del Colorado stabilisce che la normativa non impedisce l'adozione di leggi che siano dirette alla risoluzione dei problemi attinenti alle *gangs* giovanili. *Ark. Code Ann.* § 6–18-1204(3) 2012 («*[T]he following types of publications by students are not authorized… publications that constitute an unwarranted invasion of privacy, as defined by state law*»); *Or Rev. Stat.* § 336.477(4)(b) 2011 («*Nothing in this section may be interpreted to authorize expression by students that . . . constitutes an unwarranted invasion of privacy*»); *Colo. Rev. Stat. Ann.* § 22-1-120(8) West 2013 («*Nothing in this section shall be construed to limit the promulgation or enforcement of lawful school regulations designed to control gangs*»). Sul punto, più ampiamente, T.J. Buller, *op. cit.*, p. 89 ss., spec. p. 110 ss.

[90] La dicitura tipica, in questo caso tratta dalla normativa del Massachussets è la seguente: «*No expression made by students in the exercise of such rights shall be deemed to be an expression of school policy and no school officials shall be held responsible in any civil or criminal action for any expression made or published by the students*», *Mass. Gen. Laws Ann. ch.* 71 § 82 (West 2013).

[91] Significativa, in tal senso, è la statistica realizzata da T.J. Buller, *op. cit.*, il quale afferma «*I acquired nearly 1,800 editorials from randomly selected high school newspapers and coded those editorials based on their content. After analysis using tests of statistical significance, the results indicate that Tinker -state newspapers have significantly more editorial content than Hazelwood -state newspapers and proportionally more critical editorials, editorials on controversial topics, and editorials criticizing school officials and policies*», p. 94.

pratica di tali strumenti normativi che soffrono di significativi problemi in termini di garanzie effettive e di *standing*[92].

I limiti in termini di garanzie effettive risiedono in una duplice carenza: da un lato, per la maggior parte, in tali atti normativi non sono previste specifiche sanzioni alla possibile attività censoria dei funzionari scolastici[93]; in secondo luogo, tali normative non godono di alcun rimedio federale in caso di loro violazione. Ciò in quanto i ricorsi sulla base della sezione 1983 dello *US Code* (il più tipico rimedio federale alle violazioni dei diritti civili poste in essere da funzionari statali[94]) possono essere inoltrati quando vi sia violazione (da parte di funzionari statali) di diritti civili riconosciuti a livello federale: è evidente che la giurisprudenza *Hazelwood* impedisce ad una Corte di riconoscere la sussistenza federale dei diritti riconosciuti in tali *Statute* statali i quali, dunque, rimangono per questo, spesso, dichiarazioni di principio più che garanzie effettive per gli studenti.

Nelle rare occasioni nelle quali qualche audace studente sia riuscito a portare la questione all'attenzione di una Corte federale si è comunque posto frequentemente un problema in termini di *standing* in relazione al quale la Corte ha finito per dichiarare il caso *moot* ovvero sostanzialmente teorico e pertanto inutile nella sua risoluzione[95]. Giacché, infatti, l'art. III della Costituzione statunitense

---

[92] Anche su tali aspetti si rinvia più ampiamente a T.J. Buller, *op. cit.*

[93] In effetti solo lo *Statute* dello Stato dell'Oregon prevede una specifica sanzione stabilendo nella *section 5* che: «*Any student, individually or through the student's parent or guardian, enrolled in a public high school may commence a civil action to obtain damages under this subsection and appropriate injunctive or declaratory relief as determined by Court for a violation of subsection of this section,… Upon a motion, a Court may award 100 dollars in damages and injunctive and declaratory relief to a prevailing plaintiff in a civil action brought under this subsection*», *Or. Rev. Stat. Ann.* § 336.477 (West 2013), *section* 5.

[94] La sezione 1983 dello *US Code* stabilisce che «*[e]very person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia*».

[95] Fra i tanti casi si rinvia a titolo esemplificativo a *Lane v. Simon*, 495 F.3d 1182 (10th Cir. 2007); *Sapp v. Renfroe*, 511 F.2d 172, 175-76 (5th Cir. 1975); *Jones v.*

limita la giurisdizione dei tribunali federali a "*case and controversies*", un'azione civile o un ricorso in cui la decisione del tribunale non è in grado di pregiudicare i diritti delle parti è normalmente *moot* ovvero di natura prettamente teorica e non può essere decisa dalla Corte nel merito[96]. Con riguardo ad un caso concernente un *Anti-Hazelwood Statute* ciò è accaduto anche presso la Corte suprema, nel 1975, nel caso *Bd. of Sch. Comm'rs. of Indianapolis v. Jacobs*[97], ove la Corte, prendendo atto del fatto che tutti i ricorrenti erano oramai diplomati, ha dichiarato *moot* la questione e non ha proceduto a decidere la questione nel merito[98].

4. La libertà di espressione studentesca fra diritti e tutela dei minori nel contesto statunitense: le difficoltà nel bilanciamento dei valori e le sfide del costituzionalismo contemporaneo alla società liberale

Il fervente dibattito che anima il tema degli *Students' Free Speech Rights* nell'esperienza statunitense, sottolineato dall'attenzione con la quale l'opinione pubblica guarda alle decisioni della Corte suprema in tale ambito così come dalla considerazione offerta a tali tematiche dai legislatori statali, costituisce certamente il riflesso dell'importanza che

Indiana High Sch. Athletic Ass'n, Inc., 16 F.3d 785, 788-89 (7th Cir. 1994); *Harper v. Poway Unified Sch. Dist.*, 318 F. App'x 540, 541 (9th Cir. 2009).

[96] Fra i rari casi decisi nel merito nonostante il rilievo in termini di standing figura ancora il caso californiano *Leeb v. DeLong* (1988) 198 Cal.App.3d 47, [243 *Cal.*Rptr. 494] nel quale la Corte di appello della California ha stabilito di decidere nel merito in relazione al affatto che la questione costituzionale sollevata è di perdurante interesse pubblico ed è probabile che si ripresenti in circostanze in cui, come nel caso di specie, non c'è tempo sufficiente per permettersi una revisione completa dell'appello. Letteralmente «*[w]hether this particular edition of the newspaper should be published is, as a matter of fact, moot; but the constitutional issue raised is of continuing public interest and likely to recur in circumstances where, as here, there is insufficient time to afford full appellate review*», 198 Cal. App. 3d 51-52. La California è in effetti uno dei pochi Stati ove i giudici si pronunciano nel merito sulla violazione dei diritti di espressione studentesca. Altro caso molto noto all'opinione pubblica statunitense, deciso in California è *Smith v. Novato Unified School Dist.* (2007) 150 Cal. App. 4th 1439.

[97] *Bd. of Sch. Comm'rs. of Indianapolis v. Jacobs*, 420 US 128 (1975).

[98] Nelle parole della Corte suprema: «*[a]t oral argument, we were informed by counsel for petitioners that all of the named plaintiffs in the action had graduated . . . it seems clear that a case or controversy no longer exists between the named plaintiffs and the petitioners …*» 420 US 129 (1975).

è attribuita in tale contesto costituzionale alla libertà di espressione in sé, ma rappresenta, allo stesso tempo, anche l'emblema del difficile bilanciamento sussistente fra le garanzie alla libertà di espressione tipiche di una società liberale e alcuni valori i quali, invece, connotano più tipicamente la società democratica contemporanea ovvero la funzione attribuita alle istituzioni scolastiche pubbliche e la particolare considerazione che il diritto, nelle esperienze costituzionali odierne, accorda ai minori e alla gioventù. Diversamente che nell'esperienza italiana, alcuni di questi valori e categorie, nella dimensione costituzionale statunitense, non sono citati espressamente in Costituzione e, tuttavia, sono evidentemente argomento di valutazione della giurisprudenza federale, della legislazione statale e del dibattito dottrinale.

Lo studio degli *Students' Free Speech Rights* risulta così poter essere una sorta di cartina tornasole per la valutazione di alcuni aspetti della forma di Stato federale e dei singoli Stati.

Le problematiche e il dibattito connesso alla libertà di espressione studentesca pongono in evidenza come le principali questioni politiche, giurisprudenziali e normative collegate alle garanzie di tale diritto (la portata della *in loco parentis doctrine*, così come la discrezionalità disciplinare in tema di libertà e pluralismo del giornalismo studentesco) sono condizionate, evidentemente, dalla matrice liberale che caratterizza l'esperienza costituzionale statunitense ove il dato di fatto per il quale i minori, in alcune circostanze, non accedono al godimento pieno di alcuni diritti civili riconosciuti, invece, alla popolazione adulta è percepito come un limite piuttosto che come una garanzia[99].

Tale approccio emerge dalla lettura della stessa giurisprudenza della Corte suprema la quale pur se, nelle proprie sentenze, non ha mancato di porre in evidenza le finalità collegate all'interesse del minore connesse ai limiti posti alla libertà dei minorenni[100], ha spesso

[99] Cfr. sul punto L.D. Houlgate, *Three Concepts of Children's Constitutional Rights: Reflections on Enjoyment Theory*, in *Journal of Constitutional Law*, 2(1), 1999, p. 77 ss.

[100] *Ginsberg v. New York,* 390 US 629 (1968) (Justice Stewart *concurring*: «in alcune particolari circostanze, un bambino non possiede la piena capacità per decisioni individuali che sono il presupposto necessario per le garanzie del primo emendamento. È solo sulla base di questa premessa, suppongo, che uno stato può privare un minore di alcuni diritti – il diritto a sposarsi, per esempio, o il diritto di

delineato la condizione infantile e giovanile come una fase della vita caratterizzata essenzialmente da ridotte capacità e dunque, in attesa di futura espansione, posta in una sorta di condizione di custodia temporanea[101]. Sono più rare le argomentazioni della Corte suprema che descrivono l'età minorile come un periodo dell'esistenza caratterizzato da peculiari specificità che richiede, a ragione di ciò, di essere particolarmente tutelato[102] e non sembra, dunque, un caso che in una delle poche occasioni nelle quali la Corte ha considerato la specificità dell'età giovanile come lente attraverso la quale interpretare l'applicabilità del diritto ai minori, come accaduto nella nota decisione *Roper v. Simmons*[103], ha fatto leva più che in altre occasioni su elementi come il "consenso nazionale"[104] e "l'opinione internazionale"[105].

---

voto – limiti che sarebbero costituzionalmente intollerabili per gli adulti», 390 US 649 (1968) (affermazione richiamata anche in *Bellotti v. Baird*, 443 US 622 (1979). Cfr. ancora la decisione *Schall v. Martin* «*the juvenile's liberty interest may, in appropriate circumstances, be subordinated to the State's parens patriae interest in preserving and promoting the welfare of the child*», 443 US 265 (1979).

[101] Cfr ad esempio la decisione *Schall v. Martin*, 467 US 253 (1984) ove la Corte afferma «*juveniles, unlike adults, are always in some form of custody. Children, by definition, are not assumed to have the capacity to take care of themselves. They are assumed to be subject to the control of their parents, and if parental control falters, the State must play its part as* parens patriae», 467 US 265 (1984). È evidente la differenza con la giurisprudenza della Corte italiana che sul medesimo tema afferma invece «la Costituzione ha rovesciato le concezioni che assoggettavano i figli a un potere assoluto e incontrollato, affermando il diritto del minore a un pieno sviluppo della sua personalità e collegando funzionalmente a tale interesse i doveri che ineriscono prima ancora dei diritti, all'esercizio della potestà genitoriale», Corte cost., 16 marzo 1992, n. 132.

[102] *Carey v. Population Servs. Int'l*, 431 US 678, (1977), Powell, J., *concurring in part*: «I bambini necessitano di essere salvaguardati da ogni abuso», 707.

[103] *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005). La sentenza è nota in quanto con tale decisione la Corte suprema federale ha dichiarato illegittima l'esecuzione della pena capitale comminata a chi ha commesso il reato quando era minorenne (anche fra i 16-ed i 18 anni) per violazione della clausola sul divieto di pene inusuali e crudeli dell'VIII Emendamento.

[104] «*The evidence of national consensus against the death penalty for juveniles is similar, and in some respects parallel, to the evidence Atkins held sufficient to demonstrate a national consensus against the death penalty for the mentally retarded*», 543 US III A.

[105] «*Our determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty*», 543 US IV. Tuttavia, la Corte chiarisce anche che «*[t]This reality does not become controlling, for the task of interpreting the Eighth Amendment remains our responsibility*».

La peculiarità dell'approccio statunitense alle questioni che attengono i minori si è evidenziata in una decisione molto criticata adottata nel 2011 (ancora in tema di libertà di espressione e limiti e garanzie del I emendamento) ovvero il caso *Brown v. Entertainment Merchants Associations*[106]. La vicenda riguardava la legittimità costituzionale di una legge dello Stato della California la quale vietava la vendita ed il noleggio di videogiochi violenti ai minori di 18 anni. In particolare, la normativa restringeva ai minori l'accesso all'acquisto dei giochi che consentivano virtualmente di uccidere, smembrare, mutilare o violentare. La normativa – che peraltro poneva un'eccezione al divieto di vendita per quei video cui, nonostante l'aggressività delle immagini, poteva riconoscersi un qualche valore artistico, letterario, politico o scientifico –, veniva considerata illegittima dalla Corte suprema la quale, nella parte motiva della sentenza, considerava che immagini e storie brutali sono presenti da sempre nella letteratura per l'infanzia ed in opere anche di fama mondiale.

La sentenza è stata molto criticata alimentando la riflessione per cui, nel contesto statunitense, mentre la considerazione della specificità della minore età può giustificare l'apposizione di limiti al godimento di alcuni diritti o libertà per i fanciulli e ragazzi, con maggiore difficoltà, invece, consente di apporre limiti agli adulti a tutela dei minori (salvo, ovviamente, qualora i comportamenti adulti non adombrino responsabilità in ambito penale)[107].

Il dibattito riferito pone in evidenza, altresì, un fermento statale che non sempre è parallelo alle indicazioni federali: tanto con riguardo al tema degli *Students' Free Speech Rights*, quanto con riguardo, più in generale, alle questioni attinenti il rapporto fra libertà di espressione e tutela dei minori, alcuni Stati (la California ne è il caso più evidente) sembrano proporre un diverso modo di concepire i possibili bilanciamenti esperibili fra i valori in gioco.

Giacché la dimensione costituzionale statale è stata spesso, per l'esperienza statunitense, il volano a partire dal quale si è evoluta la

[106] *Brown v. Entertainment Merchants Associations*, 564 US 786 (2011).

[107] M. Guggenheim, *Violent Video Games and the Rights of Children and Parents: A Critique of Brown v. Entertainment Merchants Association*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 41, 2014, p. 707 ss. Sulla decisione si rinvia anche a D. Post, *Sex, Lies and Videogames: Brown v. Entertainment Merchants Associations*, in *Cato Supreme Court Review*, 27, 2011, p. 27 ss.

successiva giurisprudenza costituzionale federale[108] e poiché la Corte si è rivelata in più occasioni attenta alla sensibilità statale sul modo in cui possono essere interpretati i principi ed i valori federali, tale stato dei fatti sembra essere certamente sintomatico di una possibile futura (anche se, forse, non prossima) evoluzione dell'interpretazione del diritto alla libertà di espressione di studenti e minori nell'esperienza statunitense.

***

ABSTRACT: In the United States, free speech means that the Government cannot ban the verbal or non-verbal expression of an idea simply because society finds it offensive or unpleasant. The theory of the market for ideas means that the best test of truth is the power of thought to be accepted into the competition of the market. With respect to students' freedom of expression, the Supreme Court has a particular case law. Over the years, this jurisprudence has sought to establish a balance between freedom of expression and the educational goals of public schools. The Court, recognizing the role of the school in the training of pupils in loco parentis, has allowed schools (in special circumstances) to regulate certain types of student discourse. In response to certain Federal Supreme Court decisions, some state legislators have enacted anti-Hazelwood laws aimed at safeguarding pluralism in school journalism. This profound debate seems related to the difficulty of finding a balance between a number of different values: freedom of speech, the rule of public schools today, and the special consideration given by law to minors and youth. Contrary to the Italian experience, some of these categories and values are not expressly mentioned in the American Federal Constitution. However, they are subjects of evaluation for federal (and state) courts, state legislators, and academics when faced with students' rights of speech.

[108] Ne è un esempio proprio la sentenza *Roper v. Simmons* ma emblematico, in un altro ambito quale l'evoluzione nell'interpretazione dell'*Equal Protecton Clause*, è il caso *Obergefell v. Hodges* , 576 US 644 (2015).

KEYWORDS: students - speech rights - First Amendment - school - federalism.

***

Laura Fabiano – Professoressa associato di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" (laura.fabiano@uniba.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La (s)elezione dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo tra teoria e prassi*

Alessandra Osti

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. La (s)elezione dei giudici per Strasburgo: sintesi del quadro regolatorio e alcuni problemi pratici. – 2.1. I criteri selettivi. – 2.1.1 Il criterio della competenza linguistica. – 2.1.2 Il criterio della rappresentanza di genere. – 2.1.3 Il criterio dell'età. – 2.1.4 I criteri competenziali. – 3. Il processo selettivo dal punto di vista nazionale: regole e prassi (partendo anche dalla procedura italiana appena esplicata). – 4. Il processo (s)elettivo dal lato del Consiglio d'Europa. – 5. Epilogo.

1. Prologo

In tempi recenti la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha posto l'accento sull'importanza delle procedure di nomina dei giudici (di qualsiasi ordine e grado), affermando che tali procedure costituiscono parte integrante del diritto ad un tribunale terzo ed imparziale e, al contempo, che il requisito della «istituzione per legge» tutela le procedure selettive dagli arbitrii posti in essere dagli altri poteri pubblici, *in primis* da quelli dell'esecutivo[1].

Tale giurisprudenza, che non sarà oggetto di approfondimento del presente saggio, mette in evidenza lo stretto e necessario collegamento che intercorre tra i meccanismi che regolano la "scelta" dei giudici e la loro indipendenza e imparzialità. La Corte, ovviamente, non mette in discussione la rilevanza politica della nomina dei giudici, ma evidenzia che sia necessario che le procedure di nomina previste siano rispettate e non vengano "forzate" da un potere (specialmente quello governante) a discapito degli altri poteri coinvolti, cosa questa

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Si vedano in particolare Corte EDU, Grande Camera, 1° dicembre 2020, ric. 26374/18, *Gudmundur Andri Ástrádsson v. Iceland*; sezione prima, 7 maggio 2021, ric. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. Z o.o. v. Poland*.

che potrebbe avere delle ripercussioni sulla indipendenza del singolo giudice e dell'organo nella sua interezza.

Queste decisioni offrono dunque un interessante spunto per affrontare il tema della (s)elezione[2] dei giudici di Strasburgo che, benché di *constitutional significance*[3], è spesso relegato in secondo piano, salvo alcune rilevanti eccezioni[4], e per comprendere se le procedure che regolano la nomina di tali soggetti siano effettivamente in grado di garantire quella necessaria indipendenza dei giudici, atta ad assicurare la piena funzionalità dell'organo e al contempo la sua *democratic legitimacy*.

Per tale ragione, il presente contributo, partendo anche dalla riflessione di Erika Rackley secondo cui «*once we accept that who the judge is matters, then it matters who our judges are*»[5] che pone l'accento sulla importanza del capitale umano e quindi sui meccanismi che ne regolano la "scelta", intende offrire uno sguardo differente sulla Corte europea dei diritti dell'uomo incentrato sui giudici che la compongono, fornendone un *identikit* (attraverso l'analisi dei criteri

[2] Si precisa che il termine (s)elezione che si è usato nel testo vuole riassumere le due fasi del procedimento volto alla scelta del giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo, caratterizzato come si vedrà da una fase nazionale di selezione ed una sovranazionale di elezione.

[3] L'espressione, qui fuor di contesto perché riferita nello specifico e in generale alle modalità di nomina di tutti i giudici, ma comunque riferibile anche alle modalità procedurali che regolano la scelta dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo è presa in prestito da Sir Gerard Brennan, ex Chief Justice della High Court australiana. Si veda in proposito G. Brennan, *The Selection of Judges for Commonwealth Courts*, Senate Lecture Series, 2017, 1, disponibile al sito *aph.gov.au*.

[4] Ci si riferisce qui in particolare ad alcuni studi di Eric Voeten che hanno cercato di collegare l'analisi dei profili dei giudici di Strasburgo con lo sviluppo giurisprudenziale. Si veda, in particolare, E. Voeten, *Does a Professional Judiciary Induce More Compliance? Evidence from the European Court of Human Rights*, 2012, disponibile al sito *jus.uio.no*; M. Lasser, *Judicial dis-appointments. Judicial Appointments Reform and the Rise of European Judicial Independence*, Oxford, 2020; K. Dzehtsiarou - A. Schwartz, *Electing Team Strasbourg: Professional Diversity on the European Court of Human Rights and Why it Matters*, in *German Law Journal*, 21, 2020, p. 621 ss.; D. Cardamone, *La procedura di elezione dei giudici della Corte edu*, in *Questione Giustizia*, 1, 2019.

[5] E. Rackley, *Women, Judging and Judiciary*, Londra, 2013. L'affermazione citata riecheggia le considerazioni Carl Smith e Jerome Frank, secondo i quali la personalità dei giudici conta e l'amministrazione della giustizia dipende, in larga misura, da chi decide. Sul punto si vedano C. Smith, *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*, Cambridge (MA), 1985; J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Londra, 1949.

soggettivi che devono essere considerati ai fini della (s)elezione) ed evidenziando, sia con riferimento al quadro regolatorio che alle prassi, le procedure (s)elettive che sostanziano le modalità con cui si diviene giudici della Corte EDU. Con una avvertenza, benché si tratti di una Corte sovranazionale, il metodo comparativo si impone sia perché utile per comprendere le regole di sintesi delle diverse posizioni che sono state assunte negli anni dal Consiglio d'Europa e dall'Assemblea Parlamentare, sia perché, con riguardo alla fase nazionale di selezione – diversificata nei 47 Stati contraenti –, aiuta ad identificare eventuali problematiche e possibili soluzioni.

Peraltro, l'importanza del tema, se ve ne fosse necessità, trova conferma ufficiale anche nella Dichiarazione di Copenaghen, adottata il 13 aprile 2018 nel corso della Conferenza di alto livello dei Ministri della Giustizia, che dedica una intera sezione alla procedura di selezione e al processo di elezione dei giudici di Strasburgo[6], dimostrandone, ancora una volta, non solo la centralità, ma anche l'intrinseco collegamento tra le modalità selettive e la *long-term*

[6] La Dichiarazione di Copenhagen è stata adottata in seno alla High Level Conference del 12/13 aprile 2018. Per quanto è di nostro interesse, il testo della Dichiarazione contiene una sezione intitolata: *The Selection and Election of Judges – The importance of co-operation* (parr. 55 – 62). Il testo della Dichiarazione (così come di quelle precedenti) è disponibile online sul sito della Corte: *echr.coe.int*. Per completezza è bene ricordare che anche le precedenti Dichiarazioni trattavano il tema del processo selettivo dei giudici di Strasburgo anche se, a differenza della Dichiarazione di Copenhagen, in maniera generalmente meno estesa. In particolare, ricordiamo la Dichiarazione di Brighton (aprile 2012) che dopo aver ribadito che «*The authority and credibility of the Court depend in large part on the quality of its judges and the judgments they deliver*» fa riferimento alla procedura selettiva nella sezione E (parr. 21 – 25) dal titolo *Judges and Jurisprudence of the Court*. Anche la Dichiarazione di Interlaken (febbraio 2010) tratta lo specifico tema della selezione dei giudici di Strasburgo sottolineando in particolare che è necessario «*ensure, if necessary by improving the transparency and quality of the selection procedure at both national and European levels, full satisfaction of the Convention's criteria for office as a judge of the Court, including knowledge of public international law and of the national legal systems as well as proficiency in at least one official language. In addition, the Court's composition should comprise the necessary practical legal experience*». La Brussels Declaration (marzo 2015), invece, non tratta in modo esplicito la questione concentrando i proposti *action plans* su altri nodi problematici, tra cui il tema della supervisione dell'esecuzione delle decisioni della Corte e della implementazione della Convenzione a livello nazionale. Richiami generici all'indipendenza dei giudici della Corte sono anche contenuti nella Dichiarazione di Izmir (aprile 2011).

effectivness del sistema convenzionale[7]. L'autorità e la credibilità della Corte, intesa come istituzione, dipendono infatti in larga misura dalla qualità dei singoli giudici che la compongono: essi giocano un ruolo fondamentale nell'evoluzione giurisprudenziale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, inoltre, sono il mezzo attraverso il quale la Corte si interfaccia con gli Stati nazionali. E in un momento come quello attuale in cui non mancano voci critiche[8] che fanno da contraltare alla, tutto sommato rapida, ascesa della Corte di Strasburgo a livello internazionale e all'impatto pratico che tale istituzione produce sugli ordinamenti nazionali, diviene ancor più necessario comprendere *chi* può diventare giudice della Corte EDU e *come*.

2. La (s)elezione dei giudici per Strasburgo: sintesi del quadro regolatorio e alcuni problemi pratici

La procedura, che verrà dettagliata nei prossimi paragrafi, è stata oggetto di continui correttivi che, tuttavia, non ne hanno modificato l'impianto essenziale descritto nella Convenzione (all'art. 22) di co-decisione tra lo Stato e il Consiglio d'Europa. In estrema sintesi, è compito degli Stati contraenti selezionare in ambito nazionale tre candidati che siano altamente qualificati per il ruolo di giudice della Corte EDU e spetta all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (APCE), assistita dalla "Commissione per l'elezione dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo" (AS/CdH), eleggere, a maggioranza dei voti espressi, il candidato più

[7] A. von Bogdandy - C. Krenn, *On Democratic Legitimacy of Europe's Judges. A Principled and Comparative Reconstruction of the Selection Procedures*, in M. Bobek (ed.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford, 2015, p. 162 ss. Gli autori osservano che quando l'aggiudicazione a livello internazionale era un evento raro e le decisioni di queste istituzioni avevano scarsi effetti a livello degli ordinamenti nazionali, la nomina dei giudici internazionali era una affare diplomatico da decidersi a porte chiuse, ma il mutare delle circostanze e il maggior impatto delle corte internazionali sulla vita quotidiana ha reso impellente un ripensamento delle logiche selettive strettamente collegata alla domanda di legittimazione democratica di queste istituzioni.

[8] A titolo esemplificativo si veda P. Popelier - S. Lambrecht - K. Lemmens (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights – Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Cambridge, 2016.

meritevole tra quelli presentati dal singolo Stato contraente. Si tratta chiaramente di un processo di (s)elezione politico, sia a livello nazionale (dove pure sono sempre più presenti, come vedremo, correttivi di carattere tecnico) che a livello sovranazionale; e non potrebbe essere diversamente. La (s)elezione dei giudici della Corte EDU, infatti, al pari di quanto avviene in numerosi casi per i giudici delle Corti costituzionali nazionali[9], non può certo risolversi in un mero esercizio tecnico, ma rappresenta una decisione di grande importanza politica[10]. E, come già ricordato, questo profilo, cioè quello della rilevanza politica della nomina, non è messo in discussione neppure dalla recente giurisprudenza della Corte EDU sopra ricordata, salvo ovviamente che tale nomina non avvenga senza il rispetto del principio di separazione dei poteri e non sia volta a creare una indebita influenza di un potere sul soggetto nominato.

L'attuale quadro regolatorio (alquanto frammentato) per la (s)elezione dei giudici di Strasburgo si compone di alcune (a dire il vero scarne) disposizioni contenute nel testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), di una serie (stratificata nel tempo) di Raccomandazioni e Risoluzioni dell'Assemblea Parlamentare[11] e di alcune linee guida elaborate dal Comitato dei

[9] Molte costituzioni nazionali affidano la selezione dei giudici delle corti costituzionali al Parlamento o prevedono una componente politica all'interno di commissioni di selezione. In tal senso si veda l'art. 94 del Grundgesetz tedesco, art. 147 Costituzione federale austriaca, 135 della Costituzione italiana, 159 della Costituzione spagnola, section 178 della Costituzione del Sud Africa. Sul tema si veda A. Osti, *La nomina dei giudici costituzionali tra indipendenza e democratic legitimacy*, Napoli, 2019.

[10] A. von Bogdandy - C. Krenn, *op. cit.*, p. 165.

[11] Si riportano di seguito le raccomandazioni e risoluzioni adottate dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa aventi a tema la procedura di selezione/elezione dei giudici della Corte EDU: Recommendation 1295 (1996) and Resolution 1082 (1996) "*Procedure for examining candidatures for election of judges to the European Court of human rights*"; Recommendation 1429 (1999) "*National procedures for nominating candidates for election to the European Court of Human Rights*"; Resolution 1200 (1999) "*Election of judges to the European Court of Human Rights*"; Recommendation 1649 (2004) e Resolution 1366 (2004) "*Candidates for the European Court of Human Rights*"; Resolution 1426 (2005) "*Candidates for the European Court of Human Rights*"; Resolution 1432 (2005) "*Procedure for elections held by the Parliamentary Assembly other than those of its President and Vice-President*"; Resolution 1627 (2008) "*Candidates for the European Court of Human Rights*"; Resolution 1646 (2009) "*Nomination of candidates and election of judges to the European Court of Human Rights*"; Resolution 1764 (2010) "*National procedures for the selection of candidates for the European Court of Human Rights*";

Ministri[12] e rivolte alla selezione dei candidati da presentare al voto assembleare.

Il testo della Convenzione, a dire il vero, è alquanto laconico sul procedimento di (s)elezione dei giudici che compongono la Corte e sul loro *legal status*. In particolare, vengono in rilievo gli articoli 21 e 22 della Convenzione: il primo riguarda le condizioni per l'esercizio delle funzioni, mentre il secondo delinea, in sintesi, la procedura di co-decisione per l'elezione dei giudici di Strasburgo di cui si è già accennato sopra.

Tuttavia, pur nella laconicità, la scelta di fondo pare chiara: benché il procedimento (s)elettivo sia, e come abbiamo già detto non potrebbe essere diversamente, politico, i giudici eletti, per poter svolgere al meglio l'importantissimo ruolo cui sono chiamati, devono essere indipendenti tant'è che, a norma dell'articolo 21 comma secondo, essi siedono alla Corte a titolo individuale. Essi, dunque, non rappresentano gli Stati da cui provengono e, al pari, non rappresentano neppure il Consiglio d'Europa che, per il tramite dell'Assemblea Parlamentare, li elegge.

Ma basta un simile pur esplicito intento a rescindere concretamente quel "legame" politico che caratterizza la procedura (s)elettiva?

Offrire una risposta che sia univoca (e che quindi riguardi tutti i 47 Stati contraenti) non è affatto semplice anche perché, soprattutto in passato, non sono mancati casi (di cui si farà cenno a breve) che hanno evidenziato una certa difficoltà nel rescindere quel legame politico tra il giudice e lo Stato che lo aveva selezionato. Tuttavia, si deve osservare che grazie ad alcune modifiche procedurali intervenute nel corso degli anni, l'obiettivo della piena indipendenza dei giudici rispetto agli Stati che li hanno selezionati, pare oggi ampiamente raggiunto, benché permangano alcuni (potenziali) rischi.

In particolare, tra le modifiche intervenute al fine di rescindere il possibile (ma non voluto) rapporto di "subordinazione" tra il giudice eletto e lo Stato che lo ha selezionato è necessario ricordare quella relativa all'unicità del mandato. Infatti, l'originaria

---

Resolution 1841 (2011); Resolution 1841 (2011) "*The amendment of various provisions of the Rule of Procedure of the Parliament Assembly*" e, da ultimo, Resolution 2002 (2014) "*Evaluation and implementation of the reform of the Parliamentary Assembly*".

[12] *Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights*, 2012.

impostazione ammetteva il rinnovo del mandato, ma tale previsione si è dimostrata problematica proprio ai fini della garanzia della piena indipendenza dei giudici, tanto che con il Protocollo 14 (entrato in vigore nel 2010) si è cercato di dare una risposta concreta alle questioni che si erano palesate in via di prassi. Infatti, il rinnovo del mandato (che peraltro aveva una durata di 6 anni, e quindi inferiore a quella attuale) veniva utilizzato da alcuni Stati come una possibile "arma di ricatto" per controllare i propri giudici, i quali potevano sperare nella rielezione solo se erano stati docili rispetto alle pressioni governative.

L'entrata in vigore del Protocollo 14, che ha modificato il termine del mandato (aumentandolo da sei a nove anni) e vietato la possibilità di rinnovo, rappresenta senza dubbio una apprezzabile soluzione al problema dell'indipendenza. Con il divieto di rielezione dei giudici, infatti, viene a mancare un possibile strumento di pressione da parte degli Stati, anche se, certo, permangono altre vie per esercitare indebite pressioni sui giudici, soprattutto connesse alle aspirazioni lavorative future al termine del mandato[13]. All'esistenza di possibili strumenti di pressione si potrebbe obiettare, cosa peraltro autorevolmente sostenuta dall'ex Presidente della Corte EDU Jean-Paul Costa, che un singolo giudice non decide da solo sulla violazione o meno della Convenzione, cosa questa che renderebbe nulle le pressioni esterne[14]. Ma tale argomentazione pare debole laddove si consideri che le posizioni individuali possono comunque trovare una pubblicità attraverso la stesura delle opinioni concorrenti o dissenzienti. Infatti, anche se queste posizioni non hanno una incidenza (immediata) sull'esito della decisione, esse garantirebbero comunque visibilità alla posizione del singolo giudice che sarebbe così in grado di mostrare allo Stato di appartenenza l'eventuale "fedeltà" rispetto agli input governativi ricevuti. Tuttavia, una simile critica pare difficile da verificare in concreto e non sembra rappresentare una reale minaccia all'indipendenza complessiva dell'organo.

2.1 I criteri selettivi

[13] E. Voeten, *The Politics of International Judicial Appointments*, in *Chicago Journal of International Law,* 2009, p. 387 ss.

[14] J-P. Costa, *On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' judgments*, in *European Constitutional Law Review*, 7(2), 2011, p. 173 ss.

Prima di procedere all'esame della procedura (s)elettiva, cui saranno dedicati i prossimi paragrafi, pare opportuno cercare di comprendere quali siano i criteri selettivi che dovrebbero indirizzare la scelta delle istanze nazionali e dell'Assemblea Parlamentare.

Il primo comma dell'articolo 21 Cedu prescrive, in termini generalissimi, che i giudici devono godere della più alta considerazione morale[15] e possedere i requisiti richiesti per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie, con il che rimandando implicitamente ai singoli ordinamenti nazionali e alle modalità di accesso ai più alti gradi della giurisdizione. Accanto a questo requisito se ne trova un altro che allarga la platea dei possibili candidati al ruolo di giudice della Corte EDU anche ai giureconsulti di riconosciuta competenza, aprendo quindi le porte della Corte anche ad una componente non togata, formata da accademici o avvocati di "riconosciuta competenza" (criterio anche questo alquanto generico e che, come vedremo, ha ripercussioni sulla possibile età minima dei candidati a giudice). Non si può non notare come tutti i requisiti sin qui richiamati siano in larga misura, e pur con tutte le eccezioni del caso, i medesimi che vengono in rilievo nelle procedure di nomina/elezione dei giudici costituzionali nazionali.

A questi generalissimi e ampiamente condivisi (e condivisibili) criteri se ne sono aggiunti di ulteriori (benché non giuridicamente vincolanti) dettati dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa sotto forma di Risoluzioni e Raccomandazioni (strumenti, dunque, di *soft law*)[16] che aiutano a meglio tratteggiare le qualità

[15] Alcuni Stati (in particolare possiamo citare il Regno Unito e la Polonia) tentano di andare oltre l'apparenza del "*high moral character*" e chiedono ai candidati di dichiarare «*whether anything they have said, written or done, should it be made public, would be capable of bringing the Court into disrepute*». Tale pratica è indicata come good practice nelle "*Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights – Explanatory Memorandum*" (2012).

[16] I criteri previsti dalla Raccomandazioni e dalle Risoluzioni non vincolano gli Stati, benché in via generale essi vengano (con alcune differenze) accettati. Tuttavia, emblematico pare essere il caso di Malta che a metà degli anni 2000 contestò l'Assemblea Parlamentare che aveva rigettato la *short list* presentata perché non bilanciata dal punto di vista della rappresentanza di genere. Secondo Malta tale criterio della rappresentanza di genere non era vincolante (e dunque non poteva essere rigettata una lista non conforme a tale criterio) non essendo contenuto nel testo della Convenzione (art. 21). Sul punto si espresso, con una posizione compromissoria, la Corte EDU con una *Advisory Opinion on Certain Legal Question*

(professionali, ma anche personali) di coloro che possono aspirare al ruolo di giudice della Corte di Strasburgo. Tra questi ne ricordiamo in particolare tre sui quali pare necessario soffermare, sia pur brevemente, l'attenzione: (i) il criterio della competenza linguistica, (ii) il criterio della rappresentanza di genere, (iii) il criterio dell'età. Completano il quadro due ulteriori requisiti competenziali previsti dal Comitato dei Ministri nella elaborazione delle linee guida rivolte agli Stati contraenti per la selezione dei candidati: (a) il criterio della conoscenza della legislazione nazionale e (b) quello della conoscenza del diritto internazionale.

2.1.1 Il criterio della competenza linguistica

Di sicura rilevanza è il criterio della conoscenza linguistica (livello *proficiency* e bilinguismo): una inadeguata conoscenza della lingua di lavoro non consente infatti al giudice di poter partecipare attivamente alla vita della Corte, alla discussione e lettura dei documenti, alla interazione con i colleghi, impedisce che egli possa assumere il ruolo di relatore e di fatto inficia il buon funzionamento della Corte minando la credibilità dell'istituzione stessa. Benché l'importanza di tale requisito sia cresciuta con il tempo (fino al 2004 bastava infatti una conoscenza sufficiente di una delle due lingue ufficiali, cioè l'inglese e il francese) è oggi indubbio che i candidati alla posizione di giudice di Strasburgo, se non il bilinguismo[17], devono

Concerning the List of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights (12 febbraio 2008). Si può però notare che il peso politico dell'APCE sia in crescita e sempre maggiore appaia la sua capacità di far pressioni sui governi nazionali per aumentare la qualità delle procedure selettive nazionali in un'ottica di cooperazione. Così A. von Bogdandy - C. Krenn, *op. cit.*, p. 172.

[17] Anche nel caso del bilinguismo si assiste ad una crescita di considerazione di tale requisito. Se fino al 2004 nulla si diceva sulla conoscenza della seconda lingua, bastando la conoscenza sufficiente di una delle due lingue ufficiali, la riforma introdotta dal protocollo 14 (e in particolare l'introduzione del giudice unico che valuta sulla ammissibilità dei ricorsi) ha reso impellente ripensare alla questione del bilinguismo, tanto che l'APCE con la Risoluzione 1646 del 2009 ha reputato necessaria la conoscenza almeno passiva della seconda lingua di lavoro. Per un approfondimento sulla questione attinente ai criteri linguistici si veda D. Kosař, *Selecting Strasbourg Judges: A Critique*, in M. Bobek (ed.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford, 2015.

avere una competenza a livello *proficiency* di una delle lingue ufficiali. Cosa questa che è stata valorizzata anche dalla Commissione Affari Legali e Diritti Umani dell'APCE la quale ha sottolineato che esiste una chiara "gerarchia" tra i vari criteri selettivi e che le competenze linguistiche devono essere considerate uno dei più importanti parametri di scelta[18].

Se oggi questo criterio pare ormai ampiamente soddisfatto da tutti i candidati a ricoprire la funzione, in un passato tutto sommato recente esso ha rappresentato un punto problematico (almeno con riferimento ad alcuni Stati)[19]. E ciò soprattutto perché mancavano (e mancano tutt'ora) modalità di verifica (oggettiva) di tale requisito sia nell'ambito della fase di selezione nazionale dei candidati che nell'ambito della fase avanti all'APCE. In particolare, in ambito nazionale, sarebbe auspicabile la valutazione effettiva di tale *skill* con riferimento agli *standard* previsti dal *Council of Europe's Common European Framework of Reference for Languages*, riferimento questo che avrebbe il pregio di offrire una interpretazione certa e uguale in tutti i 47 Stati contraenti di cosa si debba intendere per livello *proficiency*. Molto spesso invece tale requisito non viene concretamente accertato, basandosi sulla autovalutazione del livello linguistico degli aspiranti candidati contenuta nei *curricula* degli stessi. Tra le eccezioni, spicca il caso del Regno Unito che, partendo certo avvantaggiato con la conoscenza di una delle due lingue ufficiali che è lingua madre nel paese, ha chiesto ai propri candidati alla selezione del 2016 di sottoporsi ad un colloquio di lingua francese presso l'*Institut Français*[20].

[18] Si veda in particolare Committee on Legal Affair and Human Rights, Nomination of candidates and election of judges in the European Court of Human Rights, Doc. 11767/2008.

[19] In tal senso R. Mackenzie, *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*, Oxford, 2010, p. 170, suggerisce che «*the language skills of the judges have become a particularly problematic and controversial issue*» e che, dunque, l'APCE ha introdotto standard più stringenti in materia «*in response to concerns that some recently appointed judges have not had adequate command of both French and English (and in some case neither)*». Tali affermazioni trovano conferma anche da parte di L.G. Loucaides (un ex giudice della Corte EDU), *Reflection of a Former European Court of Human Rights Judge in his Experience as a Judge*, in *Roma Rights Journal*, 61, 2010, p. 61 ss., nonché nello scritto di N.P. Engel, *More Transparency and Governmental Loyalty for Maintaining Professional Quality in the Election of Judges to the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 32, 2012, p. 452.

[20] Si trova un esplicito riferimento alla necessità che i candidati alla fase di selezione nazionale svolgano un colloquio in lingua francese avanti ad un ente

A livello internazionale, invece, una verifica sulla competenza linguistica potrebbe avvenire ad opera della competente Commissione che intervista i candidati una volta che la *short list* è formata. Allo stato attuale, infatti, la fase dei colloqui, come si vedrà, è fortemente standardizzata e non pare pertanto adeguata all'accertamento della effettiva competenza linguistica che invece sarebbe opportuno che fosse appositamente testata, magari attraverso la discussione di una complessa questione giuridica[21].

2.1.2 Il criterio della rappresentanza di genere

Un altro criterio selettivo di particolare importanza è quello dato dalla rappresentanza di genere (ii). Tale criterio, a dire il vero, non riguarda il singolo candidato (come è ovvio), ma è rivolto agli Stati perché nella composizione della *short list* mantengano (a parità di *standard* di qualità) un equilibrio di genere tra i candidati, in modo tale da poter avere una Corte con giudici di ambo i sessi[22]. Anche se è possibile presentare una *short list* composta da candidati dello stesso

preposto (e competente nella valutazione di tale requisito) nel documento ufficiale Doc. 14050 del 28 aprile 2016 recante *List of curricula vitae of candidates submitted by the government of UK*. Tale procedimento si è concluso con l'elezione da parte dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa di Tim Eicke quale giudice britannico della Corte EDU.

[21] Sul punto si veda D. Kosař, *op. cit.*

[22] Per un approfondimento su questo specifico tema si veda M. Caielli, *Why do women in the judiciary matter? The struggle for gender diversity in European Courts*, in *Federalismi.it*, 5, 2018. Si segnala che il criterio della rappresentanza di genere all'interno delle Corti costituisce oggi un tema di particolare rilevanza anche con riferimento alle Corti costituzioni o supreme. Si segnalano in tal senso: B. Baines, *Women Judges and Constitutional Courts: Why Not Nine Women?*, in *Queen's Law Research Paper*, 2016; R. Hunter, *More than Just a Different Face? Judicial Diversity and Decision-making*, in *Current Legal Problems*, 68 (1), 2015, p. 119 ss.; N. Fila Rais, *The Importance of Female Judge Representation in the Constitutional Court of Indonesia to Achieve Gender Equality during Judicial Review Procedure*; in *SHS Web of Conferences*, 54, 2018; M. E. Valdini - C. Shortell, *Women's Representation in the Highest Court: A Comparative Analysis of the Appointment of Female Justices*; in *Political Research Quarterly*, 69 (4), 2016, p. 865 ss.; E. Rackley, *Women, Judging and the Judiciary: From Difference to Diversity*, New York, 2013. In tema sia consentito il rimando anche a A. Osti, *Le Corti costituzionali*, in G. Cerrina Feroni - T. Groppi (eds.), *Procedure di nomina ed equilibri di genere. Una prospettiva italiana e comparata*, Bologna, 2022.

sesso, nel caso in cui si tratti del sesso sottorappresentato (che rappresenti meno del 40% del numero totale dei giudici)[23].

L'attenzione verso questo criterio ha sicuramente prodotto buoni risultati dato che ad oggi la Corte di Strasburgo, pur non avendo raggiunto una vera e propria *gender balance*, è composta al 34% circa da donne[24].

Tuttavia, pur sinteticamente, non si può non considerare come, in passato, tale criterio sia stato disatteso dagli Stati senza particolari conseguenze: un esempio di ciò è rappresentato dal caso belga. Nel 2012, infatti, il governo belga aveva presentato al voto dell'Assemblea Parlamentare una *short list* contenente esclusivamente nomi di uomini, senza che ciò comportasse né un rigetto della lista né, per quanto è dato sapere, alcun genere di verifica sulle motivazioni che avevano portato a siffatta formulazione della lista. E ciò nonostante una *Advisory Opinion on Certain Legal Question Concerning the List of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights*, resa nel 2008, in cui la Corte EDU aveva sottolineato che liste non bilanciate nel genere erano ammissibili solo se lo Stato dimostrava di aver fatto il possibile per includere nella lista candidate del sesso sotto rappresentato, ma ciò non era stato possibile a causa di fattori oggettivi.[25] In base a tale *opinion*, pertanto alcune "strette

[23] Si veda in proposito il documento redatto dal Segretario Generale dell'Assemblea Parlamentare, Information Document, 1 April 2022, *Procedure for the election of judges to the European Court of Human Rights,* in particolare i punti 10 e 22.

[24] La composizione attuale della Corte (verificata al 3 maggio 2022) vede la presenza di 16 giudici donna. In particolare, si tratta dei giudici espressione dei seguenti Stati: Moldavia, Portogallo, Germania, Malta, Turchia, Montenegro, Spagna, Irlanda, Ucraina, Romania, Monaco, Austria, Slovacchia, Finlandia, Paesi Bassi, Repubblica Ceca.

[25] Il caso Maltese (di cui si è già riferito nella nota 16) ha portato all' *Advisory Opinion on Certain Legal Question Concerning the List of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights* (12 febbraio 2008) da parte della Corte EDU. Quanto al caso belga vale la pena di osservare che tali eccezioni paiono difficilmente giustificabili dato che il Belgio, che possiede rinomate facoltà di legge con professori donna, è bilingue e vede una componente elevata di giudici donne. Certo è che il dibattito scaturito in sede nazionale a seguito dell'invio della *short list* all'APCE ha contribuito a far sì che venisse introdotta, nel 2014, una norma di legge volta al raggiungimento di una *sex quota* all'interno della Corte costituzionale belga che dovrebbe, in base a tale novella, essere composta da almeno un terzo di giudici appartenenti al sesso sottorappresentato (si veda l'art. 34, par 5, *Special Act of 6 January 1989 on the Constitutional Court,* il quale prevede che «*the Court shall consist of at least one-third of judges of each gender*»).

eccezioni" possono essere legittimamente opposte dagli Stati in riferimento alla rappresentanza di genere, ma solo sulla base dell'impossibilità di trovare validi candidati del sesso sottorappresentato senza compromettere gli altri criteri selettivi e, comunque, tali eccezioni devono trovare fondamento in fattori storici, sociali o dimensionali propri dello Stato. L'esempio belga, però, ci mostra come tali eccezioni non sempre vengano in concreto verificate, né formalmente contestate dall'APCE.[26]

Quanto sin qui detto ovviamente non implica che i candidati eletti senza il rispetto di tale criterio non rispondano agli alti *standard* qualitativi previsti, ma ci mostra semmai una falla nella politica di non-discriminazione sulla base del genere perseguita dall'APCE.

2.1.3 Il criterio dell'età

Continuando brevemente a considerare i criteri aggiuntivi che sono stati elaborati dall'APCE, possiamo ora passare (iii) al criterio dell'età.

Se tale criterio è stato lungamente sottovalutato, con il tempo si è compreso che l'età dei giudici può avere un impatto sul funzionamento della Corte stessa e, dunque, sulla sua credibilità. *In primis*, è necessario considerare che l'elezione di giudici con una età vicina a quella di pensionamento[27], ha inciso negativamente sulla stabilità nell'assetto della Corte stessa, causando un *turnover* dei giudici molto più frequente di quello naturale basato sulla durata novennale del mandato. Tuttavia, la scelta di giudici particolarmente giovani (poco più che trentenni) non pare rappresentare una soluzione al problema ed anzi simili elezioni sono state oggetto di severe critiche in quanto la presenza di giudici troppo giovani influenzerebbe (in negativo) l'autorevolezza della Corte e potrebbe avere delle

[26] D. Kosař, *op. cit.*; K. Lemmens, *(S)electing Judges for Strasbourg. A (Dis)appointing Process?,* in M. Bobek (ed.), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford, 2015; S. Hennette-Vauchez, *More Women-but which Women? The Rule and Politics of Gender Balance at the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 26(1), 2015, p. 195 ss.

[27] L'età di pensionamento dei giudici di Strasburgo, fino all'entrata in vigore del Protocollo 15 (1 agosto 2021), era fissata a 70 anni. Con l'entrata in vigore del Protocollo 15 è stata portata a 74 anni.

ripercussioni, come già accennato, sulla indipendenza degli stessi stante la necessità di ricollocarsi al termine del mandato.[28]

Quanto sin qui detto ci mostra come il criterio dell'età debba essere considerato sotto un duplice profilo: da un lato è necessario valutare i limiti di età massima, ma dall'altro lato è anche opportuno considerare i limiti di età minima.[29] Il combinato disposto delle disposizioni convenzionali che fissano la durata del mandato a nove anni e il pensionamento obbligatorio a 70 anni (almeno fino al 2021) avrebbero dovuto portare gli Stati a selezionare candidati che non avessero un'età superiore ai 61 anni, Tuttavia, l'APCE aveva avuto modo di chiarire che erano ammissibili candidature anche di soggetti con età superiore, invitando però gli Stati a selezionare candidati che potessero svolgere almeno metà del mandato prima del loro pensionamento (cosa questa che avrebbe dovuto significare che i candidati selezionati dagli Stati non avrebbero potuto avere un'età superiore a 65 anni). Né gli Stati né l'APCE hanno però seguito con particolare rigore tale indicazione e non sono mancati casi di giudici eletti con un'età superiore a 65 anni.

Con l'entrata in vigore del Protocollo 15[30], che fa proprie le raccomandazioni della Dichiarazione di Brighton[31], la questione attinente ai limiti massimi d'età ha trovato una soluzione giuridica e la Corte una maggiore stabilità nella sua composizione. Infatti, tale Protocollo ha introdotto un limite massimo di età per le candidature, fissato in 65 anni, cosa questa che, secondo la lettura prevalente, comporta una modifica *de facto* dell'età pensionabile a 74 anni, al fine di consentire che i giudici eletti possano servire per l'intera durata del

[28] Sul punto si veda D. Kosař, *op. cit.*; J. Malenovsky, *L'indépendance des juges internationaux (Volume 349)*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2011, disponibile online al sito *dx.doi.org*.

[29] Il criterio dell'età considerate sia nei suoi limiti inferiori che superiori è considerate tra gli altri da D. Kosař, *op. cit.*, p. 17 ss.; J. Limbach et al., *Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights*, 2003, disponibile al sito *corteidh.or.cr*; J.F. Flauss, *Les élections de juges à la Cour européenne des Droits de l'Homme (2005-2008)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 19, 2008, p. 713 ss.

[30] Il Protocollo n. 15 è stato aperto alla firma il 24 giugno 2013 ed è entrato in vigore il primo agosto 2021. Per la sua entrata in vigore, infatti, trattandosi di un Protocollo di emendamento che modifica il meccanismo procedurale della Convenzione, è stato necessario che tutte le Alte Parte contraenti ratificassero tale protocollo.

[31] Dichiarazione di Brighton, 2012, in particolare par. 24 e 25.

mandato di nove anni. Una simile modifica può essere considerata positivamente sotto diversi punti di vista: aumenta la stabilità nella composizione della Corte, permette di eleggere giudici di maggior esperienza che hanno la possibilità di terminare la loro carriera lavorativa con un incarico prestigioso quale quello di giudice di Strasburgo (cosa questa che come già osservato ha anche un impatto positivo sull'indipendenza perché eliminerebbe le criticità connesse alle aspirazioni lavorative future) e, non da ultimo, potrebbe essere in grado di attrarre candidati di altissimo profilo dopo il loro pensionamento a livello nazionale (che in alcuni Stati è fissato a 65 anni) o con l'attrattiva di poter lavorare in una istituzione prestigiosa oltre l'età pensionabile prevista nel proprio Stato (cosa questa che potrebbe riguardare in particolar modo il Regno Unito in cui l'età pensionabile è fissata a 70 anni)[32].

Se però l'età massima è un elemento considerato sia dalle norme che nei dibattiti, la Convenzione non fissa esplicitamente alcun limite minimo d'età, anche se potremmo ritenere che tale limite sia implicitamente da ricollegarsi al criterio del possesso dei requisiti richiesti per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie o l'essere giureconsulti di riconosciuta competenza. Tuttavia, tale ultimo criterio è interpretato in maniera particolarmente flessibile sia dagli Stati che dall'APCE che ha eletto alcuni giudici poco più che trentenni, cosa questa che è emersa come problematica in particolare con l'elezione nel 2009 del giudice ucraino (un avvocato di 36 anni che peraltro al momento dell'elezione lavorava nella Cancelleria della Corte)[33].

[32] D. Kosař, *op. cit.*

[33] Tra i giudici eletti "trentenni" ricordiamo i casi di Albania (Kristaq Traja, eletto a 33 anni, 1998-2008), Lituania (Danutė Jociene, eletto a 34 anni, 2004-2013), Lettonia (Ineta Zimele, eletta a 35 anni 2005-2014), Georgia (Nona Tsotsoria, 34 anni, 2007-2016), Albania (Ledi Bianku, 36 anni, 2008- 2017), San Marino (Kristina Pardalos, 36 anni, 2009- 2018), Ucraina (Ganna Yudkivska, 36 anni, 2010-), and Estonia (Julia Laffranque, 36, anni, 2011-). Il caso del giudice ucraino (di cui riferisce D. Kosař, *op. cit.*) ha posto a tema le possibili problematiche connesse con l'elezione di giudici particolarmente giovani, ma tale caso in realtà era molto più complesso e riguardava il ritiro della *short list* presentata a causa del ritiro, per motivi personali, di un candidato. L'APCE chiedeva che l'Ucraina procedesse a sostituire solo il nominativo della persona che si era ritirata, mentre il governo ucraino insisteva a voler procedere alla presentazione di una nuova lista. Tale disputa arrivò avanti alla Corte EDU che rese il suo parere a favore dell'APCE. In proposito si veda: *Advisory*

La questione dell'età minima, su cui anche l'APCE e l'*Advisory Panel* si sono espressi[34], non pare secondaria in quanto basata sul presupposto, condivisibile, che i giudici devono avere una sufficiente esperienza e saggezza per potersi destreggiare con questioni legali complesse e perché (argomento questo ancor più pregnante) i loro giudizi possano godere di un'autorevolezza sufficiente anche agli occhi delle Corti costituzionali, governi, parlamenti e in generale tutti gli interlocutori istituzionali nazionali. Per tale ragione la scelta di giudici che per età anagrafica non potrebbero rivestire le più alte funzioni giurisdizionali nella maggior parte degli ordinamenti[35], potrebbe indebolire la considerazione esterna della Corte e, pertanto, dovrebbe essere attentamente soppesata, soprattutto se sia possibile trovare, a parità degli altri requisiti, soggetti che siano anagraficamente più maturi.

Simili considerazioni non devono però portare a preferire solo soggetti appartenenti ad una unica fascia anagrafica (elevata e vicina ai limiti massimi). In realtà la differenza di età tra i giudici può essere un fattore positivo capace di arricchire il dibattito e rappresentare in maniera migliore la società civile nel suo complesso. Inoltre, non si può non considerare che in alcuni Stati (specialmente nell'Europa dell'Est) esistono problemi oggettivi (storico-culturali) che spingono a preferire candidati in età relativamente giovane, espressione di una nuova generazione di giuristi liberi da legami con i precedenti regimi, maggiormente "europei" e con maggiori competenze linguistiche[36].

Guardando all'attuale composizione della Corte, comunque, il criterio anagrafico non pare oggi costituire un elemento di particolare

opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights (No. 2), 22 gennaio 2010.

[34] Si vedano in particolare i seguenti documenti: Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Need to reinforce the independence of the European Court of Human Rights*, AS/Jur (2013) 34, del 12 novembre 2013, ed ivi in particolare par. 25; CDDH, *Report on the review of the functioning of the Advisory Panel of experts on candidates for election as judge to the European Court of Human Rights*, CDDH (2013) R 79 Addendum II, del 29 novembre 2013.

[35] Si consideri, che l'età minima che viene comunemente posta come criterio per la scelta di giudici costituzionali è di 40 anni. Tale termine di paragone appare naturale sia perché le Corti costituzionali rappresentano, in una certa misura, l'equivalente a livello nazionale della Corte EDU (si veda D. Kosař, *op. cit.*) sia perché quasi tutti i criteri selettivi sono in larga misura mutuati proprio dai meccanismi di selezione dei giudici costituzionali.

[36] Sul punto in particolare J. Malenovsky, *op. cit.*

criticità. Infatti, l'età media dei 47 giudici componenti la Corte è di 57 anni. Ad eccezione del giudice turco (classe 1983) non siedono in Corte giudici di età inferiore ai quarant'anni né giudici di età uguale o superiore ai settant'anni di età. Le nomine degli ultimi due anni hanno generalmente dimostrato grande attenzione al requisito anagrafico con una netta prevalenza di soggetti in età compresa tra i cinquanta e i sessanta anni di età.

2.1.4 I criteri competenziali

Gli ultimi due criteri che qui si considerano attengono alle competenze legali in materia di diritto nazionale (a) e di diritto pubblico internazionale (b).

Quanto al criterio della conoscenza del diritto nazionale, esso pare forse secondario, ma ancora una volta la prassi può aiutarci a comprenderne il peso e la problematicità ai fini del riconoscimento dell'autorevolezza della Corte EDU. Una conoscenza piena dell'ordinamento nazionale di provenienza permette al giudice di interagire con i propri colleghi spiegando loro come una data legge viene applicata in concreto, mostrandone le sfumature e aiutandoli a comprendere maggiormente il contesto giuridico e sociale in cui determinate scelte vengono operate e ad individuare le "sacche problematiche" in cui i diritti sono maggiormente compressi. La scelta di soggetti, pur di altissimo livello, privi di una connessione *attuale* con il proprio ordinamento può non rappresentare la migliore scelta possibile. Un esempio di quanto appena detto la fornisce l'elezione del giudice del Regno Unito, Paul Mahoney (2012-2016), il quale – dopo un breve periodo in cui aveva esercitato nel proprio Paese (periodo risalente agli anni '70) – aveva sempre e lungamente (per oltre 30 anni) lavorato a Strasburgo e Lussemburgo. Nonostante la grandissima ed indubitabile competenza di tale giudice, la sua elezione, come ovvio, non è stata accolta con particolare entusiasmo nel (di per sé scettico) Regno Unito che non ha riconosciuto in tale uomo un proprio giudice nazionale, ma l'espressione di un *élite* sovranazionale che non aveva mai servito per il proprio Paese e dunque implicitamente non era in grado di condividerne i valori profondi.

Tale esempio dimostra come il legame con l'ordinamento nazionale di provenienza sia particolarmente importante non solo da un punto di vista funzionale, ma anche della legittimazione della Corte di Strasburgo. E di ciò, almeno in teoria, pare essere cosciente Consiglio dei Ministri che ha sottolineato che «*candidates need to have a knowledge of the national legal system*» aggiungendo che un alto livello di conoscenza è da considerarsi un requisito implicito per i candidati e dovrebbe essere un criterio preferenziale nella scelta dei candidati nazionali, impregiudicati gli altri criteri[37].

Quanto invece alle competenze generali in diritto internazionale (da preferirsi anche a quelle specifiche in diritti umani) paiono di notevole importanza stante il fatto che la Corte EDU è, ad oggi, una corte *internazionale* dei diritti umani, che non manca di confrontarsi con temi spinosi di diritto internazionale relativi alla responsabilità internazionale degli Stati, all'implementazione delle Risoluzione dello United Nations Security Council, alla persecuzione di crimini di guerra, etc. Tale area competenziale, peraltro, sarebbe in grado di ampliare l'autorevolezza della Corte rispetto alle altre Corti internazionali (Corte internazionale di Giustizia, Corte dell'Aja etc.). Ancora una volta tale criterio, spesso sottovalutato e a cui né gli ordinamenti nazionali né l'APCE sembrano prestare la dovuta attenzione, trova il suo riconoscimento formale nell'ambito del Consiglio d'Europa solo nelle Guidelines, predisposte dal Comitato dei Ministri, sulla selezione dei candidati per il ruolo di giudice della Corte EDU redatte nel 2012 ed emendate nel 2014. Qui, al pari di quanto abbiamo visto per la competenza del diritto nazionale, si invitano gli Stati a ritenere la conoscenza del diritto pubblico internazionale come criterio implicito e a considerarlo a livello preferenziale nella selezione dei candidati nazionali, in presenza degli altri requisiti e a parità di merito tra candidati.

3. Il processo selettivo dal punto di vista nazionale: regole e prassi

[37] Vd. *Explanatory memorandum to the Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights*, 2012, in particolare par. 27.

È importante osservare che né il testo della Convenzione né l'APCE impongono agli Stati criteri procedurali rigidi per l'individuazione dei tre candidati da presentare al voto e sulla composizione di tali liste, eccezion fatta forse per la richiesta che le liste vengano presentate in ordine alfabetico (anziché in ordine preferenziale).

Le modalità di svolgimento della procedura selettiva nazionale sono dunque ampiamente discrezionali (anche se vi è una espressa preferenza per quelle procedure che prevedano una *call* aperta e pubblica) e gli Stati sono sostanzialmente liberi di identificare le specifiche modalità procedurali ritenute più idonee, che consentano di individuare i migliori candidati in possesso di requisiti adeguati per il ruolo nei termini sopra descritti. Tuttavia, pur nella possibile diversità procedurale, perché la lista di candidati sia successivamente accettata ai fini dell'elezione, è necessario che il procedimento di selezione nazionale «*reflects the principles of democratic procedure, trasparency and non-discrimination*»[38]; concetti questi saldamente radicati nello spirito della Convenzione e che di fatto indirizzano le scelte procedurali degli Stati verso quello che oggi è il modello maggiormente utilizzato e che – in estrema sintesi – segue lo schema qui riportato: avviso pubblico/una prima preselezione sulla base dei *curricula* degli aspiranti candidati che abbiano manifestato interesse alla posizione/ una successiva individuazione di tre candidati, sulla base di un colloquio.

Non si può non osservare, prima di addentrarci nello specifico delle procedure nazionali, come sia molto difficile (e in alcuni casi impossibile) dare piena evidenza di questa fase nazionale di selezione, in quanto la procedura non è caratterizzata da elementi di forte pubblicità, eccezion fatta per l'avviso pubblico di avvio della procedura di selezione dei candidati. La ricostruzione qui operata si basa pertanto sulle relazioni che accompagnano le *short lists* dei tre candidati e da altri documenti ufficiali (tra i quali *in primis* il documento redatto nel 2017 dalla *Committe of experts on the system of the European Convention on human rights*) disponibili sui siti dei governi nazionali o sul sito dell'APCE.

In circa 40 Stati il procedimento selettivo è condotto da una apposita Commissione, nominata generalmente *ad hoc*, composta da

[38] Risoluzione APCE n. 1646 (2009), par. 2.

persone appartenenti al Ministero della Giustizia o degli Affari esteri, a giudici delle Corti Supreme o a membri degli ordini professionali (avvocati) o ancora da accademici. Tali commissioni possono avere o il compito di selezionare direttamente i tre candidati da indicare nella *short-list*, scelta questa volta a far prevalere i requisiti tecnici e di merito su qualsiasi altra valutazione di ordine differente, ovvero di operare una prima scrematura delle candidature lasciando poi al potere politico la scelta finale, con il che mantenendo intatta (e maggiormente trasparente) quella duplice valutazione tecnica e politica che accompagna la composizione della *short-list* sulla quale l'APCE sarà poi chiamato ad esprimersi[39]. In circa 10 Stati (sui 40 che prevedono l'istituzione di una commissione *ad hoc*), la procedura di selezione ad opera della commissione di esperti non è bifasica (preselezione dei *curricula* e colloquio), ma su base prevalentemente documentale.

Anche in Italia (che pur non aveva fornito alcun dato alla *Committe of expert* e che quindi non è considerata nel *report* redatto nel 2017 e quindi non è ricompresa nel novero dei 40 Stati prima ricordati) si è aderito, nella recente esplicazione della procedura selettiva che ha portato all'elezione del giudice Raffaele Sabato, allo schema procedurale tipizzato sopra.

La selezione dei candidati svolta attraverso Commissioni di esperti a livello nazionale, unita al parere consultivo del *Panel* di esperti del Consiglio d'Europa, risponde all'esigenza di contemperare l'inevitabile "politicità" della scelta dei candidati con le necessarie considerazioni tecniche relative al possesso dei requisiti necessari al

[39] Il Regno Unito offre un esempio interessante in quanto nel corso delle ultime due procedure selettive (nel 2012 e nel 2016) ha utilizzato il Panel di esperti cui ha affidato la fase selettiva, con modalità differenti. Se nel 2012 l'apposita commissione non ha avuto il compito di comporre la *short list*, ma ha operato solo una prima scrematura delle candidature proponendo al *Lord Chancellor* una *long list* di dieci nominativi, durante l'ultima selezione prodromica all'elezione del giudice del Regno Unito, avvenuta nel 2016, la Commissione, dopo aver presentato al *Lord Chancellor* un report dettagliato con otto nominativi dei candidati che erano apparsi più meritevoli a seguito del colloquio, è stata incaricata di raccomandare solo i tre candidati da inserire nella short list definitiva. La procedura selettiva che ha interessato il Regno Unito nel 2016 è descritta analiticamente sia nel documento di accompagnamento alla *short list* pubblicato sul sito dell'Assemblea Parlamentare (*website-pace.net*) sia in alcuni documenti quali per esempio il Briefing Paper della House of Commons Library, n. 7589, A. Lang, *A New UK Judge for the European Court of Human Rights*, 7 giugno 2016.

possibile svolgimento della funzione giudiziaria presso la Corte di Strasburgo. Si rileva però che la tendenza prevalente pare essere quella di rendere sempre più tecnica la selezione nazionale, lasciando nell'alveo della politica solo la definitiva elezione da parte della APCE. Tuttavia, non ci si può non chiedere se tale traslazione totale della scelta a commissioni "tecniche" non debba in qualche misura essere contemperata con valutazioni politiche che maggiormente sono in grado di legittimare democraticamente i candidati selezionati.

Sempre in via generale, pare poi necessario svolgere qualche considerazione sul ruolo del *Panel* consultivo di esperti del Consiglio d'Europa, il cui compito è quello – come detto – di coadiuvare gli Stati nella definizione della *short-list* e di prevenire quindi, laddove possibile, il rigetto delle stesse da parte dell'APCE. Il parere reso ai governi nazionali in maniera riservata da tale *Panel* non limita la discrezionalità degli Stati che potranno comunque decidere di presentare al voto la lista dei candidati selezionati, anche nel caso in cui uno o più candidati siano stati oggetto di obiezioni. Questa decisione, comunque, sarà portata all'attenzione dell'Assemblea Parlamentare (sempre in maniera riservata). Nel caso in cui il *Panel* consultivo di esperti si pronunci negativamente su uno o più candidati, lo Stato potrà anche decidere (senza necessariamente riconvocare la Commissione nazionale o riavviare la procedura di selezione) di sostituire il nominativo contestato.

La descritta modalità procedurale pare volta (almeno in astratto) alla scelta dei migliori candidati e ad una maggior *trasparenza*, in contrapposizione ai tempi in cui le nomine dei giudici internazionali erano un affare diplomatico da decidersi "a porte chiuse"[40], tuttavia alcuni elementi di opacità permangono. Se infatti pubblico è l'avviso di selezione dei candidati e, al pari, l'atto di nomina della Commissione nazionale, nulla è possibile sapere sui lavori di tale Commissione (di cui generalmente non vengono pubblicati i verbali) né (salvo alcune eccezioni) sul numero totale di candidature pervenute o sulla qualità generale degli interessati a ricoprire tale posizione in sede nazionale, né tanto meno sui soggetti considerati nella *long-list* (laddove questa sia presente). L'assenza di tali dati, se da un lato pare comprensibile perché volta a proteggere l'autorevolezza del candidato che verrà successivamente eletto, rende difficile verificare in concreto

[40] A. von Bogdandy - C. Krenn, *op. cit.*

le scelte selettive e pare non essere pienamente in linea con le modifiche procedurali che si basano sull'idea della dichiarazione di interesse (e quindi della auto-candidatura) fatta a partire dall'avviso pubblico.

4. Il processo (s)elettivo dal lato del Consiglio d'Europa

La procedura (s)elettiva dei giudici della Corte EDU si conclude con la fase di elezione vera e propria che si svolge, come detto, a norma dell'art. 22 Cedu, avanti all'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, «*providing (judges) with democratic legitimacy*» che è coadiuvata nel suo compito da una apposita commissione (Commissione per l'elezione dei giudici della Corte europea dei diritti umani).

Una volta che l'APCE ha ricevuto la lista di candidati dallo Stato, l'apposita commissione (dotata di competenze legali e composta da 20 membri)[41] procede a sentire personalmente i candidati della lista e a valutare i *curricula* (che devono essere redatti secondo un formato standardizzato) al fine di verificare se tutti i candidati sono sufficientemente idonei a ricoprire la posizione di giudice. Le audizioni sono rigidamente proceduralizzate: esse durano all'incirca 30 minuti e non più di 5 minuti devono essere dedicati alla "autopresentazione" della candidatura. I membri della Commissione possono porre ai candidati qualsiasi domanda, compresi eventuali chiarimenti sul *curriculum*. Dopo aver sentito tutti e tre i candidati la Commissione valuta preliminarmente se tutti i candidati siano in possesso dei requisiti necessari e, nel caso in cui tale valutazione abbia esito positivo, elabora le proprie raccomandazioni. Tali raccomandazioni possono essere di vario genere: se tutti i candidati sono ritenuti sufficientemente idonei, la Commissione potrà esprimere la propria preferenza su (o sui) candidati che ritiene preferibili (tale decisione è assunta con votazioni a scrutinio segreto), ma qualora diversamente ritenga che la lista contenga candidati non

[41] La commissione per l'elezione dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo è composta da 20 membri effettivi e 20 membri supplenti nominati dal Bureau dell'Assemblea Parlamentare sulla base delle proposte dei cinque gruppi politici. Si aggiungono a tale composizione due membri di diritto. Il quorum di validità è fissato in 1/3 dei componenti.

idonei, inviterà l'Assemblea Parlamentare a rigettare l'intera lista (tale raccomandazione deve essere assunta a maggioranza dei 2/3 dei membri che possono votare), cosa questa che obbliga i governi nazionali a proporre una nuova lista di nominativi.

È importante osservare che è necessario che tutti i candidati presentati siano *sufficientemente idonei* alla posizione perché si possa procedere alla successiva fase elettiva. Infatti, diversamente, gli Stati potrebbero cercare di aggirare l'essenziale regola di co-decisione nel processo di (s)elezione del giudice, presentando una lista con un solo candidato idoneo che dunque verrebbe eletto, senza l'esercizio di alcuna reale scelta da parte dell'APCE.

In realtà, se è vero che basterebbe un candidato inidoneo ad invalidare la lista, non vi sono sufficienti evidenze del fatto che a fronte di un solo candidato non sufficientemente idoneo la Commissione abbia sempre invitato l'APCE al rigetto della lista.

L'Assemblea, comunque, non è certo vincolata dalle raccomandazioni della Commissione, ma di certo ne è riconosciuta la sua autorevolezza (anche per il carattere "professionale" della sua composizione) dato che dall'aprile 2011 al settembre 2018 si stima che l'APCE abbia seguito le raccomandazioni della Commissione nel 94.4% dei casi. [42]

Quando l'APCE non rigetta la lista di candidati presentata si procede ad un primo turno di votazioni (fissato il martedì) a scrutinio segreto: se uno dei candidati ottiene la maggioranza assoluta dei voti espressi, viene dichiarato giudice. Diversamente, si procederà ad un secondo turno di votazioni (il mercoledì) e in questo caso, per essere eletti giudice, sarà sufficiente la maggioranza relativa.

Il caso della assai lunga procedura per l'elezione del giudice albanese (iniziata a metà del 2016 e giunta al suo epilogo nell'ottobre del 2018, con l'elezione dell'attuale giudice Darian Pavli) si offre come un interessante spunto di riflessione. È bene chiarire però, e questo pare un punto di particolare importanza, che la ricostruzione delle vicende è tutt'altro che agevole, mancando documenti ufficiali, fatta eccezione per i laconici comunicati con cui le *short-list* proposte dal governo albanese sono state rigettate per ben due volte.[43] Tuttavia è

[42] Vedi Report Commissione per l'elezione dei giudici della Corte europea dei diritti umani del 27 settembre 2018.

[43] In particolare nel doc. n. 14150 Add. II del 6 ottobre 2016 si legge: «*The Committee recommends to the Assembly to reject the list in view of the national selection procedure*

verosimile ritenere, benché la fonte di tale informazione provenga da un organo di stampa,[44] che i problemi, inespressi, alla base della difficile procedura di selezione del giudice di Strasburgo siano legati in larga parte a problemi di carattere politico (collegati all'annoso tema delle compensazioni delle proprietà confiscate) e alle pressioni che potrebbero essere state esercitate nei confronti del giudice albanese uscente Bianku. L'Assemblea parlamentare, e questo è un dato positivo, ha mostrato, attraverso i due rigetti, la centralità del suo ruolo nel processo (s)elettivo e ha cercato di mantenere la barra del timone orientata verso il raggiungimento della piena indipendenza dei giudici eletti, rigettando quindi le liste che in qualche misura non erano in grado di soddisfare tale primario obiettivo o perché formulate attraverso procedure opache o perché contenenti nominativi di persone prive dei necessari criteri qualitativi. Al contempo, tali rigetti hanno messo in luce anche la centralità dell'elemento di valutazione politica che sta alla base di alcuni rigetti (e che in altri casi permette di valutare con maggior accondiscendenza le *short-list* presentate), stante il fatto che la maggior parte dei criteri qualitativi e procedurali discendono da strumenti non giuridicamente vincolanti.

Tuttavia, se una critica può essere fatta proprio partendo dalle vicende cui si è accennato, ma ragionando in termini generali, essa è legata proprio alla mancanza di informazioni chiare e trasparenti che permettano di andare oltre la superficie formale del rigetto. Se da un lato la tendenza complessiva pare quella di rendere l'intera procedura (s)elettiva sempre maggiormente ancorata a valutazioni "tecniche" piuttosto che politiche, pare evidente che la politicità intrinseca di alcune valutazioni manca di quella trasparenza necessaria, facendo sembrare che ciò che è politico debba essere per forza opaco. Cosa

not being in line with the standards required by the Assembly and the Committee of Ministers». L'Assemblea parlamentare ha rigettato la lista in data 11 ottobre 2016. Nel doc. n. 14289 Add. 2 del 13 aprile 2017 si legge: «*As not all candidates are sufficiently well qualified, the Committee recommends that the list be rejected by the Assembly and that the Government of Albania be requested to submit a new list of candidates*». L'Assemblea Parlamentare, facendo proprie tali considerazioni ha rigettato la short-list in data 25 aprile 2017. Entrambi i documenti qui richiamati sono disponibili online sul sito dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

[44] Notizie in merito alle vicende politiche che sono alla base dei rigetti delle *short-list* presentate dal governo albanese sono riportate dal sito web Exit-explaining Albania.

questa che invece non è, a meno di non considerare il termine politico come antitetico rispetto a imparziale, autonomo o indipendente. Le considerazioni appena svolte paiono quindi evidenziare una distonia tra l'immagine di una Corte, quale quella di Strasburgo, che molto investe sulla propria immagine e che rende accessibili a chi lo voglia anche le proprie udienze, e una procedura (s)elettiva che presenta ancora alcuni elementi di opacità o che comunque non è resa pubblicamente fruibile in tutte le sue fasi.

Se davvero *chi* diviene giudice (e *come*) sono delle questioni nevralgiche per la valutazione della Corte come istituzione e – come già detto – della *long-term effectiveness*, allora, forse sarebbe necessario uno sforzo ancor maggiore nella direzione della trasparenza e della pubblicità al fine di realizzare una piena *democratic legitimacy* dei giudici di Strasburgo.

5. Epilogo

Il quadro sin qui delineato ci permette di svolgere alcune considerazioni conclusive osservando come la procedura di (s)elezione dei giudici della Corte di Strasburgo sia certo migliorata nel corso degli anni e sia maggiormente volta alla trasparenza e alla (s)elezione dei (migliori) candidati in possesso di requisiti professionali che li rendono di certo adeguati al ruolo. Certo, come evidenziato, non mancano spazi di ulteriore miglioramento volti specialmente a rendere maggiormente trasparente sia la fase nazionale di selezione che quella di elezione da parte dell'APCE e maggiormente efficace l'intervento del *Panel* consultivo di esperti del Consiglio d'Europa (cosa questa che potrebbe evitare il rigetto delle liste di candidati da parte dell'APCE, con conseguenti lungaggini procedurali). E forse potrebbe ipotizzarsi che le audizioni davanti alla commissione competente dell'APCE non siano secretate, ma rispondano (sul modello di quanto avviene per gli *hearings* statunitensi) a quel criterio di pubblicità (aperta anche al dibattito pubblico) che ben si adatterebbe ad una Corte che ormai apre le porte senza riserve al pubblico (pensiamo alla accessibilità anche tramite internet delle pubbliche udienze).

Ciò che però ancora rimane irrisolto, e forse non potrebbe essere diversamente, non attiene dunque al *come* vengono selezionati i

giudici di Strasburgo, ma a *chi* viene selezionato per tale posizione. Le modifiche sin qui proposte sono modifiche procedurali e i criteri che vengono verificati sono meramente competenziali. Certo sappiamo che il candidato ideale alla posizione di giudice deve parlare fluentemente almeno una lingua ufficiale (o meglio essere bilingue), avere una certa maturità (quantomeno anagrafica), dovrebbe preferibilmente essere collegato al proprio contesto nazionale e conoscerne appieno il sistema legale, dovrebbe avere competenze in materia di diritto pubblico internazionale. Ma questo nulla ci dice sulla sua personalità e sulla sua capacità di essere autorevole interprete anche delle esigenze della società, cui in base al suo ruolo deve dare una risposta. Ed è proprio questo elemento che dovrebbe far riflettere sulla tendenza di marginalizzare sempre più la scelta politica a favore della scelta tecnica: è nel contemperamento delle due e nella ricerca di trasparenza anche nell'alveo delle scelte politiche che si selezionano, probabilmente, i giudici migliori, dando anche risalto a "quell'alta considerazione morale" che oggi rimane sullo sfondo.

La questione non è quella di cercare di selezionare il mitologico "giudice Ercole" elaborato da Dworking, capace di interpretare il diritto alla luce di una visione più ampia della giustizia, ma quella (certo non meno alta) di selezionare un giudice capace di essere, oltre che tecnicamente competente, un autorevole interprete del proprio tempo e dello Stato da cui proviene, pienamente indipendente da pressioni esterne ed interne, ma al contempo capace di comunicare efficacemente con le Istituzioni nazionali. Nessuna modifica procedurale può darci la certezza di selezionare tale candidato, ma di certo, dobbiamo osservare, giudici con tali caratteristiche già siedono alla Corte.

***

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

ABSTRACT: A central challenge for the long-term effectiveness of the Convention system is to ensure that the judges enjoy the highest authority and the public trust both at the national and international levels. Therefore, the Council of Europe has implemented a series of reforms over the last two decades to improve the quality of the candidates and, at the same time, the transparency of the procedure. The paper aims to offer a comprehensive approach to the (s)election of the European Court of Human Rights judges, including the selections criteria.

KEYWORDS: judges - selection procedure - election process - selection criteria - independence

***

Alessandra Osti – Ricercatrice a tempo determinato in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano (alessandra.osti@unimi.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Le corti e il diritto degli indigeni alla terra ancestrale: un'analisi comparata della giurisprudenza tra dialogo, mimesi e specialità*

Paola Pannia

SOMMARIO: 1. Premessa: il *Southern turn* del diritto costituzionale comparato – 2. Il dialogo giudiziale e le altre metafore del diritto comparato: la cornice teorica dello studio – 3. Come le corti rispondono alle istanze delle popolazioni indigene sul diritto alla terra ancestrale: una comparazione tra linee argomentative – 4. Una conversazione feconda, tra armonizzazione e diversità: l'ipotesi di un *African way* – 4.1. La giurisprudenza australiana e canadese: un approccio formalistico e stato-centrico – 4.2. Le Corti africane, lo status del diritto tradizionale e la questione indigena come questione strutturale – 5. Conclusioni.

1. Premessa: il *Southern turn* del diritto costituzionale comparato

Questo contributo mira ad analizzare le decisioni sul diritto alla terra ancestrale delle popolazioni indigene recentemente rese da alcune corti africane (nello specifico, dalle Corti Costituzionali dell'Uganda e del Sudafrica e dalla High Court del Botswana), mettendole a confronto con le sentenze emesse sullo stesso tema dalla Supreme Court canadese e dalla High Court australiana. Investite dei casi aventi ad oggetto i diritti delle popolazioni indigene, le corti africane, infatti, hanno richiamato le precedenti decisioni dei colleghi australiani e canadesi, e, in certa misura, preso in prestito il ragionamento da questi condotto su *claim* del medesimo tenore. Queste influenze, i tempi e le modalità in cui si sono realizzate costituiscono un primo oggetto dello studio. Occorre, tuttavia, chiedersi al contempo se esistano delle differenze, una specificità degli argomenti utilizzati dalle corti africane, se esista in altre parole, un

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

African way[1] di dirimere questo tipo di controversie e, se sì, quali siano i fattori sottostanti a questo approccio.

Uno studio di questo tipo si colloca nel solco del movimento noto come «*Southern turn in comparative constitutional law*» che raccoglie sempre maggiori adesioni nel recente dibattito comparatistico[2]. Il risultato promesso non coincide tanto con la necessità che il comparatista espanda i suoi orizzonti verso regioni ed esperienze costituzionali finora poco esplorate. Il beneficio più importante che ne deriva è dato, piuttosto, da una svolta – invocata invero già da molti e già da tempo[3] – di tipo metodologico. Da questo punto di vista, infatti, convogliare gli sforzi analitici degli studiosi verso i territori concepiti come «*global South*» consente non solo di osservare «*a distinct constitutional experience, but also an epistemic, methodological and*

[1] L'espressione non intende ignorare le profonde differenze che, a vari livelli, attraversano il continente. Resta ferma la lezione di Woodman, che evidenzia la necessità di parlare di «Afriche»: G. R. Woodman, *A survey of customary laws in Africa in search of lessons for the future*, in J. Fenrich et al. (eds.), *The future of African customary law,* Cambridge, 2010, p. 10.

[2] Come evidenziato da D. Amirante, *Oltre la tradizione giuridica occidentale: questioni e problemi dei sistemi normativi in "Eur-Asia" e Africa*, in *DPCE Online*, Vol. 50 N. Sp., 2022. Merita richiamare anche le monografie citate in questo articolo, a testimoniare lo sviluppo conosciuto in tal senso dalla dottrina italiana di diritto pubblico comparato: P. Viola, *Costituzionalismo autoctono. Pluralismo culturale e trapianti giuridici nel subcontinente indiano*, Bologna, 2020; S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019; M.C. Locchi, *La disciplina giuridica dei partiti a orientamento religioso*, Torino, 2018; M. Nicolini, *L'altra law of the land. La famiglia giuridica "mista" dell'Africa australe*, Bologna, 2016; S. Bagni, *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013.

[3] Tra gli autori che sollecitano l'estensione geografica del campo di osservazione, necessariamente combinata ad una consapevolezza metodologica, informata al pluralismo e alla flessibilità, si veda, tra gli altri, G. F. Ferrari (cur.), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, 2010; D. Amirante, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, Bononia, 2015, che invoca un approccio «innovativo» (p. 15); T. Amico di Meane, *Metodologia e diritto comparato alla ricerca della "creatività". Verso un approccio flessibile*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, v.10, 2019, p. 165. Con riferimento alle innumerevoli connessioni tra diritto e confini geografici, si veda M. Nicolini, *Borders: A Cross-Disciplinary Journey Through Non-Legal Lexicon*, in *Stals Research Paper* 1/2021.

institutional approach to doing comparative law»[4]. Seguendo questi spunti, dunque, è possibile guardare alle nazioni tradizionalmente considerate sud del mondo come fucina creativa, da cui apprendere un modo diverso di rispondere alle richieste di giustizia di volta in volta presentate, ma anche come «*alternative lens to understand the world*»[5], dunque come un utile espediente riflessivo e autoriflessivo. Il contatto con nuove categorie epistemiche e giuridiche e la loro analisi è funzionale a ragionare sulle esperienze (giuridiche e non solo) sia del sud che del nord del mondo e a mettere in discussione le ipoteche concettuali (come l'ermeneutica formale, la concezione individualistica del soggetto giuridico o la centralità del paradigma territoriale) che gravano sul discorso, le idee e la riflessione dominante nel diritto occidentale[6].

L'approccio metodologico appena prospettato sarà testato sul caso specifico del diritto alla terra ancestrale, un'istanza che le popolazioni indigene hanno rivendicato dinanzi a numerose corti del mondo. A dispetto dell'immaginario tradizionale, il c.d. sud del mondo non rappresenta l'unica terra d'elezione per lo studio del colonialismo, delle popolazioni indigene e delle loro rivendicazioni. Alcuni *leading cases* in materia di diritto alla terra ancestrale delle popolazioni indigene, infatti, sono il frutto del lavoro delle corti di altre aree del pianeta, tradizionalmente etichettate come *global North*.

La questione del diritto alla terra ancestrale delle popolazioni indigene rappresenta un terreno particolarmente fecondo per lo studio della circolazione dei precedenti giurisprudenziali tra le corti

[4] P. Dann - M. Riegner, - M. Bönnemann, *The Southern Turn in Comparative Constitutional Law. An Introduction*, in P. Dann - M. Riegner, - M. Bönnemann (eds.) *The Global South and Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2020, p. 28.

[5] Ivi, p. 13, ma si veda anche M. Nicolini, *Disengaging Africa from the Colonial Syndrome: per una sistemologia oltre Finisterrae*, in *DPCE*, 2018, p. 489 ss., che esplora il mutamento di prospettiva che spetta al comparatista «nella lettura dei fenomeni giuridici collocati *oltre Finisterrae*» (p. 491).

[6] Sul punto, diffusamente, D. Amirante, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente"*, in *DPCE*, 1, 2015, p. 1 ss. L'autore richiama Menski per evidenziare come «per ragioni storiche i sistemi giuridici dell'Asia e dell'Africa, assieme ad altri sistemi non-occidentali, appaino intrinsecamente più adatti dei sistemi giuridici e dei giuristi occidentali ad affrontare le sfide intellettuali e pratiche del diritto comparato e del pluralismo giuridico» (W. Menski, *Beyond Europe*, in E. Örücü - D. Nelken (eds.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford, 1997, p. 189).

nazionali. A giustificare questa scelta interviene il carattere trasversale del diritto di cui si discute, stante l'interconnessione che esso presenta con un'ampia gamma di diritti. Qualificare l'istanza rivendicata dalle popolazioni indigene come diritto proprietario, infatti, è riduttivo, dato il collegamento che il diritto alla terra ancestrale presenta con il diritto di non discriminazione, il diritto alla tutela e promozione della propria cultura e della propria identità culturale, ma anche con una fitta rete di diritti sociali ed economici[7]. Anche alla luce di queste interconnessioni, il diritto alla terra ancestrale può essere pacificamente annoverato tra i diritti fondamentali, ponendosi, così, quale viatico per eccellenza della circolazione di precedenti. La tutela apprestata a livello internazionale e regionale a questi diritti, infatti, permette e facilita la mutuazione di ragionamenti e decisioni già elaborati e resi altrove [8]. Nello stesso senso gioca la costituzionalizzazione dei diritti in questione. La circolazione dei precedenti, però, non avviene in un «vuoto» giuridico e culturale. Sebbene sia generata e promossa dalla consapevolezza di un *milieu* comune di valori e principi costituzionali, essa risente fortemente delle specificità dei contesti, non solo giuridici, che ospitano il riferimento giurisprudenziale straniero. È a questi episodi di ibridazione, a queste contaminazioni, e ai fattori che le innescano che questo studio intende rivolgere l'attenzione[9].

Sempre sul piano metodologico, la scelta di concentrare l'analisi sulla giurisprudenza delle corti africane da un lato, e canadese e australiana dall'altro, risponde alla logica dei «*most similar cases*» che ha

[7] La multidimensionalità del tema è ben evidenziata da numerose fonti, dottrinarie e non solo. Con riferimento al primo punto si veda ad esempio L. Wiersma, *Indigenous Lands as Cultural Property: A New Approach to Indigenous Land Claims*, in *Duke Law Journal,* 2005, p. 1061 ss., che collega direttamente il diritto alla terra delle popolazioni indigene alla loro sopravvivenza culturale, concettualizzando il *land claim* come *cultural propriety*. Rispetto al secondo punto, si veda tra gli altri, ad esempio l'African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR), *Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples? The African Commission's work on indigenous peoples in Africa*, 2006, reperibile all'indirizzo web *achpr.org*. Di questo profilo da atto anche la giurisprudenza qui analizzata.

[8] Per i riferimenti all'internazionalizzazione delle istanze indigene si veda J. Gilbert, *Historical indigenous peoples' land claims: a comparative and international approach to the common law doctrine on indigenous title*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, p. 583 ss.

[9] A questo vasto tema è dedicato il paragrafo 2 di questo contributo.

guidato la costruzione di questo studio comparato e l'analisi condotta[10]. Il primo denominatore comune che lega la storia di questi stati è rappresentato dalla presenza storica del colonizzatore inglese (sia pure con variabili differenti rispetto al periodo di riferimento, alle modalità, alla durata). Il secondo importante elemento comune è dato dall'impatto e dall'eredità della common law, che tutt'ora rappresenta in tutti gli stati coinvolti nella ricerca (sia pure con diverse sfumature e gradazioni) un importante fonte di produzione del diritto. Come è già stato ampiamente osservato, inoltre, questo fattore ha contribuito sensibilmente ad incoraggiare la citazione dei precedenti giudiziari stranieri, molto diffusa all'interno dell'area anglosassone[11]. Oltre ad appartenere all'anglosfera, infine, gli stati selezionati conoscono tutti una percentuale omogenea della presenza di popolazioni indigene sul proprio territorio che si assesta attorno ad un *range* compreso tra l'1 e il 4.9%[12]. Tuttavia, a dispetto di questi elementi affini, una sostanziale differenza caratterizza la cornice concettuale con cui giudici africani da un lato, e australiani e canadesi dall'altro, si dispongono di fronte alle istanze delle popolazioni indigene. Seguendo le sollecitazioni di Hirschl, questa ricerca si propone di superare l'esercizio descrittivo e tassonomico, per spingersi a spiegare le dinamiche che stanno alla base di questa differenza, avanzando delle ipotesi circa i rapporti

[10] R. Hirschl, *The question of case selection in comparative constitutional Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2005, p. 125 ss.

[11] A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extrasistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *DPCE*, 2007, p. 453 ss. Tra i vari fattori che promuovono questa prassi è possibile richiamare la lingua comune, il *Privy Council*, ma anche la presenza di norme costituzionali che esplicitamente fanno riferimento al diritto straniero quale criterio interpretativo facoltativo del Bill of Rights, come la *section* 39 della Costituzione sudafricana del 1996. Su questo e gli ulteriori fattori che contribuiscono a rendere le corti africane importanti attori del *judicial dialogue*, si veda M. Nicolini, *"When Southern African Courts Join Judicial Conversation": considerazioni introduttive ad una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale*, in E. Cukani et al., *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Napoli, 2015, p. 81 ss.

[12] Si veda in proposito IWGIA (The International Work Group for Indigenous Affairs), *The Indigenous World 2022*, 2022. In particolare, le percentuali di indigeni, suddivisi in gruppi diversi, che vivono nei paesi selezionati per questo studio sono le seguenti: in Australia il 3.3%, in Botswana il 3.14%, Canada il 4.9%, Sudafrica circa l'1%, Uganda circa il 2.5 %.

causa-effetto ad essa sottostanti[13]. A questo proposito, specifica attenzione sarà dedicata ad un'altra variabile, suscettibile di spiegare la differenza di approccio: lo *status* giuridico, concettuale e culturale riservato all'identità indigena e al diritto tradizionale all'interno dei diversi contesti qui analizzati. Infine, la ricerca si propone di arricchire la riflessione dottrinaria sui diritti delle popolazioni indigene ampliandone i confini geografici e l'apparato metodologico. Se finora gli studiosi si sono concentrati principalmente sull'America Latina (sul suo diritto costituzionale e sui modi in cui si sviluppa il ragionamento delle sue corti)[14], l'indagine qui si concentra invece sulla giurisprudenza delle corti africane analizzate attraverso la lente comparativa.

Il lavoro si articola in quattro parti. Il fenomeno del dialogo tra corti, che ben emerge nel caso studio individuato, sarà utilizzato nella prima parte quale cornice analitica privilegiata all'interno della quale iscrivere le dinamiche mimetiche che hanno coinvolto le corti africane alla prova dei diritti rivendicati dalle popolazioni indigene sulla terra ancestrale. La seconda parte si propone di analizzare come gli argomenti che hanno forgiato il discorso dei giudici canadesi e australiani siano poi migrati per essere utilizzati da corti geograficamente lontane alle prese con identiche domande. La convergenza degli orientamenti viene successivamente approfondita alla luce dello studio del *reasoning* adottato da ciascuna di queste corti. L'obiettivo è quello di catturare somiglianze e differenze di approccio tra le decisioni delle corti africane da un lato e delle corti canadese e australiana dall'altro, cogliendo la sollecitazione di chi invita ad esaminare i diversi contesti «tenendo conto delle loro peculiarità […]

[13] R. Hirschl, *The question of cases selection in comparative constitutional law*, cit., che aggiunge «[…] *the study of comparative constitutional law […] has, for the most part, fallen short of advancing knowledge through inference-oriented, controlled comparison*» (p. 126).

[14] Si vedano i lavori di S. Bagni, tra cui S. Bagni, *The indigenous concept of land in Andean constitutionalism*, in E. Fiocchi Malaspina, S. Tarozzi (eds.), *Historical Perspectives on Property and Land Law. An Interdisciplinary Dialogue on Methods and Research Approaches*, Madrid, 2019, p. 111 ss.; S. Baldin, S. De Vido, *Strumenti di gestione della diversità culturale dei popoli indigeni in America Latina: note sull'interculturalità*, in *DPCE Online*, 2019, p. 1305 ss. L. Lixinski, *Constitutionalism and the other: multiculturalism and indigeneity in selected Latin American countries*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2010, 235 ss.

ognuno influenzato da precise storie costituzionali».[15] Nell'analisi comparata emerge il ruolo chiave della costellazione di fonti che caratterizza il contesto africano e il rilievo che ivi i giudici attribuiscono al diritto consuetudinario. Le riflessioni conclusive sono volte ad osservare come il tema del diritto alla terra ancestrale delle popolazioni indigene consenta anche di sviluppare una riflessione sul ruolo delle Corti, nonché di sollecitare la trasposizione di quegli argomenti, di quelle categorie anche in altri contesti, e nella soluzione di altre questioni[16]. Per questa via, si arricchisce lo strumentario metodologico e si offrono spunti originali e inediti angoli prospettici attraverso cui risolvere nuovi e vecchi casi.

2. Il dialogo giudiziale e le altre metafore del diritto comparato: la cornice teorica dello studio

I fenomeni che vanno sotto la metafora del dialogo sono ben noti ai vari campi della dottrina giuridica[17]. Ben note sono pure le

[15] G. de Vergottini, *Il dialogo fra corti alle soglie del XXI secolo*, in *Lo stato*, 10, 2018, p. 367 ss.

[16] Per questo approccio, si veda già S. Bagni, *Back to the future: building harmony with nature in the European Union by learning from our ancestors*, in S. Baldin - S. De Vido (eds.), *Environmental Sustainability in the European Union: Socio-Legal Perspectives*, Trieste, 2020, pp. 77 ss. Si veda inoltre G. Poggeschi, *La proprietà come diritto dell'individuo e/o collettivo delle minoranze indigene nell'ottica del dialogo tra le corti*, in E. Cukani et al., *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, cit., p. 135 per un'analisi dell'impulso che potrebbe venire dalla Commissione interamericana dei diritti umani per lo sviluppo della giurisprudenza della Corte EDU nella protezione del diritto di proprietà delle popolazioni indigene.

[17] La letteratura sul punto, sia nazionale che internazionale, è sterminata. Si vedano, tra gli altri, i seguenti lavori: G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; F. Fontanelli - G. Martinico - P. Carrozza (eds.), *Shaping Rule of Law through Dialogue. International and Supranational Experiences*, Groningen, 2010; A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, 2004; A. Tzanakopoulos, *Judicial Dialogue as a Means of Interpretation*, in *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 71/2014;; T. Groppi, *Il ruolo delle corti nel controllo delle misure contro il terrorismo interazionale: verso un dialogo griurisprudenziale?*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2010, p. 1 ss.; L. Pegoraro, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna, 2007; G. F. Ferrari – A. Gambaro (curr.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006 M.C. Ponthoreau, *Le recours à l'argument de droit*

ambiguità e la natura polisemica della nozione, evidenziate da numerosi autori che su queste basi hanno contestato l'utilità (euristica e non solo) del concetto. Il dialogo tra corti si presenta, infatti, come un ombrello concettuale estremamente ampio, che ingloba al suo interno una molteplicità di dinamiche, configurazioni, obiettivi e implicazioni. Peraltro, spesso gli studiosi mancano di prestare la dovuta attenzione al profilo definitorio. Il concetto di dialogo, così, entra nel linguaggio giuridico nella sua accezione a-tecnica, di senso comune, presentando tutte le criticità dell'utilizzo del linguaggio figurato da parte dei giuristi: sebbene garantisca sicuro e immediato effetto, esso porta con sé l'inevitabile rischio della genericità, della fumosità e, dunque, del fraintendimento[18].

La difficoltà di attribuire al termine un significato univoco e certo, combinata all'incuria definitoria, ha complicato l'esercizio tassonomico, utile ad individuare linee comuni e differenze sia con riferimento all'accezione del termine di volta in volta adottata che alle funzioni ad esso variamente attribuite. Invero, proprio la dimensione funzionale è quella più spesso utilizzata a fini classificatori. Vi è, così, ad esempio, chi distingue tra dialogo come conversazione – che si realizza al netto da uno scopo preciso – e il dialogo come deliberazione, che invece si svolge al fine di ottenere un particolare risultato, di raggiungere un approdo comune[19]. Gli studiosi si dividono poi, rispetto al potenziale strategico del dialogo. Alcuni ne

comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théorique et techniques, in F. Melin-Soucramanien (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005, p. 168 s.

[18] G. de Vergottini, *Il dialogo fra corti alle soglie del XXI secolo*, cit., F. Biondi, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 18, 2019, p. 1 ss. A. Ruggeri, *Il "dialogo" tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente* bonne à tout faire, in *Consulta online*, 2021, p. 666 ss. Si vedano pure le acute osservazioni di E. Örücü, *Law as Transposition*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2002, p. 205 ss. L'autrice fa riferimento ad un'ampia gamma di termini immaginifici usati nel diritto comparato, quali «*grafting, implantation, re-potting and cross-fertilisation*» e ancora evidenzia «*New notions and bases for analysis are being developed such as collective colonisation, contaminants, legal irritants, layered-law, hyphenated-law and competition of legal systems. Images such as 'contamination', 'inoculation', 'irritation', and 'infiltration' are all appropriate in describing present day encounters, and the terms 'reception', 'imposed reception' and 'concerted parallel development', activities*» (p. 207).

[19] L. B. Tremblay, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 617 ss.; M. Claes – M. de Visser, *Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Network*, in *Utrecht Law Review*, 2012, p. 100 ss.

esaltano la capacità armonizzatrice rispetto alla costruzione di standard comuni per i diritti umani, o, più in generale, lo vedono come un espediente di successo dinanzi al problema della frammentazione del diritto o come uno strumento di *empowerment* dei sistemi democratici a fronte della minaccia proveniente dai movimenti di globalizzazione; c'è chi, invece, solleva più di una perplessità in proposito[20].

Vi è poi chi traccia una linea di demarcazione tra i casi di dialogo diretto e i casi di dialogo indiretto e tra i casi di interazione necessitata e facoltativa. Muovendo da queste considerazioni, afferenti allo specifico atteggiarsi del dialogo, ricondotto alternativamente a fattori culturali o istituzionali, è stata fatta derivare una precisazione terminologica dirimente. Occorrerebbe, in particolare, tenere separate le ipotesi di interazione tra giudici appartenenti a diversi ordinamenti (nello specifico, corti sovranazionali e corti nazionali), funzionale a favorire l'armonizzazione interpretativa e a costruire uno spazio giuridico e culturale comune, dalle ipotesi di mero richiamo a precedenti stranieri, che assolvono ad altri obiettivi, quali il rafforzamento della forza persuasiva del *reasoning* espresso o la valorizzazione delle peculiarità del diritto interno. Solo nel primo caso sarebbe corretto parlare di dialogo. Nelle altre ipotesi, sarebbe opportuno usare, piuttosto, la differente dizione di «influenza culturale», anche perchè mancherebbe il carattere distintivo della nozione di dialogo, ovvero la bidirezionalità[21].

[20] È possibile annoverare nel primo gruppo, autori come A.M. Slaughter, *A New World Order*, cit.; E. Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts*, in *The American Journal of International Law*, 2008, p. 241; M. Papaioannou, *Harmonization of international human rights law through judicial dialogue: the indigenous rights' paradigm*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law,* 2014, p. 1037. Tra le voci critiche, si veda invece D. S. Law – W. Chen Chang, *The Limits of Global Judicial Dialogue*, in *Washington Law Review*, 2011, p. 523 ss. e, rispetto al "dialogo" tra corti afferenti ad ordinamenti dfferenti si vedano, tra gli altri, J.de Poorter – R. van Gestel, *In the Court We Trust: Cooperation, Coordination and Collaboration between the ECJ and Supreme Administrative Courts*, Cambridge, 2019.

[21] G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit., p. 18 ss.

Come è stato altresì osservato, tuttavia, in un mondo di pervasiva, incessante e stratificata contaminazione,[22] distinguere in modo così netto tra fattori istituzionali e fattori culturali rischia di trascurare l'interconnessione e la molteplicità delle dinamiche che informano l'esercizio comparativo e l'attitudine dialogica delle corti. Così, ad esempio, è possibile osservare come anche la mera citazione di precedenti stranieri può essere percepita dai giudici costituzionali nazionali come un «obbligo naturale», necessario ad offrire il proprio contributo al dibattito giudiziale europeo e internazionale sui diritti[23]. Sebbene il richiamo a precedenti stranieri non avvenga in questi casi per rispondere a vincoli ordinamentali, tuttavia, sarebbe riduttivo ricondurre questo fenomeno a circostanze di natura meramente culturale. Intervengono, infatti, anche profili di natura istituzionale, dove il dialogo tra corti diventa strumento di «governo» e di auto-legittimazione da parte di specifiche *law-making elite*[24]. Nello specifico, e con particolare riferimento ai giudici, l'interesse e la partecipazione crescente da parte delle corti ad un dibattito collettivo serve ad enfatizzare l'appartenenza ad una «*global community of courts*»[25], che attinge ad un patrimonio comune di principi e valori costituzionali. Contestualmente, per questa strada, l'interazione reciproca tra corti serve ai giudici a capeggiare, all'interno del proprio sistema istituzionale, il movimento di adesione al gruppo degli ordinamenti democratici e la contestuale emancipazione dal vecchio sistema

[22] Sul punto, tra gli altri, P.G. Monateri, *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures (Borrowing of Legal and Political Forms)*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2003, p. 575 ss., che afferma: «*the history of law is characterized by a prodigious amount of borrowings*» e ancora «*the history of a legal system is largely a history of legal material borrowed from other legal systems. I think that this is a perfect statement of a critical view of the law and of legal tradition*». Nello stesso senso pure Sacco, che fa riferimento al fatto che nelle riforme legislative le operazioni cruciali sono l'imitazione e la presa in prestito, mentre l'innovazione è un atto raro. Così in R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 395, pure p. 397 ss. Si veda pure E. Örücü, *Law as Transposition*, cit., che afferma «*all is a process of transposition, tuning and fitting. The movement of legal institutions and ideas is trans-border and such transmigration is a natural legal development. This is both a historical and present fact and the future will see more of it*», p. 205.

[23] La citazione si rinviene in A.M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, p. 195.

[24] P.G. Monateri, *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures*, cit., parla di «*legal elites*» e «*law-making elite*».

[25] A.M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, cit.

politico e giuridico. Questi due aspetti, peraltro, sono interconnessi e si nutrono l'uno l'altro, contribuendo a disegnare un nuovo ruolo dei giudici nelle dinamiche istituzionali a livello nazionale e globale[26].

Parimenti, nei dialoghi tra le corti nazionali e le corti sovranazionali, l'elemento istituzionale non è l'unico presente, dal momento che intervengono altre considerazioni, afferenti, ad esempio, all'evoluzione che ha subito l'attività interpretativa e la (auto)rappresentazione del potere giudiziario, soprattutto al cospetto dell'azione legislativa.

Alla luce di queste considerazioni, prima di entrare nel vivo dell'analisi, alcune precisazioni preliminari sono necessarie. Innanzitutto, per ciò che concerne il profilo definitorio, si sceglie qui di adottare una nozione di dialogo in senso lato, che coincide con le operazioni di interazione (anche unidirezionali, e dunque non necessariamente reciproche) poste in essere dalle Corti. Ciò che più interessa, infatti, ai fini dello studio – in equilibrio tra le opposte tensioni alla valorizzazione dello *ius commune* da un lato e alla diversità dall'altro – è analizzare come i giudici partecipino al dibattito collettivo sui diritti e come, in che misura, e con quali conseguenze, il riferimento ai precedenti stranieri risenta dello specifico contesto in cui la corte si trovi ad operare. In questa analisi, dunque, non mancheranno i riferimenti al sistema giuridico e al testo costituzionale, nonché al contesto storico e culturale che caratterizza il «dire il diritto» delle corti analizzate. Saranno inoltre esplorate l'influenza esercitata dalla letteratura scientifica e dal diritto internazionale. Infine, si evidenzieranno le dinamiche istituzionali che, nel rapporto con altri poteri, possono influenzare le decisioni selezionate.

Lo studio consentirà, così, di sondare il rapporto che viene ad intrecciarsi tra il concetto di dialogo e quello di utilizzo del diritto comparato, e nello specifico, di citazione dei precedenti

[26] A. Sperti, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, p. 153. Sul tema, riferimento immancabile, è R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (MA), 2004. Con impostazioni differenti, si veda S.Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; T. Nagel, *E' possibile una giustizia globale?*, Roma-Bari, 2009; J. Allard – A. Garapon, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto*, Macerata, 2006.

giurisprudenziali stranieri da parte delle corti nazionali, nelle decisioni e nel *reasoning* delle corti di diverse regioni del mondo. In questo contesto, l'approccio comparato risulta cruciale perché permette di osservare e comprendere come queste interazioni si sono realizzate, come la trasmissione di istituti e di discorsi giuridici è stata messa in atto, come la mutuazione di argomenti e decisioni già confezionate da giudici stranieri è avvenuta, da quali ragioni è stata supportata, quali sono stati i criteri che ne hanno dettato la selezione, e ne hanno decretato, successivamente, il successo o il fallimento all'interno del sistema giuridico «di accoglienza». La prospettiva comparata ha la missione di mettere a fuoco questi meccanismi, di decostruirli per cogliere le strategie di *meaning-production* ad essi sottostanti[27].

Muovendo da queste premesse, ci si appresta dunque ad analizzare il *reasoning* e ad osservare la circolazione dei precedenti giurisprudenziali tra le corti analizzate, in materia di diritto delle popolazioni indigene alla terra ancestrale.

3. Come le corti rispondono alle istanze delle popolazioni indigene sul diritto alla terra ancestrale: una comparazione tra linee argomentative

L'analisi dei casi non può che partire dalla sentenza più risalente in materia, citata da tutte le altre corti analizzate ai fini di questo studio. Si tratta del c.d. *Mabo case*[28], in cui la *High Court* australiana ha riconosciuto il c.d. *native title* (o *aboriginal title*), e rigettato la dottrina della *terra nullius*, che aveva consentito alla Corona britannica di far derivare dalla sua sovranità sull'Australia il possesso su terre considerate «di nessuno»[29]. La High Court, richiamando una sua

[27] P.G. Monateri, *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures*, cit., che scrive «*what a comparative lawyer can do, as a comparativist, is to reveal the unofficial and to critique those processes of meaning-production as social and political realities, particularly in a world of contaminations*», p. 590.

[28] *Mabo and Others v State of Queensland* (No 2) (1992) 108-109 ALR 1. [*Mabo(2)*].

[29] Sulla base del diritto costituzionale coloniale, nel momento in cui la Corona acquisisce sovranità su un nuovo territorio a seguito di occupazione (e non di conquista), su quel territorio «*all the English laws which are applicable to the colony are*

precedente decisione, osserva che la dottrina della *terra nullius*, che nega la sussistenza di un interesse proprietario in capo alle popolazioni indigene, si fonda su un assunto discriminante nei confronti di questi ultimi, della loro organizzazione sociale e dei loro costumi[30]. Nelle parole dei giudici «*the term "native title" conveniently describes the interests and rights of indigenous inhabitants in land, whether communal, group or individual, possessed under the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants*»[31]. I giudici riconoscono, dunque, e danno rilievo, sotto l'egida della *common law*, all'occupazione e all'uso di un certo territorio da parte della popolazione indigena (in questo caso si tratta delle Murray Islands in Torres Strait, abitata dai Meriam) avvenuto prima che la Corona britannica potesse vantare su di essa qualche diritto. A tal proposito, però, occorre che la popolazione indigena che rivendichi i propri diritti sulla terra ancestrale dimostri l'esistenza di una connessione fisica e spirituale con la terra rivendicata che sia ininterrotta e anteriore alla colonizzazione[32]. Si chiarisce, inoltre, che la Corona può legittimamente estinguere i diritti indigeni, ma ciò può verificarsi solo attraverso un atto normativo che così si esprima in termini «*clear and unambiguous*»[33].

---

immediately in force there upon its foundation». Così, in *Milirrpum* (1971) 17 FLR 141, 201 in cui il giudice Blackburn richiama il precedente del *Calvin's Case* (1608, 7 Co Rep 1 at 17; 77 ER 377) menzionato da W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago, 1979, 1765, pp. 104 s. Da questa dottrina, che si fonda sul *birthright* di ogni individuo inglese, deriva che, a seguito dell'occupazione, qualsiasi diritto sulla terra vantato dalla comunità indigena cessa di avere rilievo per la *common law*.

[30] *Mabo v. Queensland (No. 1)* (1988) 166 CLR 186 F.C. 88/062 [*Mabo(1*)].

[31] *Mabo(2)*, par. 61.

[32] Il riferimento alla continuità è uno degli elementi più importanti – nonché uno dei più controversi – nelle decisioni relative al *native title*. In tal senso merita citare il caso della comunità Yorta Yorta (*Yorta Yorta Aboriginal Community v Victoria* [1998] FCA 1606) le cui istanze vengono rigettate dalla *High Court* australiana perché mancano prove sufficienti a dimostrare la continua osservanza e rispetto delle leggi della tradizione dal momento dell'affermazione della sovranità della Corona britannica nel 1788. Affermano i giudici: «*The tide of history has indeed washed away any real acknowledgment of their traditional laws and any real observance of their traditional customs*» (par. 129). Il passo è richiamato da J. Gilbert, *Historical indigenous peoples' land claims*, cit., che osserva come la dottrina del *native title*, così declinata, finisca per «congelare le tradizioni» delle comunità indigene, e dunque, fondarsi su un un'idea astorica e fuori contesto dei sistemi tradizionali indigeni (pp. 600-602).

[33] *Mabo(2),* par. 61.

Sebbene l'importanza di questa sentenza sia indubitabile – è una citazione obbligata per ogni corte che si occupi del diritto alla terra delle popolazioni indigene, che finalmente ottengono un riconoscimento giuridico per le ingiustizie subite – sono numerosi i rilievi critici che le sono stati mossi. Il *native title*, infatti, così come costruito dalla High Court, risulta un diritto debole, spuntato. Esso, in evidente violazione dei principi di eguaglianza e non discriminazione, può essere estinto e gode di una efficacia limitata quando in competizione con altri diritti[34]. Inoltre, l'onere della prova che ricade sulle popolazioni indigene circa la dimostrazione di un corpo di tradizioni anteriore alla colonizzazione, ininterrotto e tutt'ora presente, è estremamente difficile, se non talvolta impossibile, da assolvere (e tradisce una visione astorica, museale e culturalmente viziata del diritto tradizionale e dell'identità indigena)[35]. Infine, in questi casi, il diritto tradizionale non trova rilievo autonomamente, ma in modo riflesso, attraverso la common law: «*traditional title has a common law existence because the common law recognises the survival of traditional interests and operates to protect them*»[36].

L'affermazione della dottrina del *native title*, come elaborata della High Court australiana, trova espresso riconoscimento anche in altre corti[37]. Ai fini di questo studio, sarà analizzata, nello specifico, la sentenza *Delgamuukw* decisa dalla Corte Suprema canadese nel 1997, che sintetizza i principali risultati raggiunti fino a quel momento dalla giurisprudenza canadese emessa sul punto. In questa pronuncia, la Corte, per la prima volta, si esprime in modo definitivo circa il

[34] Per una diffusa analisi di questi profili si veda J. Gilbert, *Historical indigenous peoples' land claims*, cit., p. 603 ss., che evidenzia come, da questo punto di vista, la dottrina di *common law* dell' *indigenous title* stabilisca una vera e propria "gerarchia" nell'ambito del diritto alla terra, ai danni delle popolazioni indigene, in evidente subalternità, dal momento che non solo l'estinzione non è prevista per nessun altro titolo proprietario, ma così si subordina l'*indigenous title* ai diritti di terzi parti (p. 606).

[35] Sul punto J. Gilbert, *Historical indigenous peoples' land claims*, cit., che afferma come le decisioni giudiziali finiscono col fondarsi su riferimenti storici (spesso solo quelli resi in forma scritta) ritenuti idonei a dar conto in modo esaustivo e completo di come si atteggiasse il sistema tradizionale indigeno nel passato (p. 602).

[36] *Mabo(2),* par. 36.

[37] Con riferimento all'area di common law, la sentenza *Mabo(2)* ha esercitato influenza, ad esempio, sulla giurisprudenza malesiana. Si veda ad esempio il *landmark case Adong bin Kuwau & Ors v. Kerajaan Negeri Johor and Anor* decisa dalla High Court malesiana nel 1997.

contenuto dell'*aboriginal title* in Canada,[38] partendo dalla lettera dell'articolo che offre la base costituzionale alla tutela del diritto alla terra delle popolazioni indigene: la *section* 35 del Constitution Act del 1982[39]. Si chiariscono i caratteri generali di quello che viene definito un «interesse *sui generis*», ovvero la sua natura personale, la sua inalienabilità (non può essere trasferito o venduto, se non alla Corona), la fonte da cui promana, ovvero l'occupazione precedente alla sovranità britannica (per la *common law* l'occupazione equivale al possesso), e la sua natura di diritto collettivo[40]. Il c.d. *aboriginal title*, dunque, viene così definito «*first, that aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of exclusive purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures; and second, that those protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group's attachment to that land*»[41].

Vengono successivamente individuati i requisiti necessari a dimostrare la sussistenza del titolo. Nello specifico, occorrerà produrre delle prove circa la sussistenza di un possesso sulla terra rivendicata che, in linea con quanto prescrive la *common law*, sia antecedente al momento in cui la Corona ha affermato la sua sovranità su quella terra, sia esclusivo e continuo. Inoltre, si richiede

[38] Invero la sentenza *Delgamuukw v. British Columbia* [*Delgamuukw*] [1997] 3 S.C.R. 1010 non è la prima né l'ultima sentenza che, in terra canadese, è intervenuta sulla questione del diritto alla terra delle popolazioni indigene. In proposito merita segnalare almeno la sentenza *Calder* [*Calder et al v Attorney-General of British Columbia* [1973] SCR 313 at 328, 34 DLR (3d) 145] che per prima introduce il c.d. "*aboriginal title*" nella giurisprudenza della Corte Suprema canadese in cui si afferma a p. 328 «th*e fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means*». Si segnala, inoltre, *R v Van der Peet* [*Van der Peet*] (1996) 137 DLR (4th) 289 (SCC) – che è la sentenza richiamata dalla Corte ugandese nella sentenza qui in commento – nonché *Tsilhqot'in Nation v British Columbia* [*Tsilhqot'in*], 2014 SCC 44, [2014] 2 SCR 257, che è una delle pronunce più recenti emesse dalla corte sul tema.

[39] L'art. 35 del *Constitution Act* recita: «*1. The existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed; 2. In this Act, "Aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit, and Metis peoples of Canada; 3. For greater certainty, in subsection (1) "treaty rights" includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired*».

[40] *Delgamuukw*, par. 112 – 115.

[41] *Delgamuukw*, par. 117. I successivi paragrafi fino al 132 intervengono a meglio specificare quest'affermazione.

che il possesso sia «sufficiente» a fondare il titolo, dove quest'ultimo requisito deve essere valutato in termini necessariamente contestuali, tenendo conto, ad esempio, delle dimensioni del gruppo, del suo stile di vita, delle risorse che la terra in questione offre. In ogni caso occorre dimostrare che il legame che la popolazione indigena intrattiene con la terra ancestrale sia «*of central significance to their distinctive culture*»[42]. La pronuncia interviene, inoltre, a chiarire e specificare i termini del c.d. *justification test*. Il diritto indigeno alla terra ancestrale, infatti, non è concepito come un diritto assoluto, ma può essere legittimamente limitato dallo stato, purchè si dimostri che: a) vi sia un obiettivo legislativo «*compelling and substantial*», b) che la limitazione avvenga nel rispetto del dovere fiduciario che sussiste tra la Corona e le popolazioni indigene, e che richiede, ad esempio, che gli indigeni vengano consultati nelle decisioni governative che riguardano le loro terre o che siano adeguatamente compensati per le loro perdite[43]. In ogni caso, si richiede l'accomodamento degli interessi indigeni eventualmente sacrificati in favore di altri interessi.

Se dal Canada ci si sposta in terra africana, la prima sentenza qui in commento in materia di diritto alla terra delle popolazioni indigene è quella resa dalla Corte Costituzionale sudafricana[44]. Il caso, che successivamente diventerà un riferimento centrale per tutte le sentenze africane emesse su questi temi, riguarda i membri della Richtersveld Community, storicamente insediati in una terra posta nella provincia del Northern Cape, successivamente acquisita dalla Alexkor Limited Mining Corporation (d'ora in poi solo Alexkor), una società mineraria di proprietà statale. La popolazione indigena fonda le sue istanze sul Restitution of Land Rights Act del 1994, una legge volta a mettere in atto il programma di riforma agraria e restituzione

[42] Si vedano in proposito i paragrafi 149 e 150.

[43] *Delgamuukw*, par. 160 – 169.

[44] Questo studio si concentra sulle corti nazionali. Rimane fuori dall'analisi, pertanto, la giurisprudenza dell'African Commission on Human and Peoples' Rights (si pensi ad esempio al landmark case: *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, 4 febbraio 2010, n. 276/2003) e dell' African Court on Human and Peoples' Rights (con riferimento a quest'ultima, si veda, ad esempio, *African Commission on Human and Peoples' Right v. Republic of Kenya*, 26 maggio 2017, n. 6/2012). È rimasta fuori dall'analisi anche la recente sentenza emessa dalla Supreme Court of Namibia, stante il *focus* specifico sul c.d. *locus standi* che ha caratterizzato quella pronuncia.

delle terre promesso dalla costituzione. Il governo oppone a questa richiesta l'assenza di qualsiasi diritto indigeno su quella terra, venuto meno al momento in cui il Sudafrica è diventato proprietà dei britannici[45]. Da questo momento, infatti, sarebbe cessato qualsiasi diritto consuetudinario vantato dalla Richtersveld Community. La corte di prima istanza, la Land Court[46], dà ragione al governo, negando che lo spossessamento sia avvenuto a seguito di prassi e norme discriminatorie, e affermando che dunque sia impossibile invocare la Restitution of Land Rights: l'obiettivo dell'occupazione sarebbe stato unicamente quello di procedere all'estrazione di diamanti né il diritto indigeno alla terra poteva dirsi sopravvissuto all'annessione britannica[47].

Ben diversi sono invece l'approccio e la decisione adottati dalla Supreme Court of Appeal sudafricana e, successivamente, anche dalla Corte Costituzionale. Entrambe, infatti, si preoccupano di affermare il ruolo del diritto consuetudinario che non può essere posto nel nulla dalle norme coloniali. Nello specifico, la Supreme Court of Appeal

---

[45] Il riferimento contenuto nella sentenza è la c.d. *Annexation Proclamation* intervenuta ad opera della corona britannica nel 1847. Invero, la Provincia del Capo passa sotto il dominio britannico ben prima, nel 1806: a seguito dell'occupazione dell'Olanda da parte di Napoleone, l'Inghilterra vuole impedire che siano i francesi a conquistare questo avamposto commerciale strategico. Nel 1847 i confini della colonia britannica del Capo vengono estesi, fino ad includere la zona del Richtersveld. Per ulteriori dettagli si veda V. Federico, *Sudafrica*, Bologna, 2009, in particolare, p. 25 ss.

[46] La Land Court o Land claims Court è stata istituita nel 1996 dal Restitution of Land Rights Act. Sono competenti a decidere sui casi che hanno ad oggetto la restituzione della terra o la rivendicazione sui diritti alla terra. Per ulteriori dettagli si consulti la seguente pagina web: *justice.gov.za.*

[47] La pronuncia della Land Claims Court of South Africa, case number: LCC 151/98, è disponibile online in *saflii.com*. In particolare, secondo la Corte, non si sono perfezionati nel caso di specie tutti i requisiti richiesti dal *Restitution Act*, ovvero: a) il ricorrente non deve essere una persona fisica, ma deve rappresentare la comunità sulla base di regole condivise sull'uso della terra; b) il ricorrente deve avere avuto un "*right in land*" prima dell'annessione britannica (in base alla *section* 1 del *Restitution Act* «*any right in land whether registered or unregistered, and may include the interest of a labour tenant and sharecropper, a customary law interest, the interest of a beneficiary under a trust arrangement and beneficial occupation for a continuous period of not less than 10 years prior to the dispossession in question*»), c) lo spossessamento deve essere accaduto dopo il 19 giugno 1913; d) lo spossessamento della comunità deve essere avvenuto sulla base di norme o pratiche fondate sulla discriminazione razziale. Secondo la Land Claims Court non sussistono i requisiti sub b), c) e sub d).

sostanzia la decisione con una prova storica che dimostra la permanenza del titolo proprietario indigeno: si tratta del *Capitulation* del 1806, dal quale emerge che al momento dell'occupazione, la corona britannica si impegnò a riconoscere e rispettare i diritti proprietari di coloro che già abitavano quelle terre[48]. È possibile osservare come, anche in questo caso, le corti facciano riferimento alla dottrina di *common law* dell'*aboriginal title*, che deriva dall'occupazione ed uso della terra da parte delle popolazioni indigene, come mutuato dalla giurisprudenza australiana e canadese. Tuttavia, nel ragionamento della Corte Costituzionale sudafricana, il richiamo al *right of ownership* conosce una trasposizione dalla common law all'*indigenous law*. Quest'ultima viene riconosciuta quale vera e propria fonte del diritto sudafricano, sugellando, così, la legittimazione costituzionale del pluralismo giuridico[49]. Afferma la Corte: «*While in the past indigenous law was seen through the common law lens, it must now be seen as an integral part of our law. Like all law it depends for its ultimate force and validity on the Constitution. Its validity must now be determined by reference not to common law, but to the Constitution*»[50]. In tal senso, richiamando l'art. 211(3) della Costituzione, la Corte Costituzionale si spinge a riconoscere pieno valore giuridico al diritto alla terra delle popolazioni indigene di fonte consuetudinaria, proclamando come «*indigenous law feeds into, nourishes, fuses with and becomes part of the amalgam of South African law*»[51]. La corte conclude riconoscendo il diritto di proprietà, all'occupazione e all'uso esclusivo delle terre in questione (nonché dei minerali e delle terre preziose che essa custodisce) in capo

[48] *Richtersveld Community and Others v Alexkor Ltd and Another* 2003 (6) SA 104 (SCA), parr. 48 e 49.

[49] *Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others* [*Richtersveld*] 2003 (12) BCLR 1301 (CC) in cui si afferma: «[*t*]*he Constitution acknowledges the originality and distinctiveness of indigenous law as an independent source of norms within the legal system*» (parr. 50 – 51).

[50] *Richtersveld*, par. 51.

[51] *Ibidem*. In conclusione afferma la corte: «*in the light of the evidence and of the findings by the SCA and the LCC, we are of the view that the real character of the title that the Richtersveld Community possessed in the subject land was a right of communal ownership under indigenous law. The content of that right included the right to exclusive occupation and use of the subject land by members of the Community. The Community had the right to use its water, to use its land for grazing and hunting and to exploit its natural resources, above and beneath the surface. It follows therefore that prior to annexation the Richtersveld Community had a right of ownership in the subject land under indigenous law*».

alla Richtersveld Community, sulla base della *section* 2(1) del Restitution of Land Rights Act 22 of 1994.

Il rilievo attribuito al diritto consuetudinario di matrice indigena come fondamento dei diritti di proprietà sulla terra ancestrale delle popolazioni indigene è centrale anche nella sentenza resa dalla High Court del Botswana nel 2006[52]. Al centro del caso vi è la battaglia legale condotta da alcuni membri della popolazione indigena San[53], che rivendicano i propri diritti sul Deserto Kalahari. Questo territorio, diventato una riserva di caccia sotto il regime coloniale britannico nel 1961, aveva continuato ad ospitare la popolazione San fino al 1997, quando il governo del Botswana aveva costretto la popolazione a spostarsi in altri insediamenti. Forti della tutela allora apprestata a livello costituzionale [54], tuttavia, alcuni individui San avevano continuato ad occupare i territori del Deserto Kalahari fino a che, nel 2002, il governo aveva smesso di assicurare alcuni servizi essenziali, come la distribuzione di acqua potabile.

Nella lunga sentenza – circa 400 pagine – i tre giudici del collegio esprimono opinioni dissenzienti rispetto ai diversi *claim* sollevati dai ricorrenti, ma riconoscono all'unanimità il diritto dei San di vivere e risiedere all'interno della riserva, in ragione del titolo loro

[52] *Sesana and Others v. The Attorney General* [*Sesana*] (52/2002) [2006] BWHC 1 (13 December 2006).

[53] I San (noti nel mondo occidentale come "boscimani") costituiscono, insieme ai Khoi (noti anche con il nome di "ottentotti"), una delle popolazioni più antiche dell'Africa e genuinamente autoctone. Si tratta di una popolazione di nomadi cacciatori-raccoglitori, che occupavano il territorio corrispondente all'attuale Botswana e Sudafrica. Essi hanno subito un processo di spossessamento, di sterminio e riduzione in schiavitù, da parte delle successive ondate di colonizzatori, incluse le popolazioni Bantu e poi gli europei. Per ulteriori dettagli si veda M. Sapignoli, *Dispossession in the Age of Humanity: Human Rights, Citizenship, and Indigeneity in the Central Kalahari*, in *Anthropological Forum*, 2015, p. 285 e la bibliografia ivi citata.

[54] Sulla base della *section* 14(3)c della Costituzione del 1966 potevano essere imposte restrizioni «*on the entry into or residence within defined areas of Botswana of persons who are not Bushmen to the extent that such restrictions are reasonably required for the protection or well-being of Bushmen*». Tuttavia, questa previsione è stata successivamente modificata dalla riforma intervenuta nel 2005 – il Constitutional (Amendment) Act of 2005 – e, in particolare la *section* 14), volta a rendere la Costituzione "*tribally neutral*". Su questo si veda A. K. Barume, *Land rights of indigenous peoples in Africa. With Special Focus on Central, Eastern and Southern Africa*, in *IWGIA Document* 115, Copenhagen 2010, p. 164.

attribuito dal diritto consuetudinario, che non può considerarsi estinto né dalla normativa coloniale né da quella successiva all'indipendenza. Afferma in proposito il giudice Pumphahi «*The rights of the Bushmen in the CKGR were not affected by the proclamation of the land they occupied to be Crown land, as they continued to live on it, and exploit it without interference from the British Government*»[55]. È interessante osservare, inoltre, come numerosi ed estesi siano i riferimenti alla sentenza *Mabo*[56], quale precedente autorevole che permette di affermare come il diritto alla terra ancestrale dei San preesistesse all'occupazione da parte della Corona britannica che, di conseguenza, non può averlo estinto. Al tempo stesso, a questo *reasoning*, si aggiungono le considerazioni del giudice Dow che afferiscono, invece, ad un piano differente, che si nutre di principi antidiscriminatori e degli obblighi dello stato di riequilibrare una condizione di strutturale subordinazione. Infatti, la giudice valorizza il contesto e le relazioni sociali e familiari che legano i componenti della popolazione San (ragion per cui il ricollocamento di alcuni ha avuto un impatto su tutti). Dow mostra, inoltre, la relazione di asimmetria esistente tra i funzionari governativi e la popolazione indigena, descritta come «*illiterate, dependant upon Government services, without political representation at the high political level*». Pertanto, «*[I]it was the Respondent's obligation to put in place mechanisms that promoted and facilitated true and genuine consent by individuals, families and communities*»[57].

Adotta il medesimo approccio anche la sentenza più recente tra quelle analizzate, resa dalla Corte Costituzionale dell'Uganda nell'agosto del 2021[58]. La sentenza risponde ad un ricorso (*petition*) presentato nel 2013 da alcuni membri della comunità indigena Batwa[59]. L'istanza ha ad oggetto il riconoscimento dello *status* di

[55] *Sesana*, par. 81.

[56] *Sesana*, in particolare i paragrafi da 69 a 82.

[57] *Sesana*, par. H.9.

[58] *United organization for Batwa Development in Uganda (UOBDU) and others vs. Attorney General and others*, [*UOBDU*] Constitutional Petition No. 03 of 2013 [2021] UGCC (19 August 2021).

[59] Con il termine Batwa, "*Pygmies*", si sta a designare una popolazione di cacciatori-raccoglitori (o ex cacciatori-raccoglitori) di "bassa statura", insediatesi originariamente nella foresta equatoriale dell'Africa centrale, nella regione dei Grandi Laghi, e tutt'ora presenti in Burundi, nella Repubblica Democratica del

popolo indigeno, nonché una compensazione per le violazioni che i Batwa hanno subito quando, a partire dal 1930, sotto il dominio coloniale, sono stati costretti a lasciare la propria terra ancestrale, che nel 1990 è stata definitivamente chiamata ad ospitare una riserva naturale. Oltre a ciò, il ricorso si sostanzia in una richiesta ulteriore: l'adozione di azioni positive che possano far fronte alla condizione di strutturale discriminazione e marginalizzazione cui i Batwa sono stati costretti a seguito dello spossessamento dalle loro terre ancestrali. Invero, tra le violazioni costituzionali e di diritto internazionale contestate dai ricorrenti, il diritto di proprietà non è l'unico a comparire: il rapporto che lega gli indigeni alla loro terra ancestrale ricomprende una molteplicità di dimensioni, che vanno dal diritto alla vita, al cibo, alla salute, all'istruzione, allo sviluppo economico ad aspetti più spirituali come il diritto alla preservazione della propria cultura (intesa in senso lato come «stile di vita»), al mantenimento delle relazioni sociali e all'esercizio della propria religione, in considerazione dei riti religiosi e delle sepolture che avevano luogo all'interno della Mgahinga Forest. A questo proposito, viene toccata anche la dimensione identitaria del rapporto con la terra, laddove nel report dell'esperta allegato dalla difesa si evidenzia come nonostante la stragrande maggioranza dei Batwa vivano come *squatters* fuori dal territorio del parco e della riserva, tuttavia, essi abbiano scelto di vivere ai margini o comunque in prossimità a questi stessi territori, in ragione del «*sense of ownership*» dello «*specific nexus*» da essi percepito rispetto alla loro foresta ancestrale[60].

Questi profili, peraltro – ed è questa la differenza più eclatante rispetto ai precedenti australiano e canadese, pure richiamati – emergono sotto il prisma del principio di eguaglianza sostanziale, quale condizione idonea a giustificare le azioni affermative in favore dei gruppi marginalizzati, previste dall'art. 32(1) della Costituzione

Congo, in Ruanda e Uganda. Essi costituiscono una delle popolazioni indigene africane. Come i San, anche per i Batwa la colonizzazione è iniziata ancora prima dell'arrivo degli europei, con le economie agricole e pastorali dei regni pre-coloniali. Per un'analisi storica e socio-antropologica, che dia conto anche della marginalizzazione e delle molteplici forme di discriminazione e violazioni di diritti subite dai Batwa, si veda J. Lewis, *The Batwa Pygmies of the Great Lakes Region*, in *Minorities' Rights Group*, 2000.

[60] *UOBDU*, p. 31.

ugandese[61]. I giudici della Corte costituzionale, infatti, considerano irrilevante verificare se vi siano o no gli estremi perché il c.d. *native title* possa dirsi perfezionato e scelgono piuttosto di concentrare i loro sforzi argomentativi unicamente sulla sussistenza o meno dei requisiti necessari per l'adozione di azioni positive. A questo proposito, sulla base delle testimonianze rese dai ricorrenti, ma anche dei report degli esperti di storia e antropologia prodotti nel giudizio, la Corte afferma come l'essere stati privati del possesso delle proprie terre ancestrali, senza adeguata compensazione, abbia reso i Batwa «*landless, and has severely affected not only their livelihoods, but has destroyed their identity, dignity and self-worth as a people and as equal citizens with other Ugandas*»[62] and «*left them a disadvantaged and marginalized people, needing affermative action*»[63]. In ragione di ciò, la Corte trasmette gli atti alla High Court perché assuma il materiale probatorio necessario a determinare le misure necessarie per migliorare la condizione in cui versano i Batwa.

4. Una conversazione feconda, tra armonizzazione e diversità: l'ipotesi di un *African way*

All'esito di questa rapida ricognizione delle linee argomentative sviluppate dalle varie corti, si volge ora l'attenzione alla domanda al centro di questo lavoro: è possibile individuare un approccio africano alle istanze indigene? Se sì, quali sono le radici, le ragioni sottostanti ad esso e le implicazioni che ne derivano?

Per rispondere a questa domanda, si metterà in rilievo la conversazione che è stata condotta tra le varie corti sul diritto alla terra delle popolazioni indigene, i punti di contatto, le armonizzazioni che attraverso queste interazioni si sono realizzate e le peculiarità che contraddistinguono le sentenze qui analizzate. In un secondo momento, si cercherà di spiegare queste differenze, attraverso opportuni riferimenti alla storia, al sostrato sociale e alla cultura giuridica propria delle varie esperienze.

---

[61] Così recita l'art. 32(1) della costituzione ugandese: «*Notwithstanding anything in this Constitution, the State shall take affirmative action in favour of groups marginalised on the basis of gender, age, disability or any other reason created by history, tradition or custom, for the purpose of redressing imbalances which exist against them*».

[62] *UOBDU*, p. 43.

[63] *UOBDU*, p. 46.

Come evidenziato, nelle sentenze africane si assiste ad un frequente rimando ai precedenti australiano e canadese. In questa pratica emerge uno degli aspetti più rilevanti della comparazione, quale operazione funzionale «*to define identities and to cope with the other*»[64]. Il confronto, lo sforzo teso ad evidenziare o minimizzare le differenze, è cruciale per la costruzione delle identità. Questo è quanto accade nella risposta africana alle istanze indigene, dove la dottrina dell'*indigenous title* viene utilizzata dalle corti per aumentare la forza argomentativa e l'autorità delle proprie decisioni (la *common law*, dopotutto, è stata per l'intero periodo della colonizzazione la fonte principale nel sistema giuridico di numerosi paesi africani). Al tempo stesso, per i giudici africani, il richiamo alle autorevoli sentenze emesse dalla High Court australiana e dalla Supreme Court canadese costituiscono un utile aggancio per (ri)affermare i tratti costitutivi dell'identità giuridica e culturale africana e, per questa via, costruire e rafforzare il proprio ruolo nel rispettivo contesto istituzionale e sociale e per trincerarlo attraverso il collegamento ad una comunità internazionale di giudici.

Attraverso questa operazione, la giurisprudenza citata viene sottoposta ad un'incisiva azione di «creolizzazione»,[65] che serve a piegarla alle peculiarità (ed esigenze) del contesto africano e della sua *law-making élite*. In proposito, come si approfondirà a breve, all'approccio formalistico adottato nei casi *Mabo* e *Delgamuukw*, si interfaccia un discorso delle sentenze africane qui analizzate che è piuttosto di tipo sostanzialistico. In questo approccio, è difficile non intravedere l'afflato trasformativo che, all'indomani dell'indipendenza dalla colonizzazione, e dalla fine dell'apartheid in Sudafrica, pervade la società e il mondo giuridico africano. Di questo spirito le corti si fanno tra le principali portatrici. Così, in *Richtersveld*, e nella decisione della Corte Costituzionale ugandese, il richiamo alla dottrina del *native title* è accompagnato dal riferimento ad un'eguaglianza che non è più meramente formale, che non si limita ad una proclamazione del diritto di proprietà quale ambito che deve essere lasciato libero dal potere statale. Uscendo fuori dall'alveo della teoria liberale, il diritto alla terra delle popolazioni indigene sancito dalle corti africane si appoggia ad

[64] P.G. Monateri, *The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures*, cit., p. 4.
[65] J. Gilbert, *Litigating indigenous peoples' rights in Africa*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 657 ss. in particolare p. 671.

una concezione sostanziale di eguaglianza che impone al governo di intraprendere tutte le misure necessarie ad eliminare gli ostacoli che si frappongono al pieno raggiungimento dell'eguaglianza (così, nel caso ugandese, il giudice decide per l'attivazione di vere e proprie azioni positive a favore dei Batwa)[66].

4.1. La giurisprudenza australiana e canadese: un approccio formalistico e stato-centrico

Come anticipato, la giurisprudenza australiana e canadese si connota in senso formalistico, come emerge dalla scelta di rispondere alle istanze delle popolazioni indigene ancorandosi saldamente al formante di *common law* e negando, di contro, riconoscimento al diritto consuetudinario. È possibile rinvenire all'interno della giurisprudenza della Corte Suprema canadese chiare tracce di questa tendenza. Nello specifico, si può notare come l'*aboriginal title* venga descritto come «*pre-existent*» e «*un-extinguished*», talvolta declassato a «*sui generis interest*», mentre in altri passaggi, la difficoltà di concettualizzazione dogmatica sperimentata dai giudici emerge in modo ancora più esplicito: «*its characteristics cannot be completely explained by reference either to the common law rules of real property or to the rules of property found in aboriginal legal systems. As with other aboriginal rights, it must be understood by reference to both common law and aboriginal perspectives*»[67]. Il costrutto euristico privilegiato, dunque, è quello di «*aboriginal perspective*»[68] mentre manca qualsiasi riferimento al «*customary law*» o a termini affini, idonei ad attribuire al diritto tradizionale indigeno lo *status* di fonte del diritto. Costrutti simili si trovano anche nella giurisprudenza australiana. Anche qui emergono dubbi circa la natura da attribuirsi a questo diritto: «*in truth*

[66] A. Kwokwo Barume, *Land rights of Indigenous peoples in Africa. With Special Focus on Central, Eastern and Southern Africa*, cit., p. 288.

[67] *Delgamuukw*, par. 112, dove si afferma ancora: «*The idea that aboriginal title is sui generis is the unifying principle underlying the various dimensions of that title*» (par. 113).

[68] Si veda ad esempio *R v Sparrow* [1990] 1 SCR 1075 at 1112, 70 DLR (4th) 385, dove i giudici, nella difficoltà di definire chiaramente i «*fishing rights*» in capo alle popolazioni indigene, rimandano alla necessità di prestare attenzione alla «*aboriginal perspective*» per comprendere il contenuto del diritto in questione. Il riferimento compare anche in *R v Van der Peet* [1996] 2 SCR 507, 137 DLR (4th) 289 [*Van der Peet*], al paragrafo 50, in *Delgamuukw* (ad esempio nei paragrafi 112, 149 e 156) e in *Tsilhqot'in*, par. 32, dove si trova accostato alla «*common law perspective*».

aboriginal title is neither a personal nor a proprietary right but is sui generis»[69]. E, circa i rapporti tra *common law* e diritto tradizionale, i giudici confessano: «*I do not disparage the importance to the Aboriginal people of their native title rights, including those that have symbolical significance. I fear, however, that in many cases because of the chasm between the common law and native title rights, the latter, when recognised, will amount to little more than symbols*»[70].

Come spiegare la mancanza di riconoscimento del diritto consuetudinario come fonte da parte delle corti canadesi e australiane? Quali sono le ragioni alla base di questo approccio?

La risposta offerta dai giudici australiani e canadesi alle istanze indigene in senso formalistico e stato-centrico risulta in qualche modo connessa e promossa anche dalla lettera della costituzione. È quanto si registra nel caso canadese, dove si può osservare come l'articolo 35(1) non crei nuovi diritti. Esso piuttosto attribuisce *status* costituzionale ai diritti indigeni, il cui contenuto, tuttavia, è quello definito *dalla common law*. Dunque, più che attribuire riconoscimento e tutela alle popolazioni indigene, questa previsione tenta esplicitamente di agire da ponte e di realizzare una riconciliazione tra la «nuova» comunità canadese e le popolazioni indigene. Tuttavia, poiché l'orizzonte in cui questo compromesso viene disegnato coincide con i confini della legge canadese e con l'affermazione della sovranità della Corona, la superiorità delle norme statali sulla cultura indigena risulta una conclusione pressoché necessitata[71].

In altre parole, il diritto alla terra delle popolazioni indigene può ricevere rilievo giuridico solo nella misura in cui presenti i caratteri del diritto statale, della *common law* (che ricomprende, come si è visto, possesso esclusivo, preesistente alla Corona e ininterrotto), solo se esso risulti «*cognizable to the Canadian legal and constitutional structure*»[72]. Come è stato osservato: «*the Court is asking for the Aboriginal claimant to*

[69] *Mabo*, par. 22 e 25.

[70] *Western Australia v Ward* [*Ward*] (2002) HCA 28, 970.

[71] Si veda *Delgamuukw* par. 141, ma anche i par 134 e 148.

[72] É quanto la Corte afferma in *Van der Peet*: «*It must also be recognized, however, that that perspective must be framed in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure. As has already been noted, one of the fundamental purposes of s. 35(1) is the reconciliation of the pre-existence of distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty. Courts adjudicating aboriginal rights claims must, therefore, be sensitive to the aboriginal perspective, but they must also be aware that aboriginal rights exist within the general legal system of Canada*» (par. 49).

give a perspective on the law rather than on the right. If a perspective on the right was sought then the burden of framing that perspective "in terms cognizable to the Canadian legal and constitutional structure" would not be placed on the Aboriginal claimant»[73]. Allo stesso modo, in Australia, il giudice Callinan nel caso *Ward* ha osservato «*it might have been better to redress the wrongs of dispossession by a true and unqualified settlement of lands or money than by an ultimately futile or unsatisfactory, in my respectful opinion, attempt to fold native title rights into the common law*»[74]. In proposito, si pensi, ad esempio, al fatto che, in Australia, il *native title*, per essere riconosciuto, richiede di provare un collegamento fisico e spirituale continuo e ininterrotto con la terra rivendicata[75]. Questo requisito probatorio non conosce eccezioni, neppure quando l'accesso alle terre era di fatto impossibile, anche in ragione delle prassi e delle politiche governative messe in atto, che non hanno solo provocato lo spossessamento delle popolazioni indigene, ma hanno anche minato la preservazione della loro cultura e del loro linguaggio.

L'imposizione di questi paletti procedurali e sostanziali finisce inevitabilmente col limitare la possibilità di azionare determinati diritti. Gli indigeni, dunque, per ottenere risposta, sono tenuti ad adeguare le proprie rappresentazioni, categorie cognitive e giuridiche al linguaggio giuridico statale, l'unico accettato dalle Corti. Si promuove una visione statica, monolitica, impermeabile del diritto, che promana unicamente dal potere statale, l'unico abilitato a decidere

[73] D. Vermette, *Colonialism and the Suppression of Aboriginal Voice*, in *Ottawa Law Review*, 2009, p. 225 ss.; si veda in particolare p. 240.

[74] *Ward*, p. 970.

[75] In particolare, questo pesante onere probatorio è il frutto dell'interpretazione giudiziale del Native Title Act. Si veda, ad esempio, in proposito *De Rose v South Australia* (2002) FCA 1342, in cui la Corte richiese di provare l'ininterrotta connessione fisica con la terra anche se la popolazione indigena non aveva accesso ad essa per la paura di essere sottoposta a maltrattamenti. Si veda quanto riporta B. De Villiers, *Land reform: Issues and Challenges. A comparative overview of experiences in Zimbabwe, Namibia, South Africa and Australia*, Johannesburg, 2003: «*extensive anthropological, archaeological, linguistic and historic expert reports are required to prove a claim. The research is hampered in many instances by a lack of historic information and documentation—especially with regard to the precolonial phase as well as the identity of claimant groups at the time prior to and following sovereignty. In many instances the only records are limited to police records since the turn of the 20th century. The process of unravelling family history and genealogies is also proving to be destructive or at best disruptive in some Aboriginal communities*» (p. 135).

unilateralmente le «regole del gioco».[76] Ciò, come è stato rilevato, fa sì che le istanze indigene vengano rilette, e dunque trasformate, spesso ridimensionate, anche perché astratte dal proprio contesto di riferimento, o talvolta completamente silenziate[77]. Al tempo stesso, il ridotto peso giuridico assegnato al diritto tradizionale indigeno – si pensi ad esempio al rilievo giuridico assegnato alla prova orale – finisce inevitabilmente col ripercuotersi sulla cultura, sulla storia e sull'identità di questi popoli, riaffermando la dinamica di dominio e subordinazione[78].

Peraltro, la politica multiculturalista del riconoscimento, di matrice tayloriana, di cui il Canada è stato-bandiera per eccellenza, non può nulla contro queste derive, anzi, finisce in qualche modo per agevolarle. È stato rilevato, in proposito, come la dinamica che lega l'identità al riconoscimento istituzionale ripropone e conferma, anziché contestare, lo *status quo* coloniale. Il riconoscimento, infatti, non può che avvenire entro il recinto (giuridico, culturale) stabilito dal contesto istituzionale dominante[79]. Di conseguenza, non c'è spazio perché si possa attribuire al diritto indigeno il rango di «diritto». Esso

---

[76] M. V. W. Moulton, *Framing aboriginal title as the (mis)recognition of Indigenous Law*, in *University of New Brunswick Law Journal*, 2016, p. 337 ss., si veda in particolare p. 340.

[77] Si veda in tal senso, come «*The translation of First Nations jurisprudence and rights into common or civil law categories often brings with a corruption, which favours the hardened prejudices against First Nations jurisprudence. In most translation processes, courts have to violate the fundamental assumptions and premises of First Nations jurisprudence, in order to maintain fidelity to the essential characteristics and patterns of common law jurisprudence*». Così J. Youngblood Henderson, *First Nations Jurisprudence and Aboriginal Rights: Defining the Just Society*, Saskatoon, 2006, p. 120, richiamato da M. V. W. Moulton, *Framing aboriginal title as the (mis)recognition of Indigenous Law*, cit., p. 347, che fa riferimento a quanto possano essere estranee alla cultura e al diritto indigeno concetti come *property* o *ownership*. Osservazioni del medesimo tenore si trovano anche in G. Woodman, *Legal Pluralism in Africa: The Implications of State Recognition of Customary Laws Illustrated from the Field of Land Law,* in *Acta Juridica*, 2011, p. 35 ss. che afferma «*When translation is from a language which may not have words corresponding to, for example, 'own', 'ownership', 'right', 'inherit' or 'rent' there can be many opportunities for failure of accurate communication*». Il rischio di fraintendimento, in questo caso, dunque, come si dirà a breve, diventa elevato.

[78] D. Vermette, *Colonialism and the Suppression of Aboriginal Voice*, cit., p. 241 ss., 242.

[79] M. V. W. Moulton, *Framing aboriginal title as the (mis)recognition of Indigenous Law*, cit., p. 348 ss.

resta qualcosa di lontano, di difficile da conoscere e da comprendere, come emerge dalla giurisprudenza della Corte Suprema: «*the aboriginal perspective on the occupation of their lands can be gleaned, in part, but not exclusively, from their traditional laws, because those laws were elements of the practices, customs and traditions of aboriginal peoples. […] As a result, if, at the time of sovereignty, an aboriginal society had laws in relation to land, those laws would be relevant to establishing the occupation of lands which are the subject of a claim for aboriginal title. Relevant laws might include, but are not limited to, a land tenure system or laws governing land use*»[80]. *Così, non solo il diritto aborigeno non assurge mai a fonte del diritto, in un contesto in cui non si assiste ad una «plurality of law, but a plurality in law*»,[81] ma neppure vi è traccia della cultura che informa quel diritto, della complessità e centralità della relazione che lega, ad esempio, gli indigeni alla propria terra.

Nel solco di quanto appena rilevato, la pretesa esclusività del diritto statale, affermata dalla corte suprema canadese, esprime un'ulteriore tara coloniale, che si manifesta in un altro aspetto: la richiesta di auto-governo, pure presente nel *claim* alla terra ancestrale delle popolazioni indigene, viene dismessa dalla corte suprema canadese, che ritiene opportuno non pronunciarsi sul punto. Sebbene esso venga considerato un diritto centrale, i giudici affermano: «*We received little in the way of submissions that would help us to grapple with these difficult and central issues. Without assistance from the parties, it would be imprudent for the Court to step into the breach*». I ricorrenti hanno presentato questo *claim* in termini troppo ampi perché esso possa essere fatto rientrare nella tutela costituzionale offerta dall'art. 35(1).[82] Tuttavia, in un altro punto, i giudici confessano la difficoltà di definire esattamente il contenuto del diritto alla terra. Essi affermano come esso sia «*more than the right to enjoyment and occupancy although […] it is difficult to describe what more in traditional property law terminology*»[83]. Dunque, si tratta di un mero diritto proprietario oppure di un diritto

[80] *Delgamuukw*, par. 148.

[81] J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, in *J Leg Pluralism & Unofficial Law*, 1986, p. 5 ss., richiamato da M. V. W. Moulton, *Framing aboriginal title as the (mis)recognition of Indigenous Law*, cit., p. 362.

[82] *Delgamuukw* par. 170.

[83] *Delgamuukw*, par. 189

all'autonomia territoriale, che ricomprenderebbe, ad esempio, anche la giurisdizione indigena sulla terra in questione[84]?

Invero, la storia e il contesto canadesi e australiani possono contribuire a comprendere questa confusione e questa reticenza. Per un verso, essa può spiegarsi alla luce del disorientamento dei giudici, che non conoscono altro modo di concepire il contenuto dei diritti se non quello offerto dalle categorie della *common law* e del diritto statale. Per altro verso, la richiesta di autogoverno avanzata dagli indigeni fa più fatica a trovare risposta e riconoscimento perché si pone in diretta competizione rispetto al diritto statale. Con riferimento a questo profilo, la dimensione della terra mostra tutta la sua potenza simbolica rispetto all'affermazione dello stato nazione, che in essa manifesta il suo potere e che con essa si identifica[85].

Questo approccio, peraltro, consente di discutere della questione indigena in termini atomistici, obliterandone i profili di discriminazione strutturale e sistemica. Frammentata in singoli, distinti casi e aspetti giuridici, come il *claim* sulla terra ancestrale o il diritto a preservare la propria cultura, la condizione giuridica e sociale delle popolazioni indigene sparisce come problema collegato ad una dinamica di dominio e subordinazione, che, dunque, coinvolge l'intera società. Tracce della difficoltà e della resistenza a fare i conti con il passato emergono sia dal contesto canadese che da quello australiano. Si pensi, ad esempio, agli orrori collegati al sistema delle scuole residenziali per bambini aborigeni in Canada, rimasti a lungo nell'ombra. Come illustra il report della Truth and Reconciliation Commission (TRC) of Canada, istituito nel 2015, queste scuole furono create «*for the purpose of separating Aboriginal children from their families, in order to minimize and weaken family ties and cultural linkages, and to indoctrinate children into a new culture—the culture of the legally dominant*

[84] Con riferimento alla dottrina si veda, tra gli altri, K. McNeil, *The Meaning of Aboriginal Title*, in M. Asch (ed.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equality and Respect for Difference*, Vancouver, 1997, p. 135. Il dibattito, come illustrato, non è estraneo neppure alla giurisprudenza. La frequenza con cui nella sentenza *Delgamuukw* si parli di un *claim* «*sui generis*» è ulteriormente esemplificativa in proposito.

[85] Il potente nesso tra sovranità, ordinamento giuridico e territorio è ben evidenziato da S. Dorsett – S. McVeigh, *Jurisdiction*, London, p. 100 ss.

Euro-Christian Canadian society».[86] Le morti infantili documentate a causa degli abusi, delle deprivazioni e delle violenze fisiche subite all'interno delle scuole residenziali, sono numerose, e ancora di più quelle non documentate, oltre al vero e proprio «genocidio culturale» che si è consumato in virtù di questo sistema[87]. Sono eloquenti, in proposito, le parole della TRC, che inchioda l'intera società canadese alle proprie responsabilità: *«[R]econciliation is not an Aboriginal problem; it is a Canadian one. Virtually all aspects of Canadian society may need to be reconsidered*». Altrettanto importante è il fatto che nella *Call for Action* la TRC abbia stilato una lunga lista di misure ed interventi da attivare per la tutela delle popolazioni indigene, molti dei quali da realizzarsi nel campo della formazione giuridica[88]. Un meccanismo nutrito dai medesimi obiettivi di assimilazione ed eliminazione delle popolazioni indigene ha segnato pure la storia australiana in cui, tra gli anni '10 e '70, i bambini aborigeni sono stati sottratti con la forza alle loro famiglie per essere educati secondo i costumi occidentali, componendo le fila di quella che è passata alla storia come la «generazione rubata»[89]. Solo nel 2008 il governo federale ha

[86] The Truth and Reconciliation Commission of Canada, *Honouring the Truth, Reconciling for the Future. Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, 2015, reperibile all'indirizzo *irsi.ubc.ca.*

[87] The Truth and Reconciliation Commission of Canada, *Honouring the Truth, Reconciling for the Future*, cit., fa riferimento a 3.201 morti documentate (p. 92), ma il report chiarisce come «*the register is far from complete: there are, for example, many relevant documents that have yet to be received, collected, and reviewed*» (p. 258). Solo nel 2021, ad esempio, più di 1000 tombe sono state ritrovate nei pressi di alcune scuole residenziali. Si veda per ulteriori dettagli Ka'nhehsí:io Deer, *Why it's difficult to put a number on how many children died at residential schools*, in *CBC*, 29 settembre 2021. Con riferimento al "genocidio culturale" realizzato dal governo canadese, la TRC così apre il suo report: «*For over a century, the central goals of Canada's Aboriginal policy were to eliminate Aboriginal governments; ignore Aboriginal rights; terminate the Treaties; and, through a process of assimilation, cause Aboriginal peoples to cease to exist as distinct legal, social, cultural, religious, and racial entities in Canada. The establishment and operation of residential schools were a central element of this policy, which can best be described as "cultural genocide"*» (p. 1).

[88] A. Habermacher, *Understanding the Ongoing Dialogues on Indigenous Issues in Canadian Legal Education Through the Lens of Institutional Cultures* (Case Studies at UQAM, UAlberta, and UMoncton), in *Osgoode Hall Law Journal*, 2020, p. 37 ss.

[89] National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families, *Bringing Them Home*, Commonwealth of Australia, 1997.

presentato delle scuse ufficiali agli aborigeni per le ingiustizie subite.[90] Tuttavia il riconoscimento sembra essersi fermato ad un piano per lo più simbolico: politiche concrete di riparazione e compensazione sono state implementate con ritardo, in modo disorganico e spesso inefficace[91].

4.2. Le Corti africane, lo status del diritto tradizionale e la questione indigena come questione strutturale

Diversa è invece la tutela costituzionale di cui gode il diritto consuetudinario già a partire dalla forma di tutela ad esso riservata dal testo costituzionale negli stati africani. Eloquente è, in tal senso, la Costituzione del Sudafrica, che equipara il diritto consuetudinario alla common law nel sistema delle fonti. In particolare l'art. 39(2) prescrive «*When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights*»[92]. La sottoposizione alla Costituzione del diritto tradizionale, così come della *common law* (che in questo senso sono poste sullo stesso piano) si ritrova anche nella Costituzione dell'Uganda, all'art. 2(2)[93]. Inoltre, meritano di essere menzionati i numerosi riconoscimenti costituzionali che in Uganda sono attribuiti al diritto, anzi ai valori tradizionali, come quello contenuto nel principio XXIV, titolato «Cultural Objectives», a mente del quale «*Cultural and customary values which are consistent with fundamental*

[90] National Apology, *Nat'l Museum Austl.*, 13 marzo 2020, https://perma.cc/3MAC-UJYM

[91] Sul punto si veda, tra gli altri K. Mayberry, *Searching for Justice for Australia's Stolen Generations*, in *Chicago Journal of International Law*, 2021, p. 661 ss. che nota peraltro come il governo abbia anche mancato di affrontare la questione in termini di "genocidio culturale" (pp. 677 s.).

[92] A questa previsione fa chiosa il terzo comma dell'art. 39 che statuisce: «*The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill*». *Mentre l'art. 211 chiarisce «The courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law*».

[93] Così recita il secondo comma dell'art. 2 «*If any other law or any custom is inconsistent with any of the provisions of this Constitution, the Constitution shall prevail, and that other law or custom shall, to the extent of the inconsistency, be void*».

rights and freedoms, human dignity, democracy, and with the Constitution may be developed and incorporated in aspects of Ugandan life. The State shall- (i) promote and preserve those cultural values and practices which enhance the dignity and wellbeing of Ugandans; […]».

La giurisprudenza delle Corti africane in materia di diritto alla terra delle popolazioni indigene si iscrive in questo approccio. Afferma, ad esempio, la Corte Costituzionale sudafricana «*While in the past indigenous law was seen through the common law lens, it must now be seen as an integral part of our law. Like all law it depends for its ultimate force and validity on the Constitution. Its validity must now be determined by reference not to common law, but to the Constitution*»[94]. E ancora «*to understand them properly these rights must be considered in their own terms and not through the prism of the common law. The dangers of looking at indigenous law through a common law prism are obvious. The two systems of law developed in different situations, under different cultures and in response to different conditions*».[95] Ciò contribuisce a spiegare il fatto che la *customary law*, nel contesto africano, conosca una più accurata concettualizzazione[96], sia rispetto al suo *status* che rispetto al suo contenuto.

Inoltre, le sentenze africane mostrano una contiguità del diritto africano con la cultura e il diritto tradizionale, che non trova corrispettivo nei sistemi giuridici canadese e australiano [97] .

---

[94] *Richtersveld*, par. 51.

[95] *Richtersveld*, par. 55-56.

[96] Si veda, tra tutti, T. W. Bennett, *A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa*, Cape Town, 1991, richiamato dalla Corte Costituzionale sudafricana nella sentenza *Richtersvel*. La Corte, dopo aver chiarito che «*indigenous law*» è un termine che va assimilato a quello di «*customary law*» (par. 8), riporta le parole dello stesso Bennett per precisare che «*Although a number of text books exist and there is a considerable body of precedent, courts today have to bear in mind the extent to which indigenous law in the pre-democratic period was influenced by the political, administrative and judicial context in which it was applied. Bennett points out that, although customary law is supposed to develop spontaneously in a given rural community, during the colonial and apartheid era it became alienated from its community origins. The result was that the term "customary law" emerged with three quite different meanings: the official body of law employed in the courts and by the administration (which, he points out, diverges most markedly from actual social practice); the law used by academics for teaching purposes; and the law actually lived by the people*» (nota 51).

[97] La stessa dottrina del *native title*, come visto, contribuisce a cristallizzare la separazione tra diritto tradizionale e *common law*, consacrando la superiorità dell'eredità coloniale rispetto alla tradizione indigena, nel tentativo di cancellare il passato attraverso alcuni «*legal trick*». Sul punto J. Gilbert, *Historical indigenous peoples' land claims*, cit., p. 609.

L'attenzione per le peculiarità del diritto indigeno, inteso anche e soprattutto nella sua dimensione storica e culturale è presente in tutte le sentenze africane analizzate, e, talvolta, uno spazio *ad hoc* viene specificamente assegnato anche alla voce e al punto di vista dei ricorrenti indigeni. Mentre in Canada e Australia, il diritto tradizionale viene spesso ridotto ad una congerie di requisiti e prove da fornire, le sentenze africane sono ricche di riferimenti anche agli aspetti più culturali e identitari, desunti dalle testimonianze degli esperti e dei ricorrenti, che trovano nella sentenza un importante cassa di risonanza [98]. In proposito, ad esempio, in Uganda, la Corte Costituzionale riprende la testimonianza di una delle ricorrenti per dare conto di quanto la foresta fosse centrale e significativa per la vita dei Batwa non solo a livello materiale (i Batwa «[..] *derived sustenance from Bwindi foresta as hunter-gatherers; hunting, harvesting wild honey, and fishing from the rivers and swamps in the area*»[99]) ma anche a livello spirituale (*«[…] in the past, Mgahinga Forest was used as a burial ground for their ancestors. Therefore, some Batwa have a spiritual attachment to Mgahinga Forest which they believe to be the home of their gods whom the Batwa look for food availability, protection and cure of diseases*»)[100].

Sarebbe un'ingenuità affermare che la condizione delle popolazioni indigene in Africa sia rispettosa dei diritti fondamentali sanciti a livello costituzionale e convenzionale: sono molti i report e i documenti internazionali che dimostrano il contrario, primo fra tutti quello dell'African Commission on Human and Peoples' Rights[101]. Sarebbe altrettanto inesatto presentare l'approccio delle Corti africane nella tutela del diritto alla terra ancestrale come un modello irreprensibile, dal momento che numerosi sono i profili che richiedono ulteriori riflessioni, soprattutto in un'ottica che tenga in

[98] Si veda anche la Corte Costituzionale sudafricana che in *Richtersveld* afferma «The determination of the real character of indigenous title to land therefore «*involves the study of the history of a particular community and its usages. So does the determination of its content*» (par. 57). Si veda anche la *section* a p. 155 ss. della sentenza *Sesana*, titolata «E. 4. *The Applicants: Their Personal and Other Circumstances*».

[99] *UOBDU*, p. 25

[100] *UOBDU*, p. 26

[101] African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR), *Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples? The African Commission's work on indigenous peoples in Africa*, 2006. Si vedano anche i report dello UN Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, disponibili in *ohchr.org*.

considerazione il diritto tradizionale, la cultura delle popolazioni indigene e il loro evolversi[102]. Tuttavia, è innegabile come l'Africa non incontri gli ostacoli concettuali e ideologici ad un pieno riconoscimento del diritto tradizionale che si sono visti nel contesto canadese e australiano.

In tal senso, è possibile osservare come la questione indigena venga concepita e presentata come una questione che riguarda l'intera società. Afferma in proposito la Corte Costituzionale ugandese *«[…] the Batwa […] have been relegated to an unimportant or powerless society within our society»*.[103] La Corte Costituzionale sudafricana è altrettanto netta nell'affermare che «*The laws and practices by which the Richtersveld Community was dispossessed of the subject land accordingly discriminated against the Community and its members on the ground of race*»[104]. In tal senso, è indicativo di questa tendenza il fatto che la tutela delle istanze indigene sia inserita all'interno di una cornice concettuale che è quella dell'eguaglianza sostanziale, che, nel caso ugandese, viene addirittura declinata nei termini delle misure affermative. Occorre, peraltro, notare come la corte ugandese richiami nuovamente, a tal fine, la giurisprudenza del Canada, paese pioniere nel campo delle azioni affermative, che, tuttavia, incontra non poche resistenze ad utilizzare questo strumento per riequilibrare la condizione di marginalità e subordinazione sofferta dalle popolazioni indigene[105].

La geometria variabile che caratterizza la tutela e la promozione dei diritti delle popolazioni indigene nei diversi contesti (australiano, canadese e africano) trova un ulteriore sponda nelle modalità con cui

---

[102] Emerge, ad esempio, la difficoltà di rispondere alle istanze delle popolazioni indigene con uno stile di vita nomade che reclamano una terra ancestrale dai confini "mobili" ed estremamente estesi. Sul punto si veda B. De Villiers, *Land reform: Issues and Challenges*, cit., 2003, p. 135.

[103] *UOBDU*, p. 39. E ancora «*In my view, Article 32(1) requires the state to take measures aimed at ensuring that the marginalized groups who are citizens like the rest, feel secure and confident in the knowledge that they are recognized in society as human beings equally deserving of concern, respect and consideration*» (par. 41).

[104] *Richtersveld*, par. 96, e ancora si chiarisce «*In this case, the racial discrimination lay in the failure to recognise and accord protection to indigenous law ownership while, on the other hand, according protection to registered title. The inevitable impact of this differential treatment was racial discrimination against the Richtersveld Community which caused it to be dispossessed of its land rights*».

[105] La sentenza, richiamata a p. 40, è la sentenza della Corte Suprema canadese *R vs. Kapp* [2008] 2 SCR 483.

vengono concepiti e approvati gli atti di restituzione della terra in seno alle rispettive riforme agrarie. Così, ad esempio, in Sudafrica, la ridistribuzione della terra, avviata con il Restitution of Land Rights Act del 1994, intesa a restaurare anche i diritti vantati su di essa dalle popolazioni indigene, è stata presentata come uno dei punti più importanti nell'agenda politica ed economica del governo post-apartheid, incontrando un consenso diffuso tra le forze politiche così come nella popolazione. Ciò non vuol dire che non vi siano state fortissime resistenze, soprattutto da parte dei grandi proprietari terrieri bianchi, e neppure che la riforma della terra abbia mantenuto le originarie promesse di giustizia sociale e il forte afflato egualitario contro l'eredità coloniale[106]. Tuttavia, senza dubbio, quanto meno ai suoi albori, la riforma agraria in Sudafrica è stata animata da uno spiccato spirito redistributivo e presentata come tassello centrale di un più ampio progetto di decolonizzazione. Molto diverso è stato invece il processo che ha accompagnato l'approvazione del Native Title Act del 1993 in Australia. Originato dalla necessità di adeguarsi alla decisione della Corte nel Mabo case, più che da una reale volontà politica, esso è stato descritto come «*inordinately expensive, extremely slow, only fortuitously related to sensible land use, stressful and divisive for Aboriginal participants, unresponsive to Aboriginal needs and wishes, and arbitrary, haphazard and minimal in its delivery of benefits to Aboriginal people*»[107].

Infine, lo stesso dibattito che involge i confini definitori del termine indigeno nel contesto africano – considerato un termine ridondante, dal momento che «tutti gli Africani sono considerati

[106] Sui fallimenti della riforma della terra in Africa si veda, tra gli altri, T. Kepe – R. Hall, *Land Redistribution in South Africa: Towards Decolonisation or Recolonisation?*, in *Politikon*, 2018, p. 128 ss. dove si parla di «*colonial present*» e di «*continued colonisation*» (p. 133). Gli autori evidenziano la strumentalizzazione politica cui è stata sottoposta la riforma della terra negli ultimi anni nella storia politica e civile sudafricana (testimoniata dalle tensioni tra lo storico partito dell'ANC (African National Congress) e la nuova forza politica dell'EFF (Economic Freedom Fighters). A dispetto della proclamata centralità della riforma agraria in un'ottica di giustizia sociale ed economica, al 2018 solo lo 0,4% del budget nazionale era destinato ad essa. Si veda per un'analisi approfondita T. Ngcukaitobi, *Land matters: South Africa's failed land reforms and the road ahead,* Cape Town, 2021.

[107] H. Wootten, *Native title in a long term perspective: a view from the eighties. Paper read at the native title conference, 'Outcomes and Possibilities'*, Geraldton, 3-5 September 2002, p. 3, richiamato da B. De Villiers, *Land reform: Issues and Challenges*, cit., p. 131.

indigeni»[108] – è in qualche modo indicativo della tendenza che porta a vedere le popolazioni indigene non come «estranee», come «altro da sé», ma come parte integrante – anzi un tutt'uno – con la società. Questa ambivalenza è all'origine di una curiosa convivenza: da un lato, il quadro costituzionale e legislativo dei paesi africani risulta pressoché silente sulle popolazioni indigene, prive di una tutela *ad hoc*[109], mentre l'Indigenous and Tribal People Convention del 1989 (No. 169) – l'unico strumento di diritto internazionale volto a tutelare i diritti delle popolazioni indigene con effetti vincolanti – è stato ratificato da un solo stato africano, la Repubblica centrafricana. Tuttavia, al tempo stesso, come visto, il contesto africano è un terreno fertile per il riconoscimento di profili centrali per le popolazioni indigene, quali la tutela dell'identità culturale o il riconoscimento del diritto tradizionale, che qui vengono fatti germogliare e sono

[108] D. Huizenga, *Customary Law and Indigenous Rights in South Africa: From transformative constitutionalism to living law in struggles for rural land rights*, in *York Space Institutional Repository*, 2019, p. 134, disponibile su *yorkspace.library.yorku.ca*. Il dibattito che ruota attorno alla definizione di popolazione indigena è particolarmente sentito in ambito dottrinario, ma anche all'interno della società. Ciò, peraltro, ha ostacolato, e continua ad ostacolare, la tutela apprestata in favore delle popolazioni indigene anche nella misura in cui i diritti ad esse riconosciute vengono considerati «diritti speciali» assegnati in favore di alcuni africani e non di altri. Si veda sul punto l' African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR), *Indigenous peoples in Africa: the forgotten peoples?*, cit. che illustra tutti i fraintendimenti che si annidano attorno ai diritti delle popolazioni indigene, così definite *«'Indigenous peoples' is today a term and a global movement fighting for rights and justice for those particular groups who have been left on the margins of development, who are perceived negatively by dominant mainstream development paradigms and whose cultures and lives are subject to discrimination and contempt»* (p. 11). L'ACHPR, inoltre, precisa come non sia in discussione l'identità degli africani e il fatto che essi fossero già presenti al momento della colonizzazione, e, in questo senso, debbano considerarsi indigeni. Tuttavia, si chiarisce, «*When some particular marginalized groups use the term 'indigenous' to describe their situation, they are using the modern analytical form of the concept (which does not merely focus on aboriginality) in an attempt to draw attention to and alleviate the particular form of discrimination from which they suffer*» (p. 12). Oltre a questo aspetto, poi, il termine viene tacciato di essere un concetto intriso di pregiudizi etnocentrici. Per i riferimenti dottrinari, tra gli altri, J. Ngugi, *The decolonisation-modernisation interface and the plight of indigenous peoples in postcolonial development discourse in Africa*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2002, p. 289 ss e N. Crawhall, *Africa and the UN Declaration on the Rights of Indigenous people*, in *International Human rights*, 1, 2011.

[109] Si veda sul punto J. Gilbert, *Litigating indigenous peoples'rights in Africa*, cit., p. 658, che fa riferimento a qualche eccezione come la costituzione camerunense.

adeguatamente coltivati, non tanto quali diritti speciali delle popolazioni indigene bensì come patrimonio comune dell'intera società africana.

Tutto ciò, per concludere, si sposa pienamente con lo spirito trasformativo che anima la giurisprudenza delle corti africane nel periodo successivo all'indipendenza. La dottrina dell'*aboriginal title*, dunque, viene sì presa in prestito, ma per essere contaminata, e successivamente superata, riletta alla luce del vento di riforme che segna il passaggio ad una nuova era. «*The Community does not have to rely on the common law*»[110], afferma la Corte Costituzionale sudafricana. La tutela dei diritti delle popolazioni indigene, infatti, promana direttamente dalla Costituzione e dalle leggi intervenute a porre fine all'*apartheid*[111]. L'attenzione prestata al diritto tradizionale si spiega anche in ragione di ciò. Nella storia africana, durante il periodo coloniale, complice il pregiudizio nei confronti delle popolazioni locali, nonché la necessità di centralizzare il potere, il diritto consuetudinario fu relegato ad un ruolo secondario, marginale. Ad un primo periodo di assimilazione delle popolazioni indigene e di sottoposizione al regime giuridico coloniale seguì la strumentalizzazione del diritto tradizionale e la sua distorsione per piegarlo agli scopi del potere coloniale e per rafforzarne la legittimazione[112]. Così, il diritto consuetudinario ufficiale e codificato

---

[110] *Richtersveld*, par. 100.

[111] Il riferimento va, in particolare, all'art. 25(7) della Costituzione sudafricana che afferma «*A person or community dispossessed of property after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled, to the extent provided by an Act of Parliament, either to restitution of that property or to equitable redress.*», nonchè all'art. *2(1) del Restitution of Land Rights Act n. 22 del 1994, secondo il quale «A person shall be entitled to restitution of a right in land if: [...] (d) it is a community or part of a community dispossessed of a right in land after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices*».

[112] Sul punto T. W. Bennett, *Customary Law in South Africa*, cit., p. 35 ss. Nello stesso senso G. Woodman, *Legal Pluralism in Africa: The Implications of State Recognition of Customary Laws Illustrated from the Field of Land Law,* in *Acta Juridica*, 2011, p. 35 ss. e F. Osman, *The ascertainment of living customary law: an analysis of the South African Constitutional Court's jurisprudence*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2019, p. 98 ss. Si veda in particolare p. 100 in cui l'Autrice illustra come lo stato costrinse le popolazioni indigene all'esodo, relegandole ad un'area corrispondente al 13 % del territorio sudafricano. Per far fronte alla crisi agraria che ne seguì, vietò

assunse un differente *status* e riconoscimento rispetto al c.d. *living customary law*. Questo stato di cose venne meno all'indomani della fine dell'apartheid e la conquista dell'indipendenza.

Forte della lettera della costituzione, il diritto consuetudinario viene recuperato quale marcatore identitario dell'intera popolazione africana, che i giudici si preoccupano di valorizzare, assieme alla legittimazione ufficiale di un «*deep legal pluralism*»[113]. Il diritto consuetudinario, infatti, viene ripristinato nel suo rilievo giuridico anche nella sua versione non codificata. Così lo qualifica la Corte Costituzionale sudafricana *«[…] unlike common law, indigenous law is not written. It is a system of law that was known to the community, practised and passed on from generation to generation. It is a system of law that has its own values and norms. Throughout its history it has evolved and developed to meet the changing needs of the community. And it will continue to evolve within the context of its values and norms consistently with the Constitution*»[114]. Il diritto tradizionale in Africa viene inteso, dunque, quale diretta emanazione della cultura africana: è il «*people's customary law*»[115].

---

che le donne potessero essere titolari di diritti, sulla base di una supposta norma consuetudinaria, creando così le basi per la subordinazione dei diritti delle donne nel diritto tradizionale. Sugli interventi trasformativi, distorsivi (se non, addirittura, creativi) operati da parte dell'amministrazione coloniale europea sul diritto tradizionale si veda pure M. Nicolini, *Disengaging Africa from the colonial syndrome*, cit., p. 505 ss.

[113] C. Rautenbach, *Deep legal pluralism in South Africa: Judicial accommodation of non-state law in South Africa*, in *Journal of Legal Pluralism*, 2010, p. 143. L'Autrice, a p. 144, richiama anche le seguenti sentenze come portatrici di una prospettiva affine: *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: In re Ex Parte President of the Republic of South Africa* 2000 (2) SA 674 (CC) para 44; *Mabuza v Mbatha* 2003 4 SA 218 (C) para 32; *Bhe v Magistrate, Khayelitsha (Commission for Gender Equality as Amicus Curiae); Shibi v Sithole; South African Human Rights Commission v President of the Republic of South Africa* 2005 1 SA 580 (CC) para 43. L'espressione «*deep legal pluralism*» si deve a G. Woodman che la definisce come un sistema in cui «*the entirety of state law coexisted with non-state, but widely observed customary laws*» e ancora «*The official doctrines of state law thus accepted that there was more than one independent source of state law, although this was not always admitted by officials. There was a recognised deep legal pluralism which formed the basis of the state law pluralism*», così in *Legal Pluralism in Africa: The Implications of State Recognition of Customary Laws Illustrated from the Field of Land Law*, cit., p. 39.

[114] *Richtersveld*, par. 53.

[115] G. Woodman, *Legal Pluralism in Africa: The Implications of State Recognition of Customary Laws Illustrated from the Field of Land Law*, cit., p. 45. L'autore descrive, in

Ciò non vuol dire che la valorizzazione del diritto tradizionale operata a livello giudiziale sia esente da rischi e pericoli. In termini generali, è possibile rilevare come, per un verso, una pedissequa applicazione del diritto tradizionale possa replicare squilibri di potere esistenti all'interno dei sistemi giuridici indigeni, soprattutto ai danni delle minoranze (è la delicata questione delle «minoranze all'interno delle minoranze»[116]). Per altro verso, l'uso e la trasposizione impropria delle categorie del diritto tradizionale da parte delle corti potrebbe condurre a sentenze che proiettano stereotipi o false rappresentazioni della comunità indigena, che realizzano fraintendimenti del diritto tradizionale o, peggio, indebite strumentalizzazioni, funzionali alla surrettizia riproduzione della violenza coloniale. Pur con questi necessari *caveat*, all'esito di quanto osservato con riferimento alla giurisprudenza delle corti africane, in questa sede si vuole evidenziare come, soprattutto nella sua accezione di *living customary law*, il riconoscimento del diritto tradizionale possa dimostrarsi estremamente utile a rompere le barriere stato-centriche ed essenzializzanti che pesano sulle identità culturali delle popolazioni indigene, in costante evoluzione, nonché sulla tutela e promozione dei loro diritti[117].

5. Conclusioni

particolare, in questi termini il *living customary law*, che viene tenuto distinto dal *Lawyer's customary law*, dove con questo termine si intende il diritto consuetudinario codificato, che trae la sua validità dall'autorità statale. L'autore nelle sue conclusioni arriva ad affermare che la fine del *living customary law* vorrebbe dire «*the destruction of valuable African cultures*» (p. 58)

[116] L'espressione è di A. Eisenberger – J. Spinner-Halev, (eds.), *Minorities within minorities: Equality, rights and diversity*, Cambridge, 2005. Sul punto di veda F. Osman, *The ascertainment of living customary law: an analysis of the South African Constitutional Court's jurisprudence*, cit., che mette in guardia da un'ingenua mitizzazione del *living customary law* che non coincide necessariamente con i diritti umani ma che può essere espressione di relazioni di potere ai danni di gruppi più vulnerabili (ad esempio da parte degli uomini nei confronti delle donne). (p. 101).

[117] Così afferma la Corte costituzionale sudafricana in *Richtersveld* «*…indigenous law is not a fixed body of formally classified and easily ascertainable rules. By its very nature, it evolves as the people who live by its norms change their patterns of life*» (par. 52).

Le sentenze sul diritto alla terra delle popolazioni indigene analizzate in questo articolo hanno rappresentato un utile campo di osservazione per esplorare l'interazione tra corti operanti in contesti molto diversi, nonché un chiaro esempio di «*judicial globalization*»[118]. L'indagine ha permesso di constatare come, di fronte alla richiesta di giustizia avanzata dalle popolazioni indigene, ogni corte contribuisca con la propria autonoma versione dell'*aboriginal right to land*, anche a livello terminologico. Si pensi, in proposito, al *panteon* di nozioni coniate all'uopo dalle varie corti: *native title*, *aboriginal title*, *indigenous title*, *indigenous law ownership*[119]. Ognuna di esse esprime lo sforzo di cogliere e tradurre in un vocabolario comprensibile alle tradizionali categorie giuridiche un contenuto spesso vissuto come estraneo e lontano. Parallelamente, in questo esercizio, le corti si confrontano con la sfida – invero diabolica – di individuare un raccordo tra diritto statuale e diritto tradizionale, di emettere delle pronunce che siano sì rispettose dei diritti delle popolazioni indigene, ma anche capaci di rispondere alle loro istanze disinnescandone al tempo stesso ogni potenziale sovversivo, non solo sul piano territoriale, ma anche su quello simbolico-culturale.

La vernacolarizzazione che il movimento internazionale per i diritti delle popolazioni indigene ha conosciuto in Africa, nella specifica declinazione del diritto alla terra, ha mostrato come sia possibile, per questa via, contestare e smontare l'eredità del dominio coloniale che ancora pesa sul diritto e sulle società che l'hanno conosciuto[120]. La valorizzazione del diritto consuetudinario operata dalle corti africane e la lettura in chiave egualitaria e strutturale dell'esperienza di subordinazione delle popolazioni indigene, infatti, è

---

[118] A. M. Slaughter, *Judicial globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, 2000, p. 1103 ss. Richiama questo profilo anche J. Gilbert, *Historical indigenous peoples' land claims*, cit., p. 610.

[119] T. M. Chan, *The Richtersveld challenge: South Africa finally adopts Aboriginal Title*, in R. K. Hitchcock – D. Vinding (eds.), *Indigenous Peoples' rights in Southern Africa*, Copenhagen, 2004, p. 114 ss., p. 128.

[120] M. Goodale – S. E. Merry, *The Practice of Human Rights: Tracking Law Between the Global and the Local*, Cambridge, 2007. Sul punto anche D. Huizega, *Customary Law and Indigenous Rights in South Africa: From transformative constitutionalism to living law in struggles for rural land rights*, cit., «*aboriginal title and Indigenous rights represent human rights norms that develop in both political contexts and international arenas. They have been interpreted and elaborated in transnational spheres of deliberation and translated into local contexts as they are rendered in 'the vernacular'*» (p. 133).

andata nella direzione di una demistificazione di una costruzione monolitica del diritto, da concepire come una derivazione esclusivamente statale, per promuovere, invece, un *deep legal pluralism*. Per converso, l'approccio adottato dai giudici australiani e canadesi ha mostrato come la dottrina del *native title*, elaborata in termini formalistici, frammentati e fermamente ancorata agli schemi della *common law*, abbia assolto alla funzione di schermo rispetto all'attacco scatenato dalle istanze indigene alla centralità dello stato nella produzione del diritto e alle conseguenti asimmetrie (anche di senso e rappresentazioni) che esso contribuisce a creare e mantenere nella società [121]. Il diritto così concepito si presenta, dunque, quale strumento di colonizzazione culturale e identitaria, nel momento in cui non dà spazio al diverso modo di concepire la relazione tra uomo e terra elaborata e messa in atto dalle popolazioni indigene. Questa visione «ecocentrica», organica, di ampio respiro, è ammessa a ricevere un qualche rilievo giuridico solo nella misura in cui sia «*cognizable to the law*», ovvero rientri nelle caselle dal sapere (anche giuridico) tradizionale e dominante, che, invece, si presenta come analitico e schematico.

A ciò, peraltro, deve aggiungersi un'altra osservazione che riprende alcune considerazioni proposte all'inizio di questo lavoro. Per un verso, lo studio conferma come la circolazione dei modelli non può mai ridursi a «riproduzione fedele», ma ad «adattamenti del modello alle esigenze degli organi imitanti»[122]. Per altro verso, tuttavia, questo lavoro mostra come l'azione delle corti, più che mai necessaria, non può essere sufficiente. L'avvio di un processo rappresenta per le popolazioni indigene un'impresa estremamente dispendiosa, non solo in termini di risorse economiche. Occorre sensibilizzare i membri della comunità, costruire la strategia processuale, raccogliere prove sufficienti: si tratta di azioni che, come visto, risultano spesso complicate e onerose, per non parlare del rischio di conflitti interni e del costo in termini non solo economici, ma anche psicologici che da

[121] Si vedano ad esempio le conclusioni raggiunte dalla Royal Commission on Aboriginal Peoples: Canada, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Ottawa, 1996, richiamate anche da M.V.W. Moulton, *Framing aboriginal title as the (mis)recognition of Indigenous Law*, cit., p. 24.

[122] G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit., p. 22.

ciò può derivare[123]. A ciò deve aggiungersi un'altra circostanza: i casi relativi al diritto alla terra delle popolazioni indigene sono pochi e, molto spesso dall'esito incerto, trattandosi di «interessi sui generis», che possono conoscere anche di pericolosi *revirement* da parte delle corti[124], dopo, peraltro, lunghi tempi di attesa[125].

La tutela giurisprudenziale rischia, così, di apparire un ulteriore strumento che conferma il sistema di dominio di un governo e di una società preoccupata di limitare, piuttosto che di tutelare i diritti alla terra delle popolazioni indigene, tanto più che spesso sono forti gli interessi economici coinvolti. In questo contesto, emerge, dunque, la necessità – già da molti invocata – di un intervento legislativo per una più efficace, definitiva e strutturale riforma agraria, che passi per una reale partecipazione delle popolazioni indigene[126].

Com'è stato sottolineato, «*Shared human problems require similar responses from legal systems, hence legislatures and courts look to other jurisdictions for inspiration at least, if not for direct borrowing, in an effort to improve these responses. Global problems of our day need global solutions or interrelated local solutions*»[127]. Non resta, dunque, che auspicare che un'ulteriore fase dell'interazione abbia luogo, nel senso di una circolazione, anche nel

---

[123] Osserva sul punto B. De Villier, *Land reform: Issues and Challenges*, cit., «*The process of preparing a case for trial, giving evidence, the litigious style of cross-examination, rigid court procedures and the atmosphere associated therewith makes the giving of evidence a painful and frightening experience to many Aboriginal and even expert witnesses*» (p. 119).

[124] Si veda in proposito la sentenza *Coastal GasLink Pipeline Ltd. v Huson*, 2019 BCSC 2264 (CanLII), in cui la Supreme Court del British Columbia ha affermato «*As a general rule, Indigenous customary laws do not become an effectual part of Canadian common law or Canadian domestic law until there is some means or process by which the Indigenous customary law is recognized as being part of Canadian domestic law, either through incorporation into treaties, court declarations, such as Aboriginal title or rights jurisprudence, or statutory provision*» (par. 127).

[125] Si pensi al caso ugandese qui analizzato. Dalla proposizione dell'istanza alla decisione della Corte Costituzionale sono trascorsi ben 8 anni (peraltro con un ulteriore rinvio alla High Court).

[126] Si veda B. De Villiers, *Land reform: Issues and Challenges*, cit., fa riferimento ad un membro del National Native Title Tribunal (tribunale creato dal Native Title Act, che assolve una serie di funzioni, quali la registrazione dei ricorsi che hanno ad oggetto *native title*, mediazione e arbitrato), Tony Lee, che afferma: «*It is time for the native title process to move away from the clutches of so-called experts, gate-keepers, bureaucrats, lawyers and the court system to where it should have been from the beginning, with Aboriginal people*» (p. 119).

[127] E. Örücü, *Law as Transposition*, cit., p. 222.

nord del mondo, di un discorso sulla tutela dei diritti delle popolazioni indigene che dia voce al diritto tradizionale e, per questo tramite, alla dimensione culturale e identitaria delle popolazioni indigene. Pur con le dovute cautele, già illustrate, ciò permetterà anche un riconoscimento di queste istanze che sia più organico, onnicomprensivo, e improntato ai principi di eguaglianza sostanziale. Un ragionamento di questo tipo, infatti, che vede necessariamente come destinataria l'intera società, servirà altresì a veicolare un processo di generale e radicale ripensamento, più che mai urgente e necessario, che non potrà esimersi dal toccare concetti quali il diritto, i diritti, le culture, le identità. Si tratta, infatti, di concetti che, in un tempo di incessanti connessioni e contaminazioni, richiedono ancora profonde e accurate riflessioni.

***

ABSTRACT: The paper aims to analyse the decisions on the land rights of indigenous peoples taken by some African courts (i.e., by the Constitutional Courts of Uganda and South Africa and by the High Court of Botswana), comparing them with the judgments issued on the same subject by the Canadian Supreme Court and the Australian High Court. By analysing the lines of argumentation adopted by these courts, this paper aims to capture phenomena of dialogue, contaminations and hybridizations. Indeed, in adjudicating on indigenous peoples' land rights, the African courts referred to the decisions of their Australian and Canadian colleagues, and, to a certain extent, borrowed the reasoning developed by the latter on similar claims. However, at the same time, a relevant peculiarity marks the approach of African courts: the legal, conceptual and cultural status recognized to indigenous identities and customary laws, in a context of deep legal pluralism.

KEYWORDS: Dialogue among Courts – rights of indigenous populations – right to ancestral land – traditional law – Southern turn in comparative constitutional law

***

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Paola Pannia – Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale comparato, Università degli Studi di Firenze (paola.pannia@unifi.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*

Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. L'espansione della materia costituzionale e il ruolo allo scopo giocato dalla Corte costituzionale. – 2. Riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, tra legislatore e giudici. – 3. La tendenza al "riaccentramento" e il superamento dell'antico limite delle "rime obbligate": spia eloquente, l'una e l'altro, della irresistibile vocazione della Corte costituzionale a dismettere i panni del giudice e ad indossare quelli del decisore politico. – 4. Il concorso dato a questo *trend* dal c.d. "dialogo" tra le Corti, nelle sue plurime espressioni, e la conferma venuta dalla più recente giurisprudenza della spiccata attitudine del giudice costituzionale a rimarcare l'"anima" politica a discapito di quella giurisdizionale che racchiude al proprio interno, rendendola viepiù manifesta. – 5. "Dialogo" tra le Corti e comparazione giuridica, con specifico riguardo alle sue espressioni *silenti* ed a quelle *inconsapevoli*. – 6. La trasformazione profonda della natura e del ruolo dei giudici in genere e di quelli costituzionali in ispecie, con effetti a raggiera per l'intera trama istituzionale e nei riguardi della stessa idea di Costituzione e di Stato costituzionale.

1. L'espansione della materia costituzionale e il ruolo allo scopo giocato dalla Corte costituzionale

Si dà un rapporto di corrispondenza biunivoca tra la espansione della materia costituzionale e la espansione del ruolo della giustizia

* Testo rielaborato di una lezione tenuta il 25 maggio 2022 presso il corso di *Giustizia costituzionale comparata* dell'Università di Firenze tenuto da V. Barsotti e R. Ibrido. La varietà dei temi toccati da questo studio, unitamente all'ampiezza del campo materiale in cui essi si situano, avrebbe richiesto un apparato di note e di riferimenti di letteratura imponente che, per la originaria destinazione dello studio stesso, si è tuttavia qui dovuto sacrificare, circoscrivendo dunque i richiami all'essenziale.

Il contributo non è stato sottoposto a referaggio in quanto proveniente da un membro del Comitato Scientifico, conformemente all'art. 7 del Regolamento della Rivista.

costituzionale.[1] Entrambe, infatti, si sono date (e si danno) mutuo alimento, sostegno, giustificazione.

Dell'una si ha riscontro tanto per ciò che concerne la parte sostantiva quanto con riguardo alla organizzazione. Indice emblematico della prima è l'"invenzione"[2] di nuovi diritti, specie in ambito di biodiritto (e, segnatamente, con riferimento alle esperienze d'inizio e fine-vita[3]), della quale si ha peraltro testimonianza in

[1] Si tratta della prima nel mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in Riv. AIC, 4, 2017.

[2] Adopero il termine qui nella sua propria ed originaria accezione, della *inventio* cioè di ciò che è profondamente radicato nel corpo sociale e che per mano degli operatori di diritto è quindi portato alla luce e *quodammodo* positivamente "razionalizzato" (secondo modello, in prima battuta, con disciplina costituzionale, per quanto l'esperienza renda poi testimonianza che vi si fa luogo perlopiù con leggi comuni ed altri atti ancora di normazione) ovvero fatto oggetto di riconoscimento *ope juris prudentiae*. D'altronde, proprio questa – secondo il magistero orlandiano che, a sua volta, si rifaceva ad una indicazione che era già nella tradizione romanistica – è la più genuina e qualificante funzione della Costituzione e del diritto costituzionale, come può vedersi dai riferimenti che sono nel mio scritto sopra cit.

[3] Riferimenti, nella ormai sconfinata lett. e limitando i richiami ai soli scritti di respiro monografico da noi venuti di recente alla luce, quanto alle prime, in S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016; B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali d'inizio-vita*, Milano, 2012; Id., *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020; L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; A. Vesto, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018; V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Torino, 2019; F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; M.P. Iadicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020; per le seconde, v., almeno, R.G. Conti, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019, e S. Agosta, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Roma, 2020. Un animato confronto si è, poi, svolto in relazione alla iniziativa referendaria avente ad oggetto l'art. 579 c.p.: *ex plurimis*, v. i contributi al Seminario preventivo di *Amicus curiae* su *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, a cura di G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi, cui *adde* P. Borsellino, *Il referendum sull'art. 579 c.p. e l'aiuto attivo a morire. Una "contestualizzazione" necessaria*, in Amicus curiae e in Forum di Quad.

documenti *materialmente* (o – per dirla con la Consulta[4] – *tipicamente*) costituzionali, quali le Carte dei diritti, in ispecie quelle venute alla luce negli anni a noi più vicini che danno mostra di essere state profondamente "impressionate" dallo sviluppo scientifico e tecnologico, quale ancora non si aveva, perlomeno nella stessa misura, al tempo del varo delle Costituzioni dell'immediato dopoguerra[5]. Anche però la trama degli enunciati specificamente riguardanti l'organizzazione si presenta a maglie viepiù fitte ed intrecciate, non soltanto – ciò che è d'immediata evidenza – nel passaggio dalle Carte liberali a quelle venute alla luce a seguito della seconda grande guerra[6] ma anche dopo di queste, fino a pervenire al tempo più recente, connotato dalla istituzione di organi e figure soggettive di indubbio rilievo costituzionale, pur laddove di esse non si abbia esplicita traccia nella Costituzione, allo scopo opportunamente novellata: indice

cost., 2022, 1; F. Lazzeri, *Il pendio verso l'ammissibilità del referendum sull'eutanasia: alcune riflessioni sulla soglia minima di tutela penale della vita e una proposta per ritenere adeguata la disciplina di risulta*, in *Sist. pen.*, 10 gennaio 2022; M. D'Amico – B. Liberali (a cura di), *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, fasc. spec., 25 gennaio 2022; U. Adamo, *Intorno al giudizio sull'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*, in *Oss. cost.*, 1, 2022, p. 232 ss. Inoltre, i contributi che sono in *Focus Human Rights* di *Federalismi*, 2022, 14 di S. Aceto di Capriglia, *Fine vita tra riforme legislative straniere e la proposta referendaria italiana: un confronto tra modelli*, p. 125 ss., A. Alberti, *L'omicidio del consenziente come norma a contenuto costituzionalmente vincolato o a contenuto necessario/obbligatorio? Brevi note alla sent. n. 50 del 2022*, 176 ss., e F. Bertolini, *Il principio personalista nelle situazioni di fine vita*, p. 188 ss., nonché A. Camaiani, *"Il fine non giustifica i mezzi: la Corte costituzionale frena gli entusiasmi referendari sul fine vita, ma salva l'ordinamento da un grave vuoto sanzionatorio"*, in *Consulta OnLine*, 2, 2022, p. 505 ss. Infine, A. Pugiotto, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Riv. AIC*, 2, 2022, p. 89 ss.

[4] Così, secondo la discussa (e discutibile) Cost., 7 novembre 2017, 269.

[5] Si pensi, ad es., ai richiami che sono negli artt. 3 e 21 della Carta di Nizza-Strasburgo al divieto di pratiche eugenetiche e di clonazione riproduttiva o di discriminazione in base alle caratteristiche genetiche o, ancora, in base all'orientamento sessuale, e via dicendo. Lo stesso linguaggio – come si vede – si avvale di termini in passato sconosciuti, il cui utilizzo è gravido di implicazioni di considerevole rilievo (sul linguaggio giuridico in genere e costituzionale in ispecie, v., almeno, G. Silvestri, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2, 1989, p. 229 ss., e P. Caretti – R. Romboli (a cura di), *La lingua dei giuristi*, Pisa, 2016).

[6] … delle quali proprio la istituzione dei tribunali costituzionali, unitamente ad istituti di decentramento politico-istituzionali (quali, da noi, le Regioni), costituiscono emblematica rappresentazione.

eloquente, anche questo, della tendenza a "declassare" per l'aspetto formale la materia costituzionale, vale a dire dello scollamento esistente tra questa e la forma di cui si riveste, a mio parere inadeguata rispetto allo scopo[7].

L'esempio più lampante è, forse, dato dalla struttura della compagine governativa che – come si sa – non si esaurisce nei soli organi di cui la Carta stessa fa esplicitamente menzione, risultando altresì composta da non pochi altri organi che rinvengono nella legge 400 del 1988 e in altri atti normativi ancora la fonte della loro regolazione. O si pensi ancora alle autorità amministrative indipendenti, e via dicendo.

Non è di qui indagare sulle ragioni che hanno indotto gli organi della normazione a non far luogo ad esplicite innovazioni alla Carta del '48, preferendo allo scopo battere la via più piana e meno impegnativa della disciplina con legge comune[8]. D'altronde, la stessa ricezione dei trattati che hanno segnato ed accompagnato le esperienze riguardanti l'appartenenza del nostro Stato (ieri alle Comunità europee ed oggi) all'Unione si è avuta – com'è a tutti noto – con leggi venute alla luce con le procedure ordinarie, la cui adozione è stata quindi, con un po' di ardimento, agganciata al sibillino art. 11 Cost., venendosi quindi a determinare la singolare situazione per cui la fonte, dal punto di vista dell'ordine interno, dell'ingresso in

[7] Non sempre, tuttavia, le cose vanno così, secondo quanto è avvalorato dalla novella apportata agli artt. 9 e 41 della Costituzione, in ispecie – per ciò che qui maggiormente interessa – al primo, avendosi dunque conferma che gli stessi enunciati espressivi di principi fondamentali possono sottostare a revisione, laddove come qui l'obiettivo avuto di mira sia non già quello – inammissibile – della contrazione dell'area materiale "coperta" dagli enunciati stessi e, con essa, della riduzione della *vis* prescrittiva di questi ultimi bensì l'altro, opposto, dell'ulteriore espansione di quella e del rinvigorimento di questa – in argomento, ora, il mio *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva dei principi fondamentali*, in Consulta OnLine, 2, 2022, p. 473 ss.

[8] Tra le maggiori cause di questo stato di cose è sicuramente da annoverare la circostanza per cui le maggioranze di governo hanno perlopiù esibito gracilità di struttura e scarsa coesione interna, cui è poi da aggiungere una ormai acclarata incapacità di progettazione politica quale spia emblematica di una crisi lacerante della rappresentanza politica sulla quale – come si sa – si è avuta un'autentica alluvione di scritti di vario segno. Ma non solo di ciò si è trattato, dovendosi inoltre considerare una difettosa percezione di ordine teorico circa ciò che è, *in nuce*, la materia costituzionale ed il modo giusto con cui essa va positivamente regolata, secondo quanto si dirà meglio a momenti.

quest'ultimo di atti sovranazionali aventi rango "paracostituzionale" (o costituzionale *tout court*) riposa in leggi comuni…

Ad ogni buon conto (e senza ora rivangare questioni teoriche pure di non poco interesse ma che un'esperienza ormai consolidata ha bell'e sepolte[9]), il carattere materialmente costituzionale di alcune leggi che hanno integrato lo scarno figurino delineato nella Carta in entrambe le parti in cui si divide ed articola è fuori discussione, ove si convenga a riguardo della natura propriamente costituzionale degli oggetti della loro regolazione, in forza di un riconoscimento che, nel modo più sicuro, non può che esser dato da una *consuetudine culturale* diffusa e profondamente radicata nel corpo sociale, della quale si facciano quindi interpreti gli operatori istituzionali.

La Corte costituzionale è tra questi; ed è, anzi, da tutti accreditata quale uno dei più autorevoli operatori, sì da meritarsi l'appellativo di *viva vox constitutionis*.

Ora, la giustizia costituzionale, allo stesso tempo in cui rende eloquente e particolarmente attendibile testimonianza del carattere materialmente costituzionale di alcuni istituti o interessi meritevoli di tutela, ne promuove ed incoraggia il radicamento nel tessuto sociale ed ordinamentale, sollecitando pertanto – per ciò che è qui di specifico interesse – la materia costituzionale a crescenti e vistose affermazioni e alimentando dunque un *trend* che trae comunque linfa dal corpo sociale nel quale ha origine. Così facendo, peraltro, la giustizia costituzionale si rilegittima senza sosta, rendendo viepiù saldo e consistente il consenso di cui ha costantemente bisogno da parte di cittadini ed operatori.

Materia e giustizia costituzionale, insomma, si tengono a vicenda, fino a fare tutt'uno, sol che si pensi che il diritto costituzionale (ma il diritto *tout court*), a conti fatti, vige per il modo con cui… *vive*, per il tramite appunto degli operatori in genere (legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale appunto, e, a seguire,

[9] Se ci si pensa, l'unica via battibile per giustificare il paradossale effetto ora evocato nel testo è fare appello – come mi sono sforzato di argomentare altrove – ad una sorta di *consuetudine di rango costituzionale* che, in deroga al canone del *numerus clausus* delle fonti di primo grado (e, a maggior ragione, di quelle di grado superprimario), avrebbe portato all'effetto stesso, sempre che – naturalmente – si ammetta la esistenza di consuetudini *contra Constitutionem*. Ma, di tutto ciò in altri luoghi.

altri ancora[10]), i quali poi, a loro volta, hanno pur sempre necessità di farsi interpreti, a un tempo, dei bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale (e, dunque, di tenere nel dovuto conto le *consuetudini culturali* che in esso si affermano) e delle indicazioni offerte dalla Carta costituzionale.

2. Riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, tra legislatore e giudici

Venendo, ora, subito a dire di ciò che compone la parte più qualificante ed espressiva (il "nucleo duro", come suole essere chiamato[11]) della materia costituzionale, delicate (e, ad oggi, controverse) questioni si pongono in relazione alla emersione e disciplina dei nuovi diritti fondamentali. È sotto gli occhi di tutti che in seno al corpo sociale, nel corso degli anni (e, in ispecie, in quelli a noi più vicini), si siano manifestate e seguitino senza sosta a manifestarsi, a volte in modo prepotente, istanze diffusamente ed intensamente avvertite che dovrebbero trovare la prima, seppur non esclusiva, sede istituzionale presso la quale essere portate alla luce, ordinate in una scala di priorità e quindi – nella misura consentita dalle difficili e talora persino proibitive condizioni oggettive di contesto – essere appagate nelle assemblee elettive, venendo quindi tradotte in discipline legislative idonee a darne la regolazione all'esito di operazioni non di rado delicate e, comunque, sofferte di "bilanciamento" dei beni della vita in gioco.

Ora, come si è tentato di argomentare altrove, siffatta traduzione avrebbe a mia opinione dovuto aversi in prima battuta a mezzo di leggi di forma costituzionale: gli strumenti elettivi al fine di dare appunto il *riconoscimento* (in senso proprio) dei nuovi diritti[12],

[10] … tra i quali, gli amministratori, il cui ruolo non può tuttavia trovare qui spazio per essere illustrato, nei limiti peraltro in cui si renda noto. Non si dimentichi, infatti, che le pratiche amministrative sono di dimensioni colossali e che molte di esse, di cui si ha traccia in circolari ed altri atti interni, non si rendono palesi fuori delle mura in cui le pratiche stesse sono poste in essere, malgrado gli sforzi fin qui prodotti per rendere trasparente l'amministrazione.

[11] Per tutti, S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006.

[12] … vale a dire a porre in essere quell'opera di *inventio*, di cui poc'anzi si diceva, portando ad emersione ciò che è profondamente radicato nel corpo sociale e da quest'ultimo intensamente avvertito come bisognoso di positiva regolazione.

facendosi dunque luogo a quell'aggiornamento che avrebbe messo la nostra Carta al passo di quelle venute successivamente alla luce, senza perciò che la *prima* ed *essenziale* disciplina in parola venisse demandata alla legge comune o, addirittura, lasciata del tutto scoperta, così come invero in relazione ad alcuni nuovi diritti si è avuto (e si ha).

D'altro canto, appare singolare la circostanza per cui, trattandosi in tesi di dar voce a bisogni elementari della persona umana, come tali diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale, quali appunto sono i diritti fondamentali in genere (vecchi e nuovi)[13], possa assistersi in ordine alla loro prima e necessaria "razionalizzazione" positiva ad una divisione e vera e propria contrapposizione tra forze politiche di diverso schieramento, quale fisiologicamente si ha in un ordinamento di stampo liberal-democratico in occasione del "gioco" che senza sosta si svolge tra maggioranza ed opposizioni, in ispecie in occasione della formazione delle leggi comuni. Piuttosto, la prima e più probante riprova della natura dei bisogni stessi e della bontà dunque della loro pretesa ad essere qualificati in termini di autentici "diritti fondamentali" (nella loro ristretta accezione) è data proprio dalla convergenza degli orientamenti a riguardo del loro riconoscimento. È pur vero che in occasione della formazione delle leggi di revisione costituzionale possono registrarsi differenti posizioni tra le forze politiche rappresentate in Parlamento: è fisiologico che sia così, in rispondenza al carattere democratico dell'ordinamento. E tuttavia il fatto stesso per cui le leggi in parola possono venire alla luce con maggioranze comunque diverse (e aggravate) rispetto a quella stabilita per le leggi comuni conferma *per tabulas* che la "razionalizzazione" di bisogni dal corpo sociale avvertiti come espressivi di veri e propri "diritti fondamentali" dovrebbe aversi unicamente laddove attorno agli stessi si coagulino i più larghi e convinti consensi[14]. Le divisioni, poi,

[13] La tesi trovasi argomentata nel mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in V. Baldini (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017, 337 ss., nonché in Id., *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in Consulta OnLine, 2, 2016, p. 263 ss., ed è quindi stata ulteriormente precisata e svolta in altri luoghi, tra i quali, di recente, *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in Consulta OnLine, 1, 2022, p. 130 ss.

[14] Non per mero accidente, poi, così è pure per la elezione di organi, come il Capo dello Stato, nei quali la gran parte delle forze politiche si riconosce, per il

possono tornare a manifestarsi ed a farsi valere laddove si tratti quindi di dare svolgimento alle indicazioni di base apprestate dalla fonte costituzionale, a mezzo delle loro opportune specificazioni ed attuazioni con legge comune e, in genere, con gli strumenti ordinari di normazione, nonché con altri atti ancora a questi funzionalmente connessi[15]. Una disciplina, quest'ultima, essa pure comunque bisognosa di non spingersi in innaturali dettagli, sì da preservare la necessaria duttilità strutturale degli atti in genere espressivi di "diritto politico" e dare pertanto modo al "diritto giurisprudenziale" di poter far luogo ai loro adattamenti alle peculiari esigenze dei casi[16], in esercizio dunque di una funzione non di mera *applicazione* (nel suo proprio e ristretto significato) – come invece ritiene un'accreditata dottrina[17] – bensì di *attuazione* degli enunciati positivi a mezzo di regole appunto di fattura giurisprudenziale.

Per altro verso, è francamente singolare che la "razionalizzazione" in parola si reputi possibile senza tener ferma la distinzione, qui nuovamente ribadita, tra il *riconoscimento* e la *tutela* al piano normativo[18], ove si consideri che i nuovi diritti, una volta che siano stati fatti oggetto di disciplina positiva, possono partecipare (ed effettivamente partecipano) ad armi pari coi vecchi ad operazioni di

---

fatto stesso di riconoscere nella persona designata un autentico, genuino interprete e garante dell'unità nazionale: uomo, sì, di parte per estrazione ma sopra le parti per elezione e vocazione. Né più né meno – come si vede – di ciò che è, *in nuce*, la Costituzione la cui approvazione si pone quale espressione di un consenso trasversale, portatosi ben oltre la "logica" degli schieramenti. E non si dimentichi che nella primavera del '47 l'originaria concordia tra le forze politiche era venuta meno per effetto della crisi di governo aperta da De Gasperi che, nondimeno, non incise, per fortuna, sull'intesa tra le forze stesse che seguitò ad affermarsi fino alla felice conclusione del varo della Carta.

[15] Non si sottovaluti, nondimeno, il significato complessivo assunto da tutti tali atti, specie a fronte del carattere aperto e francamente sibillino di molti enunciati della legge fondamentale della Repubblica.

[16] Sulle due forme di produzione in parola, v., almeno, V. Masserini *et al* (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, Pisa 2020.

[17] V., part., M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in Riv. AIC, 3, 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, pure Id., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in Riv. AIC, 4, 2014, nonché Id., *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in P. Perlingieri – S. Giova (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018, p. 37 ss., spec. p. 43 ss.

[18] … e senza, peraltro, sottostimare – come si diceva – il rilievo che è da assegnare agli atti adottati al fine di apprestare la *prima*, *diretta* e *necessaria* specificazione-attuazione degli enunciati costituzionali.

bilanciamento, sì da obbligare dunque questi ultimi, in circostanze non infrequenti, a sottostare a sacrifici anche considerevoli per ciò che attiene alle loro pretese di appagamento.

Ma, poi, il vero è che la stessa legge comune – come si accennava poc'anzi – è largamente venuta meno al compito demandatole di dar voce ai bisogni in parola, con la conseguenza che domande viepiù consistenti e pressanti di riconoscimento e tutela a un tempo si sono indirizzate (e seguitano ininterrottamente ad indirizzarsi) ai giudici, a *tutti* i giudici: comuni, costituzionali, sovranazionali.

Di qui, poi, un complessivo squilibrio di ordine istituzionale che ha comportato una innaturale "supplenza" degli operatori di giustizia nei riguardi del legislatore, comune e costituzionale. Una "supplenza" – ha detto il nostro giudice costituzionale, per bocca del suo Presidente *pro tempore*[19] – "non richiesta e non gradita" che, però, vi è stata e che – per ciò che ora maggiormente importa – ha col tempo assunto forme (ad alcune delle quali si farà a breve cenno) vistose e, in qualche caso, a mio modo di vedere, persino abnormi.

Il punto è molto importante e spiega la ragione per cui si è ritenuto di fare qui richiamo al modo di essere della materia costituzionale e, dunque, dei beni della vita o interessi in essa emergenti ed ai modi con cui vi ha dato (e dà) voce la giustizia costituzionale, specie appunto nel tempo presente.

Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui, pur laddove la disciplina legislativa in parola veda la luce, ugualmente non di rado esibisce carenze e contraddizioni interne, a volte anche macroscopiche, sì da richiedere un incisivo e scrupoloso lavorio di correzione e integrazione per mano dei giudici, a volte per vero abilmente mascherato sotto la forma di ardite reinterpretazioni dei testi[20], altre volte invece nelle forme delle manipolazioni alla luce del

[19] Il pensiero è stato espresso nel 2004 dal Presidente G. Zagrebelsky, con specifico riguardo al faticoso compito cui la Corte si è trovata obbligata a far luogo per rimediare alle non poche carenze esibite dal nuovo Titolo V, ma – com'è chiaro – esso può, forse ancora a maggior titolo, valere in relazione alla parte sostantiva della Carta, avuto specifico riguardo al riconoscimento dei diritti.

[20] … segnatamente laddove si faccia un uso abnorme dello strumento della interpretazione conforme, le cui modalità di svolgimento e, soprattutto, i limiti non risultano, le une, ancora opportunamente messe a fuoco per ciò che attiene alle tecniche in applicazione delle quali dovrebbero aversi e, gli altri, nitidamente fissati ed idonei a farsi rispettare fino in fondo, sì da parare il rischio della degenerazione dell'attività di interpretazione in una vera e propria, surrettizia normazione.

sole ad opera del giudice costituzionale. A tale riguardo (e per ciò che è qui di specifico interesse), v'è da dire che quest'ultimo negli anni a noi più vicini ha fatto luogo alla invenzione di tecniche decisorie inusuali e *ictu oculi* invasive della sfera di competenza di altri operatori istituzionali (e, segnatamente, del legislatore), portando all'effetto di una complessiva trasformazione della giustizia costituzionale. D'altronde, è legge vecchia quanto il mondo che, laddove vi sia un vuoto di potere (anche sul versante delle garanzie…), lì v'è sempre chi è pronto ad occuparlo.

L'effetto immediato, maggiormente vistoso e – per ciò che vale – dal mio punto di vista inquietante è dato da una marcata sottolineatura dell'"anima" politica a discapito di quella "giurisdizionale" – come sono usualmente chiamate[21] – sempre più a fatica, a quanto pare, coabitanti presso la Consulta. Ciò che, poi, rende incerta e a volte persino evanescente la tipizzazione dei ruoli istituzionali, segnatamente sul versante dei rapporti tra la Corte e gli organi della direzione politica. E, quando i ruoli tendono a confondersi o, puramente e semplicemente, diventano perfettamente interscambiabili – non mi stancherò di ripetere – si smarrisce quel principio della separazione dei poteri che, unitamente al riconoscimento dei diritti fondamentali, è l'autentico cuore pulsante della costituzione materiale di un ordinamento di tradizioni liberali, secondo l'icastica definizione che della Costituzione si dà nel famosissimo art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

[21] *Ex plurimis*, R. Romboli (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Torino, 2017; R. Basile, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017; G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino, 2017; M. Raveraira, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11, 2018, p. 123 ss.; A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 251 ss. (sul cui pensiero, criticamente, R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, p. 757 ss. e, ivi, E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, p. 777 ss.), e, dello stesso A. Morrone, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in Federalismi, 12, 2021, p. 170 ss.; C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, 2020. In prospettiva comparata, v., poi, utilmente, L. Mezzetti – E. Ferioli (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna, 2018.

Tutto si tiene. Esperienze e tendenze della giustizia costituzionale del tempo odierno, quali quella del c.d. "riaccentramento" o l'altra del sostanziale abbandono del limite delle "rime obbligate" in sede di rifacimento dei testi di legge, di cui si dirà a momenti, sono usualmente viste anche dai più avvertiti osservatori come distinte o distanti l'una dalle altre. In realtà, si compongono tutte in un quadro unitario e – se ci si pensa – possono persino essere viste quali le facce diverse di un'unica figura geometrica, siccome appunto riportabili ad una comune matrice ed espressive di un unitario disegno che è quello di ribadire con forza – *costi quel che costi*[22] – la centralità di posto spettante al giudice costituzionale nel sistema.

Sia chiaro. Lungi da me il pensiero che tutto ciò si abbia per puro spirito di potere, tutt'altro! La Corte ritiene, piuttosto, di doversi fare carico di un peso immane e di responsabilità, di cui in realtà non dovrebbe essere gravata, per genuino spirito di servizio nei riguardi della Carta e, a un tempo, dei cittadini (e, in genere, di quanti) ad essa si rivolgono al fine di vedere appagati bisogni altrimenti condannati a restare insoddisfatti, in ispecie appunto i diritti fondamentali.

Buono, anzi eccellente, il fine, inadeguati e controproducenti però, non di rado, i mezzi messi in campo per conseguirlo. Ma, poi, è proprio vero che il fine giustifica il mezzo, o quanto meno che lo giustifica *sempre*? E, invero, in disparte il rilievo di fondo che può essere mosso ad un siffatto ordine di idee che meriterebbe piuttosto di essere ribaltato su se stesso[23], a me pare che la "logica" machiavellica sottesa all'affermazione suddetta possa rivelarsi alla lunga perdente per gli stessi diritti, se è vero che l'idea di Costituzione si mantiene integra alla sola condizione che entrambi gli elementi di cui essa si compone, secondo la mirabile definizione datane nell'art. 16 sopra cit., siano fatti salvi e seguitino, dunque, ad informare di sé le più salienti vicende dello Stato costituzionale. Ed è chiaro che, venuta meno una delle due gambe su cui lo Stato stesso si regge, a motivo della confusione dei

[22] … e qui il costo è davvero notevole, trattandosi di stabilire cosa vuol farsi dell'idea di Costituzione mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione, sopra cit., se seguitare a custodirla ed anzi viepiù valorizzarla ovvero se metterla puramente e semplicemente da canto, così come si fa con un ferro vecchio ed ormai inservibile.

[23] È stato fatto notare da un'accreditata dottrina (A. Pugiotto, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1, 2016, p. 169 ss.) che "i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini".

ruoli istituzionali ai quali non di rado si assiste, l'altra non è poi più in grado di reggere da sola il corpo costituzionale, incapace perciò di proseguire oltre nel suo pur non sempre lineare, comunque faticoso e non di rado sofferto, cammino.

3. La tendenza al "riaccentramento" e il superamento dell'antico limite delle "rime obbligate": spia eloquente, l'una e l'altro, della irresistibile vocazione della Corte costituzionale a dismettere i panni del giudice e ad indossare quelli del decisore politico

Spia emblematica dello stato di cose qui descritto unicamente in alcuni dei suoi tratti maggiormente marcati ed espressivi è – come si accennava poc'anzi – la tendenza al "riaccentramento" in capo alla Corte di questioni la cui soluzione è dalla stessa stata dapprima demandata ai giudici comuni.

Si tratta di una vicenda assai nota[24], la cui illustrazione non appare dunque essere qui necessaria. Tralasciando esperienze maturate fuori del terreno dei giudizi sulle leggi[25] e restando, dunque,

[24] … e ampiamente rilevata in dottrina, con varietà di accenti e di orientamenti: v., dunque, *ex plurimis*, G. Campanelli – G. Famiglietti – R. Romboli (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Napoli, 2020, nonché Aa.Vv., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in Federalismi, 2021, 3; v., inoltre, utilmente, D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020. Di spinte centripete e di controspinte centrifughe discorrono, poi, rispettivamente, C. Padula, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Questione Giustizia*, 4, 2020, p. 62 ss. (propenso tuttavia a confutarne la esistenza) e A. Guazzarotti, *Le controspinte centrifughe nel sindacato di costituzionalità*, ivi, p. 78 ss.; e, pure *ivi*, per un quadro d'assieme, E. Lamarque, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, p. 89 ss. Di quest'ultima, molto importante è il suo *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, 2021.

[25] Forse, la più vistosa testimonianza di "accentramento" si ha nel campo dei conflitti interorganici, per effetto del riconoscimento fatto a beneficio persino del singolo parlamentare della qualità di "potere dello Stato", con il sostanziale abbandono del figurino scheletrico ed essenziale consegnatoci dalla tradizione con specifico riguardo alla "razionalizzazione" costituzionale del principio della separazione dei poteri (ne ha puntualmente ripercorso la vicenda storica e dato una fine rappresentazione teorica G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, I e II, Milano, risp.,

su quest'ultimo, è sufficiente solo tenere a mente l'uso (o, meglio, il… *non uso*) fattosi della rilevanza in talune occasioni[26], come laddove il giudice costituzionale sia stato chiamato a pronunziarsi sulle leggi elettorali, oppure considerare l'assetto che il giudice stesso ha inteso dare ai rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione, specificamente nei casi in cui si sospetti la lesione della Carta di Nizza-Strasburgo o di altra fonte a questa *quodammodo* "connessa", secondo la singolare dilatazione sul versante del parametro operata da Corte cost. n. 20 del 2019. O ancora si pensi alla rimozione[27] del limite delle "rime obbligate", convertite nelle "rime possibili" ovvero nei "versi sciolti", per riprendere ora alcune qualifiche che hanno avuto fortuna in letteratura[28].

Si coglie in queste esperienze un senso d'insofferenza o di "diffidenza"[29] nei riguardi di un legislatore per vocazione indolente o pasticcione (per il caso che intervenga, non poche volte – come si sa – gli atti normativi dallo stesso varati abbisognando quindi di corposi

1979 e 1984). Certo si è (e senza ora riprendere una questione qui non specificamente interessante) che fa francamente discutere l'esito cui questo consolidato orientamento conduce, venendosi ad ammettere – perlomeno sulla carta (ché, poi, molti conflitti, per l'una o l'altra ragione sono, come si sa, respinti *in limine litis*) – l'esistenza di centinaia di "poteri" nel solo Parlamento…

[26] Un quadro di sintesi dei più salienti sviluppi giurisprudenziali al riguardo può, se si vuole, vedersi in A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022, p. 247 ss.

[27] Di un mero "allentamento" del vincolo discendente dalle rime in parola discorre M. Ruotolo, *Oltre le rime obbligate?*, in Federalismi, 3, 2021, p. 58 ss.; cfr. N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, ivi, p. 94 ss.

[28] Delle "rime possibili" discorrono, tra gli altri, S. Leone, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1, 2019, p. 183 ss.; F. Abruscia, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in Riv. AIC, 4, 2020, p. 282 ss., spec. p. 293; I. Gioia, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in Consulta OnLine, 3, 2021, p. 1001 ss. e lo stesso Presidente della Corte nella relazione relativa all'anno 2021. Dei "versi sciolti" preferisce dire D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, cit., p. 101 ss. Di "rime libere" tratta A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., p. 264 ss., nonché *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, cit., spec. p. 197 ss. Come si vede, in buona sostanza, si tratta di concetti simili (o, addirittura, identici) espressi con parole diverse.

[29] Così, M. Ruotolo, *Tra anima politica e giurisdizionale. A proposito di alcune "oscillazioni" della Corte nel giudizio di legittimità costituzionale*, in V. Masserini *et al* (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit., p. 242.

aggiustamenti). E si tocca qui con mano quella fungibilità dei ruoli, di cui un momento fa si diceva. D'altronde, la dichiara *per tabulas* la stessa Corte, col fatto stesso di non intervenire a far luogo subito al rifacimento di un testo legislativo carente, non già – si badi – perché ritenga esserle precluso, malgrado ciò comporti l'evidente invasione del campo riservato agli esclusivi apprezzamenti politico-discrezionali del legislatore, bensì per il fatto di giudicare maggiormente opportuno che a farvi luogo sia, in prima battuta, quest'ultimo e, solo laddove dovesse invece seguitare a restare sordo alla sollecitazione ricevuta, provvederà in sua vece la Corte (che, nondimeno, ancora da ultimo ha dimostrato di essere indulgente e paziente, offrendo un'ulteriore dilazione di sei mesi di tempo al legislatore ancora inerte[30]).

È questo – come si sa – il modulo messo a punto in *Cappato* e quindi utilizzato in altri casi ma che promette – temo – di potersi riprodurre in molti altri, secondo occasionali convenienze. La Corte, infatti, non dice quali sono le condizioni oggettive di contesto normativo suscettibili di portare alla messa da canto del vecchio limite di crisafulliana memoria ovvero al suo perdurante utilizzo. Non si ha ormai più – a quanto pare – una tipizzazione dei casi idonei a sfociare in una pronunzia d'inammissibilità (talvolta, persino *manifesta*) rispetto a quelli che invece spianano la via alla trattazione nel merito delle questioni portate alla cognizione della Corte. Ed è chiaro che tutto ciò non è, poi, senza conseguenze anche sul versante dei rapporti con i giudici comuni, incoraggiati dalle inusuali aperture connesse al *trend* del "riaccentramento" ad investire la Corte di questioni che un tempo invece si sarebbero trattenuti dal presentare consapevoli che sarebbero fatalmente sfociate in una pronunzia d'inammissibilità.

Di volta in volta e solo *ex post*, dunque, si saprà quali questioni si disporranno dall'una e quali dall'altra parte. Certo si è – e questo solo qui conta – che non si dà più una sostanziale diversità dei ruoli, rispettivamente, della Corte e del legislatore. Così, però, non è (e non può essere), per la elementare ragione che nessuna norma processuale, la cui osservanza è condizione stessa del mantenimento dell'attributo della *giurisdizionalità della giurisdizione costituzionale*, può

[30] Così, secondo Corte cost. del 13 maggio 2022, n. 122.

mai acconsentire a che il ruolo della Corte si mescoli e confonda con quello del legislatore[31].

Si dirà che questa confusione si è sempre avuta, resa palese dalle pronunzie c.d. manipolative, in ispecie da quelle additive e sostitutive e che, perciò, nulla di nuovo si avrebbe nella più recente giurisprudenza[32]. Si dà, tuttavia, un fatto di misura o di grado; ed a me pare che non sia affatto la stessa cosa una innovazione circoscritta entro gli spazi consentiti dalla osservanza del limite delle "rime obbligate" ed una invece ormai idonea ad espandersi a tutto campo, senza limite alcuno appunto.

4. Il concorso dato a questo *trend* dal c.d. "dialogo" tra le Corti, nelle sue plurime espressioni, e la conferma venuta dalla più recente giurisprudenza della spiccata attitudine del giudice costituzionale a rimarcare l'"anima" politica a discapito di quella giurisdizionale che racchiude al proprio interno, rendendola viepiù manifesta

Considero, ad ogni buon conto, non casuale che la marcata colorazione politica dell'attività della Corte si sia resa viepiù evidente in una stagione segnata a fondo dal c.d. "dialogo" tra le Corti[33]: immediata e diretta proiezione della proliferazione delle Carte dei diritti e dell'accresciuta sensibilità manifestata presso le sedi in cui si

[31] Sul bisogno indisponibile che la Corte presti scrupolosa osservanza ai canoni relativi al processo costituzionale – questione, questa, come si sa, ancora oggi vessata – può, se si vuole, vedersi il mio *La Corte costituzionale e il processo incidentale, tra* regole *e* regolarità, in *Quad. cost.*, 2022, 2 e riferimenti *ivi* di dottrina di vario segno.

[32] Emblematico, d'altronde, il titolo dato da G. Silvestri ad una densa riflessione di oltre quarant'anni addietro: *Le sentenze normative della Corte costituzionale* (in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss.). Non dubito che lo manterrebbe, forse ulteriormente rimarcandone il significato, ancora di più oggi…

[33] Le virgolette si devono alla circostanza per cui il termine è caricato di plurimi significati, al punto che, al tirar delle somme, finisce poi con lo smarrire la propria identità concettuale; ciò che, peraltro, non è – come si sa – di raro riscontro nei casi in cui si ricorra a metafore per la messa a punto semantica di istituti o esperienze giuridicamente rilevanti. Sulla molteplicità degli usi concretamente fattisi del termine stesso può, volendo, vedersi il mio *Il "dialogo" tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente* bonne à tout faire, in Consulta OnLine, 3, 2021, p. 666 ss. V., inoltre, ora, D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in Dir. fond., 2, 2022, p. 28 ss.

amministra la giustizia comune e disponibilità a farne utilizzo a beneficio dei diritti stessi e, in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti.

Il punto di maggior rilievo sul quale conviene fermare l'attenzione è che, per effetto del "dialogo" in parola, ad ogni Carta è data l'opportunità di immettersi nella struttura delle altre Carte e di lasciarvi un segno, a volte anche marcato, conformandosi pertanto l'identità costituzionale, nella sua densa e qualificante accezione di ordine assiologico-sostanziale, quale avente carattere *quodammodo* "intercostituzionale"[34].

Dal punto di vista dei diritti, il "dialogo" acquista poi un particolare rilievo per il fatto di sollecitare ed alimentare senza sosta una sana competizione tra le Corti in vista dell'ottimale salvaguardia dei diritti. Ciascuna di esse, infatti, è naturalmente portata a mettere in mostra le qualità della Carta di cui è istituzionalmente garante, sovente dichiarando che essa nulla ha da invidiare alle altre quanto al pregio della "mercanzia" che è in grado di offrire nel mercato dei diritti, e tuttavia – qui è il punto – facendosi non di rado prendere la mano, forzando in modo vistoso lo steccato degli enunciati, pur nella innegabile loro apertura e duttilità strutturale. È pur vero, ad ogni buon conto, che in occasione della lettura di una data Carta non può non tenersi conto di ciò che sta scritto anche nelle altre aventi la medesima natura e funzione, facendosi pertanto luogo, seppur a volte in modo non dichiarato e non del tutto appropriato, a quella "integrazione delle Carte nella interpretazione" che è da tempo patrocinata (seppur non sempre linearmente praticata) dalla Consulta[35].

Sta di fatto che marcata appare essere la tendenza di ciascuna Corte ad attingere alle formidabili risorse argomentative di cui dispone, in sensibile misura agevolate dalla trama a maglie larghe (e talora larghissime) degli enunciati esibiti dalla Carta di cui è istituzionalmente garante, seppur talvolta – come si diceva – col costo

[34] Ho cominciato a discorrere del carattere in parola nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2, 2001, p. 544 ss., ulteriormente svolgendo e precisando il concetto in altri luoghi di riflessione scientifica.

[35] V., part., Corte cost. del 13 ottobre 1999, n. 388 del 1999 e, più di recente, Corte cost. del 13 aprile 2021, n. 84.

di far luogo ad evidenti forzature della lettera[36], al fine di portare sempre più in alto la tutela dei beni evocati in campo dai casi. È pur vero, poi, che non sono mancati (e di sicuro non mancheranno) le occasioni di conflitto, anche aspro, tra le Corti ma alla lunga, nel complesso, maggiori sembrano essere quelle di convergenza e talora di sostanziale comunanza di vedute, frutto dello sforzo prodotto, seppur con non poca fatica e talora vera e propria sofferenza, al fine di rinvenire un terreno comune sul quale fare appunto svolgere e rendere viepiù fitto e fecondo il "dialogo" in parola, a beneficio dei diritti[37].

È interessante notare che il fine da tutte avuto di mira di poter rendere un servizio a taluni bisogni intensamente avvertiti ha richiesto la "invenzione" di tecniche sia retorico-argomentative che decisorie viepiù innovative ed incisive, come tali naturalmente portate a penetrare sempre di più nel campo materiale tradizionalmente considerato (non solo dagli studiosi ma persino dallo stesso tribunale costituzionale) riservato alla esclusiva coltivazione del legislatore. Anche per quest'aspetto, come si vede, si coglie quell'innalzamento sensibile del "tasso" di politicità insito negli orientamenti delle Corti (per ciò che è qui di specifico interesse, della nostra), di cui si è venuti dicendo.

Se, tuttavia, per un verso, il "dialogo" può concorrere, per la sua parte, all'effetto da ultimo evidenziato, per un altro verso però può dare la spinta tanto per la stabilizzazione degli orientamenti giurisprudenziali quanto per il loro rinnovamento, l'una e l'altro

[36] D'altronde, il fenomeno delle modifiche tacite è – come si sa – risalente ed è, forse, uno dei tratti maggiormente espressivi dell'esperienza costituzionale, al punto di potersi dire essere vocazione naturale ed indisponibile di ogni Carta il disporsi e persino l'incoraggiare i propri mutamenti di senso nell'esperienza. Un attributo, questo, che, per vero, si ritrova anche in relazione a documenti normativi diversi dalle Carte stesse, nessun dato positivo potendo sfuggire al rischio della propria alterazione semantica; un attributo che, tuttavia, si presenta con tratti di singolare evidenza proprio nelle Carte, a motivo di ciò che dicono e di come lo dicono.

[37] Emblematica, al riguardo, la vessata vicenda *Taricco* il cui esito registra – come si sa – un sensibile avvicinamento di posizioni della Corte dell'Unione e della Consulta rispetto alla distanza di partenza: segno eloquente che "dialogare" serve a qualcosa, talvolta a molto, pur laddove poi perdurino le differenze, per impostazione e risultati ricostruttivi, dei punti di vista. La qual cosa, peraltro, è del tutto naturale che si abbia sol che si consideri che le coordinate in cui si situano i ragionamenti fatti dalle Corti stesse sono, ad ogni buon conto, diverse, così come diversi sono gli ordinamenti cui ciascuna di esse appartiene.

incessantemente alimentandosi proprio dal mutuo e fecondo riferimento. In fondo, se ci si pensa, è tra questi poli opposti che perennemente oscilla la giurisprudenza stessa nel suo mai finito cammino: l'uno e l'altro espressivi di una indisponibile vocazione che ciascun operatore di giustizia possiede dentro di sé e coltiva come sa e può.

Vi è di più. Il fatto stesso per cui le Corti sono portate (e, se si vuole, obbligate), in forza della presenza di una pluralità di Carte materialmente costituzionali, a confrontarsi di continuo tra di loro è già di per sé una garanzia avverso il rischio dell'isolamento nel quale esse erano dapprima dalla loro stessa natura sollecitate a stare. Ciò che ha uno speciale significato proprio in relazione ai tribunali costituzionali che, unici nel loro genere, risultavano (e, per vero, ancora oggi risultano) indotti a somministrare, in sovrana solitudine appunto, le loro "verità" di diritto costituzionale, giudicate inconfutabili da ogni altro operatore ad eccezione però di… *se stessi*[38].

Non si dimentichi, infatti, che le "verità" in parola non si trovano esposte alla loro eventuale caducazione in seno all'ordinamento al quale appartengono. E, invero, il divieto d'impugnazione delle decisioni della Corte, di cui all'art. 137, ult. c.,

[38] La coerenza dei tribunali costituzionali in genere (e, per ciò che è di specifico interesse, del nostro) con se stessi è la garanzia prima della certezza del diritto costituzionale (e, per ciò pure, dei diritti costituzionali), la quale nondimeno non equivale – com'è ovvio – ad una innaturale "pietrificazione" della giurisprudenza e però, allo stesso tempo, neppure può tradursi in improvvisati, ricorrenti e radicali rotture di indirizzi dapprima linearmente ed uniformemente tracciati. In realtà, come si è tentato di argomentare altrove, perdurando la medesima "situazione normativa", quale oggetto del sindacato di costituzionalità (su di che, ora, A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 105 ss.), non si giustifica il sostanziale mutamento di giurisprudenza che, invece, si legittima (ed è, anzi, imposto) col variare della "situazione" medesima; ed è chiaro che la partita si gioca tutta sul terreno della motivazione delle decisioni emesse dal giudice costituzionale, che ha da essere conforme a ragionevolezza, specificamente nella sua forma tipica di congruità rispetto alla "situazione" in parola (della motivazione hanno, tra gli altri discorso, seppur in un contesto teorico non coincidente con quello di qui, A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, e A. Saitta, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996). Che, poi, come si dirà a momenti, non si diano rimedi giuridici avverso le decisioni che non si dotino di siffatto carattere strutturale indefettibile è altra cosa, cui possono peraltro conseguire effetti i più varî, dalla sostanziale acquiescenza degli operatori (e, in special modo, del legislatore e dei giudici) a forme più o meno velate ed efficaci di resistenza nei riguardi quanto meno dei verdetti-*monstra*. Di tutto ciò, ad ogni buon conto, in altri luoghi.

Cost., risponde innegabilmente ad una necessità costituzionale, onde evitare che l'ordinamento giri a vuoto come una vite spanata, senza rinvenire dentro di sé un punto fermo, un luogo dal quale attingere certezze di diritto costituzionale, in ispecie in relazione ai diritti costituzionali. E, tuttavia, le stesse decisioni in parola esibiscono una struttura interna in seno alla quale sempre più di frequente si immettono altresì materiali culturali attinti *ab extra*;[39] e, laddove ciò sia fatto a modo, non è improprio affermare che in esse si rispecchia un pluralismo giurisdizionale al massimo livello, dotato di speciale significato e gravido di implicazioni istituzionali di primo momento.

Per effetto del "dialogo", poi, in ispecie laddove espressivo di sostanziali convergenze d'indirizzo, viene a cogliersi e ad apprezzarsi una duplice, simultanea tendenza: delle Corti europee *quodammodo* a "costituzionalizzarsi" e dei tribunali costituzionali ad "internazionalizzarsi" o "sovranazionalizzarsi". Nessuna Corte, ovviamente, abdica alla propria natura e funzione; tutte, però, tendono ad arricchirsi proprio grazie alla espansione della loro struttura ed alla sua incessante riconformazione per effetto del "dialogo" stesso. D'altronde, così come la Costituzione è soggetta ad un moto incessante[40], ugualmente lo è la giurisprudenza che vi dà voce, in ciascuna delle sue manifestazioni; ed anzi questa, col fatto stesso di rinnovarsi senza sosta, concorre significativamente a quello, scandendone i ritmi, ora più ed ora meno accelerati in ragione delle congiunture e dell'oggetto peculiare di ciascun enunciato, mai comunque fermandosi e raramente rallentando.

[39] Per avvedersene, è sufficiente un rapido raffronto tra la parte motiva delle pronunzie della Corte degli anni a noi più vicini e quella invece propria di quelle anche solo di pochi anni addietro. Fa, per vero, ad oggi difetto uno studio volto ad evidenziare i caratteri dei materiali culturali che danno corpo alle pronunzie del giudice costituzionale, specie per ciò che concerne le fonti da cui sono attinti, sì da poter far luogo ad un congruo riscontro dei fattori che maggiormente hanno influenzato (ed influenzano) l'operato del giudice stesso. Cionondimeno, anche solo ad un rapido esame resta avvalorata – a me pare – l'affermazione che è nel testo.

[40] Ne ha discorso, part., M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in Riv. AIC, 1, 2013. V., già, in buona sostanza, A. Spadaro, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua* evoluzione *del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3, 1998, p. 343 ss.

5. "Dialogo" tra le Corti e comparazione giuridica, con specifico riguardo alle sue espressioni *silenti* ed a quelle *inconsapevoli*

In questo quadro, qui abbozzato unicamente in alcuni dei suoi tratti maggiormente espressivi, s'inserisce con centralità di posto la comparazione giuridica[41]. Ed è bene che si abbia piena avvertenza del fatto che anche studi non specificamente volti all'approfondimento di temi e problemi in chiave comparata, in realtà, da questi si alimentano, a volte anche in cospicua misura e persino senza che se ne abbia piena consapevolezza. Si assiste, infatti, non di rado a forme di comparazione che potrebbero dirsi *silenti* ed ad altre *inconsapevoli*, in quanto non accompagnate da richiami espliciti ad orientamenti e ad esperienze altrove maturati. La differenza tra i due casi ai quali si fa ora riferimento è data dal fatto che, per il primo, si rende immediatamente palese la fonte culturale cui l'operatore di diritto interno attinge, a volte in copiosa misura, senza tuttavia che se ne faccia esplicita menzione, mentre, per il secondo, si è in presenza di indirizzi culturali da tempo affermati e radicati nell'ordine interno ma messi a punto al di fuori di esso e che nondimeno, al momento della loro "nazionalizzazione" sono fatti oggetto di sensibili adattamenti al contesto che li accoglie (ed al fine appunto del loro proficuo utilizzo in quest'ultimo): indirizzi che sono, dunque, *quodammodo* metabolizzati e fatti propri, pur con talune non secondarie innovazioni, dall'ordinamento in cui sono trapiantati, concorrendo pertanto per la loro parte a segnarne i più salienti sviluppi.

Se ne ha emblematica testimonianza proprio dal "dialogo" intergiurisprudenziale, del quale si è appena venuti dicendo, che, specie nei casi in cui si intrattiene tra operatori appartenenti ad

[41] Con riferimento al ruolo dalla stessa giocato, specie per ciò che concerne la formazione e l'incessante rinnovo della identità costituzionale dello Stato, indicazioni possono, se si vuole, aversi dal mio *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità "intercostituzionale"*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di G.F. Ferrari*. Il fenomeno ha, peraltro, generale portata: ne è indice rivelatore l'infittirsi dei richiami presenti nella parte motiva delle decisioni dei tribunali (in ispecie, costituzionali) ad esperienze e tendenze invalse in altri ordinamenti (riferimenti, di recente, in S. Bagni – M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, spec. p. 439 ss.).

ordinamenti diversi[42], si fa veicolo di sensibilità culturali e di esperienze venutesi a formare in contesti anche significativamente distanti. Non si trascuri, inoltre, che la prima forma di comparazione prende forma e incessantemente si rinnova in seno a ciascuna Corte europea, per il fatto stesso del carattere eterogeneo della loro composizione. È poi chiaro che si danno circostanze al ricorrere delle quali la comparazione ha modo di farsi valere in tutto il suo formidabile potenziale espressivo, come a riguardo dei casi in cui la Corte dell'Unione fa riferimento alle tradizioni costituzionali comuni che – è cosa nota – sono attinte dai serbatoi costituzionali nazionali (e, perciò, in buona sostanza, dalla giurisprudenza di diritto interno) a seguito di drastiche selezioni e appaiono comunque essere il frutto di originali rielaborazioni da parte della Corte dell'Unione[43]. Similmente, d'altronde, si ha laddove quest'ultima sia sollecitata a far luogo alla verifica della osservanza da parte del diritto sovranazionale di quei

[42] Non solo tra questi, però, dal momento che anche nei "dialoghi" intercorrenti in ambito interno, ad es. tra giudici comuni e Corte costituzionale, sono assai di frequente evocate – come si è già rammentato – pronunzie delle Corti europee e talora anche di tribunali di Stati diversi dal nostro.

[43] Le tradizioni in parola hanno costituito oggetto di un animato dibattito già da tempo: solo per alcuni essenziali riferimenti, v., dunque, L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013; O. Pollicino, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovverosia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in L. D'Andrea et al (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2015, p. 93 ss., e Id., *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in L. D'Andrea et al. (a cura di)., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 91 ss.; i contributi di S. Cassese; M. Graziadei – R. De Caria; M.E. Comba; O. Porchia in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 4; S. Ninatti, *Dalle tradizioni costituzionali comuni all'identità costituzionale il passo è breve? Riflessioni introduttive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 31, 2018, p. 102 ss.; M. Fichera – O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 8, p. 1097 ss.; F. De Stefano, *Diritto dell'Unione europea e tradizioni costituzionali nel dialogo tra le Corti (parte prima)*, in *Giustizia insieme*, 26 maggio 2020; G. de Vergottini, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in *Riv. AIC*, 4, 2020, p. 296 ss., spec. p. 305 ss. Da una prospettiva di più ampio respiro, sulle tradizioni giuridiche, v., poi, lo studio di L. Mezzetti, *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Torino, 2020, e, per un raffronto tra ii sistemi di *civil* e *common law*, V. Varano – V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, Torino, 2021.

principi di struttura degli ordinamenti nazionali, di cui si fa parola nell'art. 4.2 TUE.

Ebbene, in ciascuna delle esperienze ora richiamate, il moto parrebbe essere ascendente, non potendosi far luogo alla soluzione di un caso posto in ambito eurounitario se non attingendo ad indicazioni offerte dal diritto interno: per la prima esperienza, in astratto, da tutti gli ordinamenti degli Stati appartenenti all'Unione (ma, in realtà, con un ruolo culturalmente, e perciò pure positivamente, egemone giocato da alcuni); per la seconda, di volta in volta, ora da questo ed ora da quell'ordinamento.

Le cose non stanno tuttavia così come parrebbero alla luce della irenica rappresentazione appena data; e – se ci si pensa – non *possono* stare del tutto così. Non si trascuri, infatti, neppure per un momento, che la Corte dell'Unione non è giudice autenticamente "terzo" nelle controversie tra Stati ed Unione, a motivo del fatto che essa, al pari degli altri organi che dell'Unione stessa compongono la struttura, ha una naturale, indefettibile vocazione di scopo, essendo chiamata a concorrere, per la sua parte (ed è una parte, come si sa, di cruciale rilievo), all'ulteriore avanzata del processo d'integrazione sovranazionale. È perciò che le tradizioni costituzionali suddette non sono (e non possono essere) autenticamente "comuni" a *tutti* gli Stati, dovendosi fare capo a quelle di esse che appaiono essere maggiormente conducenti, in ragione dei casi, alla cura degli interessi dell'Unione o, come che sia, idonee a far pagare a quest'ultima il minor costo possibile a fronte del bisogno di non intaccare l'identità costituzionale degli Stati[44].

Così è pure, poi, anche per la seconda esperienza sopra accennata, sol che si consideri che l'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale non può subire battute d'arresto discendenti da una rigorosa o, diciamo pure, pignola lettura dell'art. 4.2, sopra cit., dovendosi salvaguardare – perlomeno fin dove possibile – le aspettative legate all'uniforme applicazione del diritto dell'Unione.

[44] È pur vero, poi, che il richiamo è costantemente fatto alle tradizioni degli Stati di maggior peso in seno all'Unione, dal momento che i rapporti tra quest'ultima e gli Stati restano pur sempre governati da "logiche" filtrate alla luce di taluni interessi politici particolarmente pressanti e, dunque, del bisogno di preservare certi equilibri sia tra l'Unione e gli Stati stessi che di questi ultimi *inter se*. Ciò posto, resta, ad ogni buon conto, fermo quanto si viene ora dicendo nel testo.

Ebbene, il preorientamento di scopo sopra indicato è, forse, la più eloquente testimonianza della emersione in capo alla Corte lussemburghese dell'"anima" politica su quella giurisdizionale. Con i dovuti adattamenti, questo tratto si rinviene anche nella Corte di Strasburgo, sollecitata a far luogo a complesse e talora sofferte mediazioni tra le istanze soggettive in campo, non di rado politicamente connotate, rimarcandosi pertanto il ruolo sostanzialmente arbitrale da entrambe le Corti giocato nelle più salienti esperienze riguardanti i diritti fondamentali.

Può, anzi, dirsi che nelle Corti sovranazionali questo dato sia ancora più marcato e vistoso di come appaia essere in quelle nazionali, a motivo della peculiare composizione e natura delle prime che le obbliga a sintesi continue tra posizioni a volte anche molto distanti tra di loro che abbiano a manifestarsi al loro interno.

6. La trasformazione profonda della natura e del ruolo dei giudici in genere e di quelli costituzionali in ispecie, con effetti a raggiera per l'intera trama istituzionale e nei riguardi della stessa idea di Costituzione e di Stato costituzionale

Al tirar delle somme, ove ci si interroghi, ancora una volta, a riguardo della questione se la nota *querelle* tra Schmitt e Kelsen sia pure al presente riproponibile non solo per i tribunali costituzionali (e, segnatamente, per la nostra Corte) ma anche per le Corti europee, quali organi tendenzialmente costituzionali in senso materiale, ci si avvede della impossibilità – a me pare – di far luogo ad una risoluta presa di posizione in un senso o nell'altro. Piuttosto, parrebbe avvalorata la impressione secondo cui, allo stadio attuale di svolgimento della partita, entrambe le analisi finemente argomentate dai due illustri pensatori possano addurre elementi a proprio vantaggio. Perché se è vero che i "riti" che accompagnano l'esercizio della giurisdizione in parola presentano forti assonanze rispetto a quelli propri della giurisdizione comune, nelle varie articolazioni in cui si rende manifesta, la sostanza incorporata dentro le forme presenta un *mix* di connotati riportabili ora al corno politico ed ora a quello giurisdizionale, con dosaggi variabili a seconda dei casi. E, tuttavia, come si è venuti dicendo, la più marcata tendenza sembra essere proprio nel senso di uno squilibrio viepiù marcato tra l'"anima" politica e quella giurisdizionale, a detrimento della seconda. Insomma,

parrebbe che il grande pensatore renano si stia prendendo (se già non si è preso…) la sua rivincita nei riguardi del maestro praghese…

Quel che sembra, ad ogni buon conto, ormai provato è che una trasformazione profonda è in corso presso gli organi che amministrano giustizia: lo è con riguardo ai giudici comuni, sollecitati essi per primi a farsi carico di responsabilità ancora fino a non molti anni indietro inimmaginabili, per plurime ragioni, e principalmente, per una parte, a causa della crisi lacerante, annosa, che affligge le sedi della rappresentanza politica, resa viepiù evidente dal carattere imponente delle aspettative sociali che premono per il loro appagamento; per un'altra parte, a plurime ed ingravescenti emergenze (tra le quali, quella economica e la sanitaria) che, ribaltando l'ordine naturale delle cose, tendono in modo sempre più vistoso ed inquietante a convertire l'eccezione in regola[45], ad "endemizzarsi" insomma, rendendo così sempre più evidente la crisi della rappresentanza suddetta, e, per un'altra parte ancora, a motivo della complicazione del quadro positivo, connotato da materiali sempre più numerosi e consistenti che si riversano *ab extra* in ambito interno (dalla Comunità internazionale così come, e soprattutto, dall'Unione europea). Per ciò che qui maggiormente importa, la complicazione in parola si rinviene già al vertice della costruzione in cui si situano i materiali suddetti, non più risultante dalla sola Costituzione quale fonte idonea a porsi, in sovrana solitudine, a fondamento dell'intero sistema (anche nelle sue proiezioni al piano dei rapporti interordinamentali) bensì da più documenti parimenti costituzionali *quoad substantiam*, le Carte dei diritti, sollecitate dai casi a comporsi in forme continuamente cangianti a seconda dei beni della vita di volta in volta evocati in campo. Dover far luogo al raffronto delle leggi e degli atti normativi in genere di diritto interno con altri atti normativi, tra i quali specialmente quelli aventi origine sovranazionale, alla luce di parametri plurimi (e, segnatamente, delle Carte suddette), fa correre rischi non da poco in merito alla correttezza e solidità degli esiti ricostruttivi raggiunti ed alimenta dubbi crescenti a riguardo della loro rispondenza ai parametri suddetti considerati nel loro insieme. Di qui, poi, la sollecitazione che gli stessi giudici avvertono a rivolgersi ora a questa ed ora a quella Corte (o, magari, a più d'una assieme) per avere delucidazioni e conferme. Ad ulteriore sottolineatura del ruolo

[45] In tema, da ultimo, rilievi, come sempre particolarmente acuti, di M. Luciani, *Il diritto e l'eccezione*, in Riv. AIC, 2, 2022, p. 49 ss.

sempre più impegnativo e gravoso che i giudici sono chiamati a svolgere, nel quotidiano esercizio del *munus* di cui sono investiti, è poi la circostanza per cui i giudici stessi costituiscono – come si sa – i terminali di tutte le pratiche di amministrazione della giustizia: da essi, infatti, partono le domande[46] rivolte a questa o quella Corte (di rinvio pregiudiziale come pure di costituzionalità[47]) e ad essi è poi affidato il compito, sovente delicato e non scevro di apprezzamenti discrezionali, di dar seguito alle indicazioni ricevute[48].

Per ciò che è qui di specifico interesse, dunque, ai giudici comuni tocca di svolgere un compito di non secondario rilievo tanto in fase d'impostazione quanto in sede di perfezionamento delle operazioni di giustizia costituzionale, se è vero – com'è vero – che queste ultime non si chiudono ed esauriscono unicamente con l'emanazione dei verdetti da parte della Consulta o di altra Corte materialmente costituzionale ma – come si è venuti dicendo – si completano grazie al fattivo concorso datovi dai giudici suddetti.

Ancora più rilevante è, poi, il ruolo esercitato dai giudici costituzionali (nell'accezione materiale qui assegnata al termine) che pur sempre si situa nella fase centrale del processo in cui si immettono e svolgono le operazioni in parola. Ed è chiaro che queste ultime, per il modo con cui ogni volta prendono forma per mano dei giudici suddetti, risultano profondamente segnate dai fattori sopra succintamente indicati ai quali principalmente si deve e dai quali costantemente si alimenta il ruolo dei giudici comuni.

Non si commetta l'errore, tutt'altro che infrequente, di considerare il peso di ciascuna sede in cui si amministra giustizia inversamente proporzionale a quello di altra (o di altre), assumendo pertanto che, laddove cresca quello dei giudici comuni, decresca in pari misura quello dei giudici costituzionali, e viceversa. Piuttosto,

[46] Ed è superfluo dover qui rammentare come dalla bontà della loro formulazione dipenda la risposta, favorevole ovvero avversa, che sarà quindi loro data.

[47] Non si tralasci poi di considerare il ruolo che gli organi giurisdizionali di ultima istanza potrebbero esercitare sul versante dei rapporti con la Corte EDU per il caso che dovesse finalmente essere recepito il prot. 16 allegato alla CEDU, superando dunque le resistenze e le vere e proprie ostilità nei suoi riguardi – come si sa – in un primo momento manifestatesi.

[48] La risposta, insomma, è il più delle volte (per non dire sempre) bisognosa non di mera *applicazione*, quale prende forma in modo automatico o meccanico, bensì di *attuazione*, come tale implicante valutazioni e scelte suscettibili di aversi entro un'area spesso particolarmente estesa.

sembra provato proprio l'inverso; e, quanto più il contesto, al piano politico-istituzionale come pure a quello positivo, porta naturalmente – come si è veduto – a rendere viepiù marcato e rilevante il ruolo dei giudici, tanto più lo è quello del tribunale costituzionale e delle Corti a questo *quodammodo* assimilabili, in quanto chiamate a farsi interpreti e garanti di documenti *tipicamente* costituzionali. Ne dà, d'altronde, palmare riprova il nuovo corso delle "rime", cui si è sopra accennato, con la svolta segnata dalla loro innaturale conversione da "obbligate" in "libere" che – come si è veduto – sollecita naturalmente i giudici comuni ad investire la Corte di questioni che un tempo si sarebbero trattenuti dal presentare.

Ebbene, alla crescita del ruolo si è accompagnata (e seguita ancora oggi ad accompagnarsi) – qui è il *punctum crucis* della questione ora discussa – una profonda trasformazione della natura (e, per ciò stesso, della funzione) propria del giudice: è la "giurisdizione", in ciascuna delle sue plurime espressioni e in tutte assieme, che si è insomma caricata di significati e valenze inusuali. E in questo quadro quanto di nuovo si è registrato nella più recente giurisprudenza costituzionale si pone davvero quale la punta dell'*iceberg* di una montagna sommersa e di considerevole consistenza.

Le esperienze alle quali si è fatto poc'anzi cenno, sopra tutte quella concernente le "rime" suddette, danno emblematica testimonianza di un'autentica metamorfosi in corso che, al tirar delle somme, non riguarda il solo corpo della giustizia costituzionale (e, più largamente, della giustizia *tout court*) ma – com'è chiaro – da qui s'irradia per ogni sede istituzionale e, discendendo, si diffonde e contagia il corpo sociale nella sua interezza.

Non saprei francamente dire quali scenari possa riservarci al riguardo il futuro, anche il più prossimo, e quale, dunque, possa essere l'esito del processo in corso (se mai un esito si avrà…). Di una cosa soltanto mi sento sufficientemente sicuro; ed è che la sovraesposizione dei giudici, per quanto dagli stessi "non richiesta e non gradita" – per riprendere, ancora una volta, l'efficace pensiero del Presidente Zagrebelsky, sopra rammentato –, non giova ad essi e non giova neppure ad altri: di sicuro, non alla stessa Consulta che, col fatto stesso di discostarsi in misura sensibile dai canoni che stanno a base del processo costituzionale, si delegittima, a mio modo di vedere, sempre di più; e non giova neppure al legislatore, che dall'iperattivismo dei giudici costituzionali potrebbe sentirsi incoraggiato a seguitare nella sua annosa inerzia e sordità nei riguardi

delle domande che le sono poste di regolazione di bisogni largamente avvertiti in seno al corpo sociale, così facendo tuttavia dequalificandosi ancora di più agli occhi di una pubblica opinione sempre più distaccata dai protagonisti della vita politica[49].

Insomma, siamo al centro di un processo profondo di destrutturazione delle stesse basi portanti dello Stato costituzionale, di cui è segno eloquente la sostanziale dismissione del principio della separazione dei poteri, pur nelle forme peculiari in cui si è realizzato nel nostro ordinamento, così come in altri appartenenti alla grande "famiglia" delle liberal-democrazie. Il punto è, però, che non si vede bene, perlomeno non riesce a me di vedere, quale possa essere il volto della ristrutturazione, in ispecie – per ciò che a me sta maggiormente a cuore – se anche per essa potrà seguitare a farsi valere, sia pure in un significato originale e ad oggi sconosciuto, l'idea di Costituzione e di Stato costituzionale, sì da non venirne del tutto reciso il filo della continuità evolutiva rispetto alla sua matrice storico-positiva. Temo, però, che le nubi si addensino all'orizzonte.

Insomma (e per chiudere), si va avanti a tentoni, con non poca improvvisazione e non minore sofferenza, temo verso un ignoto non rassicurante.

***

ABSTRACT: The paper focuses on some of the most salient trends in constitutional justice, including that of "recentralization" of functions earlier demanded by the constitutional Court to common judges, and (particularly) that of the overcoming of the "obligatory rhymes" limits, which constitutes a strong indicator of the propensity of the constitutional court to abandon the role of the judge in favour of those of the political decision-maker.
This trend is then put in the context of the so-called "dialogue between courts", thus highlighting the growing importance of comparative law (even when silence or unconscious, as here termed).

[49] … anche perché comprensibilmente attratta da questioni che particolarmente l'affliggono ed inquietano, quali la situazione bellica in Europa e il perdurante dilagare della pandemia sanitaria, con i loro conseguenti e gravi riflessi di ordine economico e sociale.

Finally, the profound transformation undergone by judges, and particularly by constitutional judges, as to their nature and role is remarked, thus discussing the consequences thereof as to the entire institutional fabric and as to the very idea of Constitution and Constitutional State.

KEYWORDS: trends in constitutional justice – emergence of the political "soul" – the relevance of comparative law – transformation of the role of judges – consequences for the constitutional State

***

Antonio Ruggeri – Professore emerito di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina (antonio.ruggeri@unime.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

In Spagna gli animali non sono più cose. Qualche osservazione sul caso di Tuco, il primo animale d'affezione riconosciuto come essere senziente ai sensi della legge 17/2021*

Lucia Miglietti

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il nuovo regime giuridico degli animali in Spagna dopo l'entrata in vigore della Ley n. 17/2021. - 3. Il caso di Tuco: la vicenda fattuale e contenziosa. - 4. Lo statuto giuridico degli animali in prospettiva comparata. Brevi cenni all'esperienza italiana. - 5. Note conclusive.

1. Introduzione

Nella seconda metà del secolo scorso le questioni relative agli animali hanno assunto grande rilievo nella riflessione filosofica e scientifica. Il rinnovato interesse etico-filosofico per il tema animalista ha comportato la nascita di molteplici organizzazioni politiche e sociali attive nella causa animalista e, al contempo, il proliferare di studi e di ricerche, spesso confluiti in libri-denuncia1, in cui si è posto al centro il problema del rapporto uomo-animale nonché messo in profonda discussione l'atteggiamento fortemente discriminatorio dell'uomo nei confronti degli esseri di specie diversa dalla propria. Le principali prospettive etiche sono notoriamente quelle riconducibili al pensiero di Peter Singer, Tom Regan e Mary Midgley le quali promuovono il superamento della visione antropocentrica dell'etica che ritiene la razionalità umana unico

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] È nell'ambito della cultura angloamericana degli anni Sessanta e Settanta che viene a diffondersi l'idea di un'etica di liberazione animale, soprattutto in seguito alla pubblicazione di scritti diventati poi il manifesto ideologico di tale etica e che troverà in Peter Singer il suo più autorevole rappresentante e fondatore. In particolare, si rammentano i testi di R. Harrisson, *Animal Machines: the new factory farming industry*, New York, 1966; R.D. Ryde, *Victims of Science: The Use of Animals in Research*, London, 1975; A. Linzey, *Animal Rights: A Christian Assessment of Man's Treatment of Animals,* London, 1976; e S. Clark, *The Moral Status of Animals*, Oxford, 1977.

parametro nell'attribuzione della considerazione morale agli esseri viventi2. I confini della riflessione etica vengono così ampliati fino a coinvolgere il mondo vegetale e animale riconoscendo la loro diversità ed esigendone il rispetto della loro dignità. L'attenzione della riflessione filosofica nei confronti del rapporto dell'uomo con le altre specie trova, in quegli anni, la sua più alta conferma nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale - proclamata, nel 1978, dalle varie leghe protezioniste europee davanti all'Unesco3 - che sancisce il diritto all'esistenza degli esseri non umani (intesi come parte rilevante della comunità morale), ed evidenzia lo stretto legame che intercorre tra essi, la specie umana e l'ambiente naturale. Le istanze etiche di una "liberazione animale", sostenute nel vivace dibattito etico-filosofico di quegli anni, sono più tardi traslate in seno alla riflessione giuridica ove accanto a posizioni più moderate tese a sottolineare la necessità di tutelare il benessere degli animali in quanto esseri viventi non riconducibili alla categorie delle cose4, se ne sono affermate altre più progressiste che considerano gli animali titolari di una vera e propria soggettività giuridica che consente di imputare alla loro sfera giuridica diritti ed interessi5. La mutata visione concettuale degli animali ha condotto alla graduale erosione della dominante prospettiva antropocentrica nonché alla considerazione del benessere

[2] Cfr. M. Midley, *Animals and Why they Matter*, Athens, 1983; T. Regan – P. Singer, *Animal Rights and Human Obligations*, Englewood Cliffs (N.J), 1976; P. Singer, *The Animal Liberation Movement: its Philosophy, its Achievements and its Future*, Nottingham, 1985.

[3] Cfr. L. Winter Roeder, *Diplomacy, Funding and Animal Welfare*, Heidelberg-London-Dordrecht-New York, 2011 p. 47 ss.

[4] E. Sirsi, *Il benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Riv. Dir. Agrario*, 2011, p. 220 ss.; C.M. Mazzoni, *I diritti degli animali gli animali sono cose o soggetti di diritto?*, in A. Mannucci – M. Tallacchini (curr.), *Per un codice degli animali*, Milano, 2001, p. 111 ss. .

[5] Sul tema della soggettività degli animali, si rinvia ai contributi di F. Rescigno, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005, p.181 ss.; D. Cerini, *Gli animali come "soggetti-oggetti": dell'inadeguatezza delle norme*, in *The Cardozo electronic lawbulletin*, 2019, 2, p. 1 ss.; G. Spoto, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema delle tutele*, in *Cultura e Diritti*, 2018, p. 61 ss.; G. Martini, *La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di 'giuridificazione' dell'interesse alla loro protezione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2017, p. 35 ss.; C. Fossà, *Frammenti di oggettività e soggettività animale: tempi maturi per una metamorfosi del pet da bene (di consumo) a tertium genus tra res e personae?*, in *Contratto e impresa*, 2020, p. 527 ss.

animale[6] quale valore cui ispirarsi non soltanto nell'adozione di comportamenti eticamente accettabili, ma anche nella predisposizione di norme vincolanti sotto il profilo giuridico[7]. La sensibilità animalista è, così, pian piano confluita in regole giuridiche la cui ratio si individua nell'esigenza di approntare un sistema coordinato e coerente di protezione[8], tale da configurare un vero e proprio diritto degli animali inteso come quell'«insieme di norme orientate a disciplinare i rapporti tra questi ultimi e l'uomo, con particolare riguardo ai diritti dei primi e ai doveri del secondo nei riguardi degli esseri non umani»[9]. Il tema del benessere degli animali

[6] La prima dettagliata nozione di benessere animale risale al 1965, anno in cui il Governo britannico, sulla scorta dell'operato di un gruppo di esperti, ha riconosciuto le c.d. cinque libertà fondamentali ovverosia dalla fame e dalla sete, dalle scomodità, dal dolore e dalle malattie, dall'impossibilità di dare sfogo ai bisogni etologici dell'animale e dalla paura; sul punto, cfr. *Report of the Technical Committee to Inquire into the Welfare of Animals Kept under Intensive Livestock Husbandry Systems (Brambell Report)*, 1965. Le predette libertà hanno ispirato la successiva regolamentazione, vincolante e non, in materia. La tutela del benessere animale si innesta oggi in un quadro normativo alquanto variegato e multilivello. Per una efficace ricostruzione della nozione in discorso nell'ambito internazionale e sovranazionale, si rinvia al recente contributo di F.E. Celentano, *Benessere animale, scienza e diritto nella prospettiva internazionale ed europea*, in Rivista di diritto alimentare, 3, 2021; v. anche Id., *l'ordinamento dell'unione europea alla prova del diritto al benessere degli animali*, in Id. (cur.), *Scritti su etica e legislazione medica e veterinaria*, Bari, 2017, pp. 27 ss.; Id., *Il benessere degli animali sempre più centrale nella legislazione dell'unione europea*, in *Sud in Europa,* 2018, p. 21 ss.

[7] Per una visuale più ampia di quella meramente antropocentrica dovuta anche all'accentuazione dell'integrazione tra scienza, filosofia, etica e diritto, cfr. S. Castignone – L. Lombardi Vallauri (curr.), *La questione animale*, in *Tratt. Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2012, *passim.* In tema di rapporti tra etica e diritto con riferimento al trattamento degli animali da parte dell'uomo, cfr. M. Tallacchini, *Appunti di filosofia della legislazione animale*, in A. Mannucci – M. Tallacchini (curr.), *Per un codice degli animali*, cit., p. 36 ss.

[8] Sul punto, v. V. Vadalà, *Prospettazione storico-evolutiva dei diritti degli animali*, in *Giustizia Civile*, 2017, p. 549 ss. Per un approfondimento della disciplina posta a tutela degli animali nell'ordinamento italiano, v. G.A. Parini, *La tutela degli animali e della relazione interspecifica uomo animale*, in *Rivista di diritto civile*, 2021, p. 1000 ss.

[9] Così, F. Fontanarosa, *I diritti degli animali in prospettiva comparata*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo On line*, 2021, p. 169. La spinta verso uno sviluppo ed un inquadramento più generale ed adeguato del settore del diritto che ha ad oggetto la protezione degli animali è piuttosto diffusa tra gli studiosi. Lo sforzo di sistematizzazione in chiave innovativa ha portato, in alcuni casi, all'individuazione

negli ultimi anni ha, dunque, valicato i confini degli studi di settore, acquisendo uno spazio sempre più crescente nella legislazione e nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale. Il riferimento prevalente è costituito, nel contesto giuridico europeo, dall'art. 13 TFUE del Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'UE[10] che impone, tanto

di un nuovo settore accademico denominato «studi animali» o anche «antrozoologia», (cfr. P. Waldaup, *Second Wave Animal Law and the Arrival of Animal Studies*, in D. Cao, S. White (curr.), *Animal Law and Welfare – International Perspectives*, Cham, 2016, p. 1 ss.).

[10] L'art. 13 del TFUE, collocato nella Parte I "Principi" Titolo II "Disposizioni di Applicazione Generale", dispone: «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale». Sulla reale portata innovativa della citata disposizione si registrano in dottrina posizioni alquanto discordanti. Secondo alcuni studiosi, la tutela giuridica del benessere degli animali, in quanto esseri senzienti, rappresenterebbe una delle più importanti novità registratesi, a livello comunitario, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. In particolare, si ritiene che l'art. 13 TFUE riconoscendo gli animali quali esseri senzienti assegnerebbe loro una qualità ontologicamente incompatibile con quella di *res*. (cfr. Sul punto, S. Michelagnoli, *Legittimo il sequestro preventivo di animali domestici*, in *Diritto penale e processo*, 2017, p. 1386 ss.). Per questo filone di pensiero, dunque, la formulazione della norma considererebbe l'animale come soggetto che, in quanto essere senziente, si distinguerebbe dall'ambiente, non potendo più essere ritenuto un suo semplice elemento. Inoltre, la disposizione in discorso, nel considerare il benessere dell'animale quale esigenza di cui tener conto nell'elaborazione ed attuazione delle politiche comunitarie, confermerebbe la volontà delle istituzioni comunitarie di attribuire una soggettività all'animale, essendo la condizione di benessere propria degli esseri dotati di soggettività (sul punto, tra molti, v. D. Cerini, *Il diritto e gli animali: note gius-privatistiche*, Torino, 2012, p. 40). Altra parte della dottrina, tuttavia, ha posto in serio dubbio la reale portata innovativa della disposizione in esame, sottolineando il controverso valore da attribuire alla medesima. Resta fermo, però, secondo alcuni, che la disposizione *de qua* pur non «chiarendo la portata della nozione di 'esseri senzienti', rappresenta un fondamentale criterio ispiratore nell'interpretazione della pertinente normativa, sia di quella comunitaria, che di quella nazionale costituendo, eventualmente, la base di partenza per dare impulso alla costituzionalizzazione, a livello sovranazionale, del diritto degli animali» (F.P. Traisci, e F. Fontanarosa, *I diritti degli animali: da oggetti di consumo agroalimentare a soggetti giuridici con diritti propri*, in *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata. Atti del XXV Colloquio dell'associazione Italiana di Diritto Comparato*, Parma 23-25 maggio 2019, Roma, 2020, p. 863).

all'Unione quanto agli Stati membri, il dovere di tener conto «delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale». Detta disposizione – pur contraddistinguendosi per un forte spirito di compromesso, in quanto coniuga l'affermazione della 'senzietà animale' con il mantenimento di fenomeni discutibili e problematici, come le macellazioni rituali religiose o le attività folkloristiche e di costume11 – ha il merito di aver dichiarato la "senzietà" animale ed incentivato iniziative legislative maggiormente garantiste nei confronti degli esseri animali, sia a livello degli Stati membri, che a livello di legislazione europea. Tale previsione, che eleva il sentimento per gli animali da semplice elemento del patrimonio della coscienza sociale a valore di copertura costituzionale dell'ordinamento europeo12, ha, infatti, concorso ad un incisivo innalzamento della tutela degli animali nei sistemi ordinamentali dei diversi Paesi europei sollecitando un processo di riforme – da ultimo quella del codice civile spagnolo oggetto di disamina nel prosieguo – diretto alla de-oggettivazione della categoria.

2. Il nuovo status giuridico degli animali nell'ordinamento spagnolo dopo l'entrata in vigore della legge n. 17/2021

Con la legge n. 17/2021, entrata in vigore il 5 gennaio 2022, il legislatore spagnolo ha definito il regime giuridico degli animali adeguandolo alla maggiore sensibilità sociale che oggi esiste nei loro

[11] Sul punto, cfr. F. Albissinni, *Esseri senzienti, animali ed umani: nuovi paradigmi e nuovi protagonisti. Tre sentenze in cammino,* in Rivista di diritto alimentare, 3-2021, il quale sottolinea come la richiamata disposizione normativa assegna al benessere animale la connotazione di principio guida e, al contempo, esprime il necessario bilanciamento tra questioni sostanzialmente contrapposte: da una parte, emerge l'esigenza di offrire una tutela agli animali che sia diversa e maggiore rispetto a quella prevista per gli oggetti; dall'altra parte, però, è affermata la necessità di continuare a garantire i diritti umani fondamentali che vengono in gioco.

[12] In tal senso, T. Gazzolo, *Diritto e divenire-animale*, in *Politica del Diritto*, 2012, p. 710 ss. Con riguardo al valore giuridico della novità "costituzionale", cfr. M. Lottini, *Benessere degli animali e diritto dell'unione Europea*, in *Cultura e diritti*, 2018, p. 11 ss.

confronti[13]. La riforma, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 13 del TFUE - norma che costituisce una importante presa di posizione delle istituzioni comunitarie nei riguardi della plurisecolare concezione 'materialistica' dell'animale - muta la considerazione giuridica degli animali da semplici cose ad esseri viventi dotati di sensibilità[14] e modifica, in ragione della nuova natura ad essi ascritta, talune norme del codice civile, della legge sui mutui e della legge di procedura civile. Con l'utilizzo della locuzione «esseri viventi dotati di sensibilità»[15], il legislatore spagnolo opta, in linea con la scelta operata nei codici civile francese e portoghese, per una descrizione positiva dell'essenza di questi esseri che li differenzia, da una parte, dalle persone e, dall'altra, dalle cose e dalle altre forme di vita come le piante. Il regime giuridico dei beni e delle cose sarà, tuttavia, applicabile solo nella misura in cui sia compatibile con la loro natura o con le disposizioni destinate alla loro protezione (art. 333 bis); pertanto, gli animali possono divenire oggetto di proprietà, come

[13] Il testo di legge è consultabile online in *boe.es*. Tra i primi commenti alla riforma, si v. M.O. Oliva, *Ley 17/2021, de 15 de Diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el Régimen Jurídico de los animales*, consultabile online in *derechoanimal.info*; M.F. Benavides, *La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, consultabile online in *elnotario.es*. Per una lettura in chiave critica dell'intervento riformatore si v., ancora, I. Vivas Tesòn, *Si los animales son seres sintentes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivenda?,* in *Revista CESCO De Derecho De Consumo,* 2022, p. 44 ss. Preme rilevare che una iniziativa legislativa di tenore pressoché identico alla legge n. 17/2021 era stata discussa e messa ai voti già nel febbraio del 2017; tuttavia, a causa delle vicissitudini politiche che condussero allo scioglimento delle Camere, la riforma non giunse a completamento del suo *iter*. Sul punto, si v., tra molti, anche per l'attualità delle considerazioni ivi contenute che ben si attagliano alla riforma legislativa qui in commento, T. Gimènez-Candela, *La Descosificación de los animales* (I), in *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2017, n. 2; I. Vivas Tesòn, *Los animales en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una reforma*, in *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2019, vol. 21.

[14] L'art. 333 bis c.c., al comma 1, espressamente prevede che «*Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección*».

[15] In argomento, si v. T. Gimènez-Candela, *La Descosificación de los animales* cit., la quale rileva che l'espressione adottata dal legislatore spagnolo – già presente nel progetto di legge antecedente – sia da preferire, anche per il suo carattere assertivo, all'espressione negativa "gli animali non sono cose" ("*nicht Sachen*") adottata in Austria, Svizzera e Germania nei rispettivi codici civili.

espressamente stabilito dall'articolo 348 c.c. nella sua nuova formulazione, ma pur sempre nel pieno rispetto del principio del loro benessere che permea l'intera riforma. La modifica dello statuto giuridico degli animali apportata dalla legge 17/2021 – che, alla stregua delle altre esperienze modificative dei codici civili degli altri Paesi Europei, rinviene il suo fondamento nella recenti scoperte scientifiche che hanno dimostrato la natura senziente dell'animale, dunque, la sua capacità di soffrire e di provare (taluni) sentimenti[16] - è stata incorporata in una pluralità di norme del codice civile spagnolo, comportando l'adattamento, tra le altre, delle tradizionali nozioni di occupazione, frutti naturali, ritrovamento, responsabilità per danni e vizi occulti, applicate, in modo diverso da quello attualmente in vigore, agli animali. Peculiari, in ambito familiare, sono le modifiche apportate agli artt. 90 c.c. e ss. nei quali è oggi contenuta una efficace disciplina relativa al godimento e alla cura degli animali da compagnia nei contesti di crisi coniugale. In caso di separazione, il giudice determinerà la custodia condivisa degli animali da compagnia. Il regime da applicare agli animali (in primis, ciò che attiene la custodia, e la ripartizione degli oneri e dei tempi connessi alla loro cura) sarà deciso tenendo conto, primariamente, del benessere dell'animale[17]. Si

[16] Da più tempo la neuroscienza e sviluppo delle tecniche tomografiche hanno dimostrato che gli animali - in particolare, gli esseri vertebrati ma anche molti invertebrati - hanno capacità di percepire ed elaborare il dolore (superando la mera presenza di reazioni nociriflesse), di provare una vasta tipologia di sentimenti e sensazioni, inserendosi così appieno nella cerchia degli esseri senzienti. È, infatti, ormai provato che gli animali non umani, secondo livelli differenti, sono dotati di alte capacità cognitive e mentali, e, quindi, non sono esclusivamente guidati dall'istinto. La questione dell'intelligenza degli animali è stata affrontata in molteplici opere, tra cui D.R. Griffin, *Animal Minds*, Chicago, 2002; D. Radner – M. Radner, *Animal consciousness*, Buffalo, 1989; per un'opera collettanea dove si ritrovano teorie contrastanti, si veda C. Blackemore – S. Greenfield, *Mindwaves: Thoughts on Intelligence, Identity an Consciousness,* London, 1987. Per una ampia disamina delle ragioni scientifiche ed etiche che fondano il rispetto degli animali non-umani e la loro evoluzione all'interno del diritto dell'unione Europea, si v., nel panorama italiano, M. Tallacchini, *Il sentire animale tra scienze, valori e policies europee* in Rivista di diritto alimentare, 2021, n. 3.

[17] L'art. 94 bis c.c. stabilisce, difatti, che il giudice si occuperà dell'interesse dei familiari e del benessere dell'animale indipendentemente da chi ne sia il proprietario e a chi ne sia stata concessa la custodia.

contempla, all'uopo, il patto sugli animali domestici,[18] oggetto di valutazione e approvazione da parte del giudice, nel quale vengono stabiliti i diritti e gli obblighi in capo agli ex coniugi riguardo alla cura e alla custodia dell'animale. Non potranno essere stipulati accordi che pregiudichino gravemente il benessere degli animali. In caso di conflitto familiare, gli animali da compagnia, pertanto, non sono più trattati come mere *res*, ma alla stregua degli altri membri del nucleo familiare, così da poter continuare a beneficiare di un trattamento in armonia con il loro benessere ed anche con i desideri affettivi e le concrete esigenze di tutti i soggetti che, all'interno della famiglia, ne hanno avuto da sempre la cura[19]. La novella legislativa, in considerazione della non desueta concomitanza tra abuso sugli animali e violenza domestica e di genere e abuso sessuale e maltrattamento di minori, stabilisce poi una limitazione all'affido condiviso e alla tutela dei figli minori nei casi di maltrattamenti (o minacce di violenze) contro gli animali come mezzo per controllare o vittimizzare i figli comuni o l'altro coniuge[20]. Il giudice, dunque, potrà stabilire che l'affidamento dei figli non sia condiviso, se uno dei due genitori abbia maltrattato o minacci di maltrattare l'animale della famiglia come forma di violenza psicologica per controllare o trattenere l'altro partner. La violenza contro gli animali assurge,

[18] Specificatamente, in ipotesi di procedure consensuali di separazione o divorzio: l'articolo 90 c.c. al comma 1, lettera b) bis, stabilisce che: «nel caso degli animali domestici, nell'accordo normativo devono essere stabilite le misure su di essi stabilendo il tipo di custodia, ovvero i tempi di convivenza, cura e i loro carichi». Laddove la clausola relativa agli animali è ritenuta dannosa, i coniugi non potranno ottenere l'approvazione dell'accordo normativo davanti al giudice. In caso, invece, di separazioni giudiziali, l'articolo 91 c.c. dispone che la sentenza di nullità, separazione o divorzio, così come la sua esecuzione specificherà anche il destino degli animali domestici.

[19] Si tratta, come sottolinea M.F. Benavides, *La reforma del régimen jurídico de los animales. A propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre,* cit., di uno degli aspetti della riforma che, senza dubbio alcuno, merita una valutazione positiva, in quanto fornisce al giudice strumenti efficaci per risolvere le controversie tra coniugi in materia di godimento e cura degli animali in caso di separazioni coniugali. L'A. richiama taluni orientamenti della giurisprudenza spagnola nei quali, in casi di scioglimento del matrimonio e/o della coppia di fatto, i giudici hanno scelto di dichiarare la comproprietà dell'animale stabilendo una sorta di "affidamento condiviso" che però non trovava alcun appiglio nella disciplina sui beni comuni (artt. 392 c.c. e ss.).

[20] Cfr. Art. 92, paragrafo 7, c.c.

dunque, a rilevante strumento valutativo attraverso cui perseguire anche il cd. *best interest* del minore. In ambito successorio, si segnala l'introduzione dell'articolo 914 bis, ove, sempre in linea con il criterio guida del benessere animale, viene regolata la sorte degli animali da compagnia in assenza di disposizione testamentaria[21]. Si tratta di una soluzione che intercetta l'esigenza di non far mai venire meno una protezione all'animale che sopravvive alla morte del soggetto che se ne è preso sempre cura. Per quanto, invece, riguarda i negozi giuridici sugli animali, gli articoli 1484 c.c. e ss. che disciplinano la loro vendita sono modificati, con la previsione dell'adempimento dei doveri di assistenza veterinaria e di cura necessari per garantire la loro salute e il loro benessere, nonché con il divieto della costituzione del diritto reale di pegno su di essi (art. 1864 c.c.). In ultimo, si evocano talune modifiche puramente estetiche e prive di rilevanza pratica con le quali sono state eliminate espressioni (presunte) peggiorative come "animali nocivi" (art. 449 c.c.) o "animali feroci", questi ultimi ribattezzati "animali selvatici" o "selvaggi" (art. 465 c.c.). Di là dal codice civile, rilevanti modifiche riguardano l'art. 111 primo comma della legge sulle ipoteche e l'art. 605 del codice di procedura civile: con la prima disposizione citata si impedisce l'estensione dell'ipoteca agli animali collocati o destinati ad un'azienda agricola dedicata allo sfruttamento zootecnico, industriale o ricreativo e si vieta l'accordo per estendere l'ipoteca agli animali domestici; l'art. 605 c.p.c. dichiara, invece, gli animali domestici non sequestrabili in considerazione dello speciale legame di affetto che li lega alla famiglia con cui vivono, fatta salva, però, la possibilità di sequestrare il reddito che essi possono generare. Ci sono poi altre misure sulle quali, post riforma, si sta ancor oggi discutendo ai fini della relativa introduzione. La prima attiene il divieto di lasciare un cane senza sorveglianza per più di 24 ore, norma ritenuta necessaria da talune importanti associazioni animaliste (come ad esempio la *Royal Canine Society of Spain*), ma anche di difficile attuazione. La seconda riguarda, invece, l'eliminazione dell'elenco dei cani pericolosi, che consentirebbe di superare una sorta di illogicità della normativa ancora in vigore atteso che non ci sono basi scientifiche per associare l'aggressività a determinate razze canine. In

[21] Sulle incongruenze della nuova formulazione dell'914 bis c.c., si v. I. Vivas Tesòn, *Si los animales son seres sintentes, ¿es posible prohibir la tenencia de un animal de compañía en una vivenda?*, cit.

conclusione, si ritiene che l'intervento riformatore del legislatore spagnolo, seppure non privo di talune criticità[22], sia nel suo complesso apprezzabile per aver, da un lato, posto fine alle insormontabili contraddizioni tra diritto privato e diritto pubblico in materia[23] e, dall'altro, per aver dato forma e sostanza ad uno statuto degli animali alquanto coerente nel quale assumono centralità gli interessi (alla cura e al benessere) propri dell'animale, la cui tutela è disancorata dalla logica proprietaria e non è più esclusivamente funzionale al sentimento umano.

3. Il caso di Tuco: la vicenda fattuale e contenziosa

La prima controversia giudiziaria che ha visto l'applicazione della novella legislativa spagnola sopra richiamata ha come protagonista il cane Tuco, un incrocio tra pastore belga e un pitbull[24]. La storia della contesa di Tuco ha avuto inizio nel 2018, quando il suo proprietario A.C., prima di partire per un progetto Erasmus in Messico, decide di lasciarlo alle cure di O.L., cittadina marocchina che vive ad Oviedo, la quale accetta di custodirlo ed occuparsene sino al suo rientro. L'effettivo proprietario si disinteressa

[22] Sul punto cfr. Ancora, I. Vivas Tesòn, *op. ult. cit.* la quale, in chiave critica, osserva che la riforma non prevede una definizione di animale da compagnia; inoltre, l'A. rileva che la legge n. 17/21 non ha una concreta incidenza sull'autonomia privata atteso che in un contratto di locazione può essere imposto il divieto di tenere animali, e ciò malgrado la considerazione di questi ultimi come esseri senzienti.

[23] Ad esempio, si pensi alle innumerevoli disposizioni amministrative volte alla tutela degli animali o alle norme penali che puniscono, sempre più severamente, i comportamenti che minacciano gli animali (ad es. il reato di abbandono, di cui all'art. 337 del codice penale spagnolo).

[24] Tra i primi commenti sulla ordinanza emessa dal Tribunale di Oviedo, si v. D. Navarro Sanchez, *La resolución a favor de Tuco. Primer efecto de la modificación del Código Civil* consultabile online in *derechoanimal.info*. Nel panorama italiano, si rinvia a G. Buffone, *L'animale di compagnia è un essere senziente e i provvedimenti relativi al suo collocamento e affidamento vanno assunti tenendo conto del suo benessere,* in *Giustizia civile.com*, 9 febbraio 2022*;* M.E. Ruggiano, *Brevi considerazioni intorno ai diritti soggettivi degli animali da affezione. Il caso di Tuco in Spagna*, consultabile online in *salvisjiuribus.it.*

di Tuco per un lungo periodo durante il quale tra il cane e la donna si viene ad instaurare un importante rapporto affettivo. Due anni dopo, A.C. rientra in Spagna e chiede la restituzione dell'animale, così come concordato al momento della sua consegna; O.L. oppone un netto rifiuto alla richiesta restitutoria di A.C. in ragione del legame stabile venutosi a creare tra lei e il cane. Tuco – sostiene, infatti, O.L. - è un «compagno insostituibile e parte del suo nucleo familiare». Nel febbraio 2021, dopo varie reiterate richieste non andate a buon fine, il proprietario di Tuco denuncia O. L. dapprima in sede penale per appropriazione indebita e, successivamente, all'esito negativo del predetto giudizio, in sede civile per rivendicare la proprietà del cane. Il Tribunale riconosce la legittimità della richiesta di restituzione dell'animale tenuto conto del titolo di proprietà e condanna la parte convenuta alla restituzione. L'affidataria del cane, tuttavia, impugna la sentenza. Nelle more del nuovo giudizio, il proprietario di Tuco ottiene un provvedimento giudiziale onde riavere la custodia del cane fino al processo. Ed è proprio in questo frangente della vicenda giudiziale che entra in vigore la nuova riforma del codice civile spagnolo in forza della quale gli animali cessano di essere considerati come cose. O.L., richiamandosi al principio del benessere degli animali ampiamente tutelato nella novella legislativa, propone opposizione. Nel caso di specie, rilevano subito i giudici, proprio il benessere di Tuco «consiglia di non apportare modifiche alla situazione attuale, modifiche che potrebbero non essere definitive e che potrebbero causare inutili sofferenze all'animale che verrebbe bruscamente separato dalla persona che ne è stata il custode almeno negli ultimi tre anni».; viene, altresì, sottolineato che «l'eventuale danno che può essere causato all'animale dal cambiamento di ambiente nel caso in cui venga emessa una sentenza revocando quella emessa in prima istanza non può essere modificato o risarcito» . Del resto - osservano ancora i giudici di Oviedo -, «non siamo di fronte alla consegna di una cosa ma di un animale che, ai sensi dell'articolo 333 bis del codice civile attualmente in vigore dal 5 gennaio 2022, è un essere vivente, dotato di sensibilità, per cui tutte le decisioni che riguardano un animale devono garantirne il benessere secondo le caratteristiche di ogni specie». La decisione assunta dal giudice paralizza, quindi, un passaggio (provvisorio) di consegna della bestiola che, nelle more dell'accertamento della proprietà domenicale, avrebbe potuto arrecare alla stessa solo inutili sofferenze. Dunque, in attesa

della statuizione definitiva sul suo affidamento, viene garantito il benessere dell'animale, il quale potrà continuare a giovarsi della compagnia e dell'affetto della donna con cui, da tempo, convive in modo stabile e che, amorevolmente, lo ha custodito e curato.

4. Lo statuto giuridico degli animali in prospettiva comparata. Brevi cenni all'esperienza italiana

Nello scenario europeo – come già rilevato - l'abbandono dell'impostazione monolitica dell'animale-cosa muove da un nutrito dibattito sociale e culturale, alimentato anche dai movimenti animalisti, che ha interessato, in particolar modo, la seconda metà del XX secolo[25]. Le esperienze modificative dello statuto giuridico degli animali[26] sono state realizzate secondo due diversi approcci: in alcuni ordinamenti sono state apportate corpose modifiche alle codificazioni civili mediante la previsione di una serie di norme tese a identificare gli animali come entità diversa dai beni e che rappresentano, nel loro complesso, un importante strumento interpretativo specie in caso di conflitti; in altri ordinamenti, invece, si è attuato un processo di costituzionalizzazione dei diritti degli animali (sovente anticipato da una riscrittura delle norme civilistiche) mediante il loro espresso richiamo nei testi costituzionali. La tutela dell'esistenza e della qualità di ogni animale viene così riconosciuta anche indipendentemente dal loro essere parte o meno del bene ambiente. Il primo approccio evolutivo ha caratterizzato le recenti esperienze francese [27], portoghese[28] e spagnola. Tra i Paesi che, invece, hanno seguito la

[25] In argomento, si rinvia a F. Rescigno, *I diritti degli animali. Da res a soggetti,* cit.

[26] Per una visione d'insieme sulle varie normative di tutela delle varie tipologie di animali si v. K. Mercier – A.C. Lomellini-Dereclenne, *Le droit de l'animal*, Issy-les-Moulineaux, 2017.

[27] Cfr. J.P. Marguenaud, *Une révolution théorique: l'extraction masquée des animaux de la catégorie des biens*, in *Semaine juridique*, 9 marzo 2015, p. 10 ss; C. Riot, *La personnalité juridique de l'animal (I). L'animal de compagnie*, in *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2018, n. 2.

[28] Cfr. T. Gimenez-Candela, *Reforma del Cc de Portugal: los animales como seres sintientes*, in *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2016, n. 4.

seconda tendenza evolutiva vi sono la Germania[29], l'Austria, la Svizzera[30] e, da ultimo, anche l'Italia ove, l'8 febbraio 2022 è stata approvata, in via definitiva, la legge costituzionale n. 1 del 2022, recante «*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*». In particolare, all'art.9 Cost. è stato aggiunto che la Repubblica «tutela dell'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni» e che «La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»[31]; mentre,

[29] La Germania è stato il primo tra i Paesi membri dell'unione Europea a prevedere nella propria Costituzione la tutela dell'animale in quanto tale. Seguendo l'impronta di quanto affermato nella Costituzione svizzera ed in linea di continuità con le leggi interne, la *Grundgesetz* stabilisce che lo Stato deve tutelare le condizioni vitali della specie umana e degli altri animali. L'attuale testo dell'art. 20a "Protezione dei fondamenti naturali della vita e degli animali" così recita: «Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto». Sul punto, cfr., ex multis, J. Caspar – M. Geissen, *Das neue Staatsziel "Tierschutz" in Art. 20a GG*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht,* 2002, p. 914 ss.; R. Orrù, *Il vento dei "nuovi diritti" nel Grundgesetz tedesco ora soffia anche sugli animali?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 1138 ss.

[30] Nella Costituzione della Confederazione Elvetica l'art. 80 è dedicato alla protezione degli animali; il legislatore svizzero ha inteso così isolare la loro posizione rispetto al tema più generale dell'ambiente, e, nell'affermare che la Confederazione emana prescrizioni sulla protezione degli animali, sembra voler riconoscere, implicitamente, il diritto/interesse dell'uno (animale) ed il dovere dell'altro (stato/uomo) a proteggere. La norma prende, infatti, in considerazione diversi profili del rapporto uomo-animale: non solo quello relazionale-affettivo, ma anche quelli relativi all'utilizzo di animali per attività lucrative e di ricerca. Sul punto, cfr. B. Baertschi, *Dignité de la créature et dignité de la personne humaine*, in *l'animal humain. Traits et spécificités* (G. Chapouthier dir.), Paris, 2004, p. 89 ss.; I. Pratorius – P. Saladin, *Die Würde der Kreatur (Art. 24 novies Abs. 3 BV)*, Berne, 1996, p. 87 ss.

[31] In argomento, si v. G. Santini, C*ostituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 2021, p. 469 ss., il quale rileva che «la collocazione decisamente incongrua di una riserva di legge statale nell'ambito dei principi fondamentali, laddove avrebbe potuto trovare una sede più adeguata nell'ambito dell'art. 117 Cost. Tale riserva, infatti, non ha soltanto un valore di garanzia, ma segna anche un limite alla competenza legislativa regionale, escludendo che possano intervenire provvedimenti normativi degli enti territoriali (a statuto ordinario). La posizione nella topografia costituzionale, in effetti, ha di per sé un rilevante significato interpretativo: è alla luce dell'art. 9 che dovranno essere lette le altre disposizioni costituzionali, comprese quelle del titolo V».

nella nuova formulazione dell'art. 41 Cost. sono stati introdotti, al secondo comma, i nuovi limiti del *danno alla salute e all'ambiente* e aggiunto, al terzo comma, un'ulteriore finalità ambientale nell'attività di indirizzo e coordinamento dell'attività economica pubblica e privata[32]. La riforma conferisce una dignità all'ambiente in linea con l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che da anni ne valorizza l'autonoma dimensione[33]. Si tratta di un cambiamento

[32] Tra i molteplici contributi sul tema, si v. M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, p. 285 ss.; L. Cassetti, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi*.it, 23 giugno 2021; Y. Guerra – R. Mazza, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, p. 110. A. Mattoscio, *La tutela ambientale in Costituzione*, in *Blog di Diritti Comparati*, 10 marzo 2021.

[33] A partire dagli anni '80 del secolo scorso la Corte Costituzionale ha qualificato l'ambiente, nella sua accezione più estesa comprensiva anche degli animali, come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività che comprende «la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale ed in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni. (…) Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione» (Corte Cost., 28 maggio 1987, n. 210; in termini conformi, v. Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641, che ha affermato, *inter alia*: «l'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto»); in argomento, cfr. Anche S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2017, p. 4 ss.; V. Pocar, *Una nuova sensibilità per la tutela degli animali,* in *Cassazione Penale,* 2006, p. 260 ss. Con riguardo alla "strumentalità" dell'animale per la realizzazione di diritti fondamentali della persona umana, si v. Trib. Pavia, sez. III, 16 settembre 2016, n. 1266, in *Giur. It.*, 2017, p.1075 ss. (con nota di D. Melano Bosco), nonché Trib. Arezzo, sez. III, 4 agosto 2017, ove si legge: «È indubbio che, rispetto a dieci anni fa, si sia rafforzato nella visione della comunità il bisogno di tutela di un legame che è diventato più forte tra cane e padrone, cosicché non possa considerarsi come futile la perdita dell'animale e, in determinate condizioni, quando il legame affettivo è particolarmente intenso così da far ritenere che la perdita vada a ledere la sfera emotivo-interiore del o dei padroni, il danno vada risarcito. In una visione costituzionalmente orientata non

innegabilmente importante[34], che riflette la mutata sensibilità sociale sulle tematiche ecologiste e animaliste, con il quale il nostro Paese si adegua, seppure in ritardo, alle fonti internazionali ed europee, ponendo così le basi valoriali per uno sviluppo futuro che sia sostenibile e che tenga sempre più in considerazione il benessere degli animali, i quali non sono più percepibili come semplici *res*. Il legislatore dedicando un autonomo periodo agli animali – pur essendo questi ricompresi nel concetto di "biodiversità" - sembra andare nella direzione di un riconoscimento esplicito a quanto sancito dall'art. 13 TFUE (che, come già si è detto, individua gli animali come «esseri senzienti») dimostrando, conseguentemente, una attenzione particolare all'esigenza di «migliorare la posizione [degli animali] a partire da quelli da compagnia sino a comprendere, con un processo di condivisione sempre maggiore, gli animali da reddito e usati per le sperimentazioni»[35]. Il richiamo agli animali nella nuova formulazione dell'art. 9 Cost. costituisce certamente un primo significativo passo verso il riconoscimento del valore della soggettività animale e del principio di meritevolezza della sua tutela. La modifica in discorso,

possa negarsi la risarcibilità del danno da perdita dell'animale di affezione, in quanto espressione delle attività realizzatrici della persona e facente parte del suo bagaglio di ricerca di piena esplicazione della propria personalità».

[34] Come osserva A. Mattoscio, *La tutela ambientale in Costituzione,* cit., appartiene alla XVIII legislatura il primato di aver apportato una modifica ai primi dodici articoli della Costituzione. La sezione del testo costituzionale recante i principi fondamentali è rimasta fino ad oggi invariata, pur essendo noto che il portato degli stessi si è evoluto con l'evolversi dei tempi e sulla scia dell'influenza del dettato europeo. L'A. evidenzia come la «modifica dei «Principi fondamentali» della Carta non contrasta con la nota sentenza n. 1146/1988 della Corte costituzionale, ai sensi della quale i «principi supremi non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali». Il legislatore costituzionale ha, infatti, mantenuto inalterato il portato essenziale dell'art. 9, a cui già la giurisprudenza costituzionale si era rivolta in combinato disposto con l'art. 32 per costruire in via pretoria una tutela dell'ambiente di carattere nazionale».

[35] Così, D. Cerini, *Audizione presso il Senato della Repubblica sui disegni di legge costituzionale n. 83 del 23 marzo 2018, n. 212 del 3 aprile 2018, n. 1203 del 2 aprile 2019 e 1532 dell'8 ottobre 2019*, disponibile in *senato.it*, p. 3. L'A. Evidenzia poi che «la scelta di isolamento della posizione dell'animale appare preferibile, non ritenendo sufficiente la sussunzione della posizione dell'animale nel riferimento all'ambiente, e relativa tutela. Infatti, l'ambiente è semmai idoneo ad "incorporare" gli animali nella loro dimensione collettiva di fauna, ma non prende in considerazione l'animale come singolo destinatario di tutela».

pur non incidendo sul catalogo dei diritti né su quello dei loro titolari, sembra ampliare il concetto di soggettività sotteso all'intero impianto costituzionale che, in ragione della propria intrinseca maggiore complessità nonché articolazione su livelli differenziati (da quello dell'autocoscienza esclusivo dell'essere umano al livello minimo della sensibilità), non è più di esclusiva prerogativa umana. Tuttavia, detto richiamo agli animali - come taluni autorevoli autori osservano - se non verrà accompagnato da un reale sforzo culturale-legislativo e sociale rischia «di tradursi in un'astratta formulazione che necessiterebbe ancora una volta di complicati equilibrismi giuridici e giurisprudenziali per trovare un *ubi consistam*»[36]. In tale direzione, non si può non auspicare un intervento teso ad apportare, in armonia all'art. 9 Cost., coerenza al quadro normativo interno che, pur offrendo un ventaglio di strumenti in tema di tutela degli animali, è contrassegnato da molteplici distonie e incongruenze[37] le quali, sovente, trovano il loro più ampio riflesso in soluzioni giurisprudenziali tutt'altro che univoche[38]. Del resto, proprio «la previsione di una chiara menzione dell'animale in Costituzione può offrire un fondamentale ausilio, ponendosi a fondamento di future

[36] F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021.

[37] Il contrasto più stridente riguarda la considerazione giusprivatistica dell'animale come mero bene ex art. 812 c.c. Con quella che emerge nelle norme europee (che, come rilevato, hanno conferito autonomia concettuale e, secondo taluni autori, anche dignità agli animali) o, ancora, in numerose leggi regionali che identificano l'animale come essere senziente ed affermano il dovere di garantirne il benessere. La classificazione civilistica mal si concilia poi con altre norme di protezione degli animali come ad esempio, il Codice della circolazione stradale nel quale si individua un vero e proprio dovere di soccorso di animali feriti, dovere che appare svincolato dalla posizione e dall'esistenza di un eventuale proprietario dell'animale stesso quale possibile danneggiato; o, ancora, la riforma del condominio del 2012 nella quale si è previsto il diritto del proprietario di accompagnarsi all'animale di famiglia nella propria abitazione ma anche negli spazi comuni, privilegiando, chiaramente, la salvaguardia di una relazione tra due soggetti. Il contrasto è ancor più evidente se si considerano le norme penali che puniscono le azioni criminose dirette agli animali – a partire dalla Legge quadro 281/1991 relativa alla tutela degli animali d'affezione contro gli atti di crudeltà oltre alle norme del Codice Penale novellate nel 2004 - e nelle quali non è agevole individuare la posizione dell'animale come oggetto dell'azione criminosa o, piuttosto, come "soggetto danneggiato" ossia vittima del reato.

[38] Per un'ampia lettura della giurisprudenza, nazionale e straniera, sul tema si rinvia ancora a D. Cerini, *Il diritto e gli animali. Note Gius-privatistiche*, cit.

norme di rango ordinario nei diversi settori dell'ordinamento»[39] e consentire così che la tutela degli animali sia il frutto di un legislatore attento al dettato costituzionale e non più il prodotto episodico di un legislatore prima, e di un giudice poi, "sensibile" e rispettoso delle altre specie.

5. Note conclusive

La vicenda giudiziaria avente come suo protagonista Tuco, oggetto di breve disamina in questa sede, ha suscitato una notevole attenzione, anche di là dal contesto giuridico e sociale spagnolo, in quanto rappresenta il primo caso giudiziario che ha trovato soluzione nell'immediatezza dell'entrata in vigore, nell'ordinamento iberico, della legge n. 17/2021 con la quale gli animali sono stati riconosciuti come esseri viventi dotati di sensibilità e configurati, in capo ai medesimi, interessi propri la cui tutela è sganciata dall'ottica proprietaria. L'ordinanza emessa dai giudici del Tribunale di Oviedo, chiamati a disporre il temporaneo collocamento del cane conteso, ha statuito che un animale di compagnia non è una *res* ma un essere senziente e, conseguentemente, che tutti i provvedimenti relativi al suo collocamento e affidamento vanno assunti tenendo conto, in via prioritaria, del suo benessere proprio come disposto dalla novella legislativa. L'interesse al benessere dell'animale, che funge da criterio guida dell'intera riforma, è stato nel caso di specie concretamente perseguito mediante la inibizione di un cambiamento di ambiente e nucleo familiare che avrebbe potuto arrecare al cane sofferenze del tutto evitabili. La statuizione giudiziale qui richiamata ha il pregio di aver colto appieno lo spirito della novella legislativa spagnola che assegna all'animale un paradigma autonomo e indipendente dal sentimento umano. In particolare, la decisione rileva per aver chiarito la portata pratica della disposizione di cui all'art. 333 bis c.c. che - sulla scorta del suo archetipo normativo (l'art. 13 TFUE), - afferma la senzietà degli animali, pertanto, la loro (oramai scientificamente indiscussa) capacità di sentire, percepire, dal punto di vista soggettivo,

[39] D. Cerini, *Audizione presso il Senato della Repubblica sui disegni di legge costituzionale n. 83 del 23 marzo 2018, n. 212 del 3 aprile 2018, n. 1203 del 2 aprile 2019 e 1532 dell'8 ottobre 2019*, cit., p. 3.

la vita e, dunque, di avere una "coscienza"[40]. Si tratta di una considerazione - certamente non nuova e neanche rivoluzionaria, ma sempre più diffusa, con declinazioni diverse, negli ordinamenti giuridici dei Paesi europei ed extraeuropei – che, oltre a riflettere la mutata visione concettuale dell'animale in ottica non più antropocentrica, pone in rilievo come la tradizionale individuazione del "soggetto di diritti" appaia oggi suscettibile di nuove e sempre più articolate letture.

***

ABSTRACT: With Law 17/2021, the Spanish legislature redefined the legal regime of animals, adapting it to the greater social sensitivity that now exists towards them. The reform is based on the definition of animals as living beings endowed with sentience and modifies, due to the different nature ascribed to them with respect to things and property, certain provisions of the Civil Code, the Law on Mortgages and the Law of Civil Procedure. The first decision issued by the Spanish judges in application of the new legislation under consideration has the merit of having well captured the spirit of the reforming intervention that assigns the animal an autonomous paradigm independent of human sentiment. The interest in the welfare of the animal, which serves as the guiding criterion of the reform, was, in fact, concretely pursued, in the court case referred to, through the inhibition of a change of environment and family nucleus that could have caused the disputed dog unnecessary suffering. Law No. 17/2021 undoubtedly marked, within the Spanish legal system, a significant change of step in the field of animal rights, feeding further critical points into the decades-long (and supranational) debate about new juridical subjectivities and natural rights, prompting, once again, reflection on the necessary review of certain traditional juridical categories.

[40] Da intendersi come capacità di sentire ciò che sta accadendo. In argomento, cfr. G.L. Francione, *Animal Welfare and the Moral Value of Nonhuman Animals*, in *Law, Culture and Humanities*, 2010, pp. 24 ss.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

KEYWORDS: Ley no. 17/2021 – animals – rights – legal subjectivity – sustainability

***

Lucia Miglietti – Dottoressa di ricerca in Impresa, Stato e Mercato, Università degli Studi della Calabria (lucia.miglietti@unical.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Il caso Breivik a dieci anni dalla strage di Oslo e Utøya*

Marta Stroppa

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I fatti del caso – 3. La condanna di primo grado – 3.1. La detenzione preventiva – 3.2. Il trattamento penitenziario – 4. I ricorsi interni – 4.1. Il ricorso in primo grado – 4.2. Il ricorso in appello – 4.3. La decisione della Corte suprema – 5. Il ricorso a Strasburgo – 5.1. La manifesta infondatezza del ricorso rispetto all'articolo 3 – 5.2. La manifesta infondatezza del ricorso rispetto all'articolo 8– 5.3. Qualche considerazione sulla decisione della Corte – 6. Dieci anni dopo gli attentati: la richiesta di *parole* e il rigetto del tribunale distrettuale – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il 22 luglio 2011 aveva luogo una «strage senza precedenti nella storia norvegese»[1], quella degli attentati terroristici di Oslo e Utøya. Autore degli attentati è Anders Behring Breivik, un estremista di destra anti-islamista, intenzionato a distruggere il partito laburista norvegese, dal Primo Ministro di allora alle sue giovani leve. Durante gli attacchi, morirono 77 persone, la maggior parte delle quali adolescenti.

Considerato uno dei terroristi più pericolosi al mondo, Breivik è tutt'ora detenuto in una prigione di massima sicurezza, sotto stretta sorveglianza e in quasi totale isolamento. Condannato ad una pena potenzialmente perpetua[2], in molti si chiedono se egli sarà mai in grado di reintegrarsi nella società. Lo stesso Breivik si è lamentato più volte delle proprie condizioni di detenzione, sia a livello nazionale, sia dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

---

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. L'Autrice ringrazia il Professore Davide Galliani per il prezioso aiuto e le numerose conversazioni stimolanti.

[1] Così la sentenza di condanna della Corte distrettuale di Oslo, n. TOSLO-2011-188627-24, 24 agosto 2012, p. 72, disponibile su *lovdata.no* (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

[2] Come verrà approfondito al paragrafo 3.1.

La Norvegia tuttavia è nota per avere un sistema penitenziario particolarmente all'avanguardia: considerato uno dei modelli più efficienti al mondo, il sistema penale norvegese si caratterizza per il suo bassissimo tasso di recidiva e per il trattamento umano dei detenuti. Dopo aver formalmente abolito l'ergastolo nel 1981, la Norvegia si è fatta promotrice di un modello sempre più focalizzato sulla riabilitazione del reo al fine di reintrodurlo nella società[3].

Il caso Breivik, dunque, ci riporta dinanzi ad una questione di fondamentale importanza: fino a che punto uno Stato può restringere i diritti umani di un detenuto per proteggere la società?

Il presente articolo si pone come obiettivo quello di ripercorre il caso di Breivik dagli attentati fino ai giorni nostri, mettendone in luce gli aspetti più rilevanti e problematici. Dopo aver preso in esame i fatti del 2011, si procederà con l'analisi della condanna di Breivik alla c.d. "*forvaring*", ossia alla "detenzione preventiva", unica nel suo genere, nonché del trattamento penitenziario a cui è stato sottoposto negli ultimi dieci anni. Si ripercorreranno i numerosi ricorsi interni avanzati da Breivik, in cui si lamenta delle proprie condizioni detentive alla luce degli articoli 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, trattando ogni questione di merito. Si procederà dunque con l'analisi del ricorso dello stesso alla Corte europea dei diritti dell'uomo e della decisione di rigetto di quest'ultima. Si evidenzieranno le motivazioni della Corte, racchiuse in una decisione di 35 pagine, analizzandone i tratti più critici e problematici. Infine, si prenderà in considerazione la richiesta di *parole* avanzata da Breivik a luglio 2021, successivamente rigettata dal tribunale distrettuale competente.

2. I fatti del caso

Nel pomeriggio del 22 luglio 2011, Breivik fece esplodere un'autobomba nel quartiere governativo di Oslo, dinanzi all'ufficio del Primo Ministro laburista Jens Stoltenberg, uccidendo 8 persone e ferendone altre 209.

[3] Per una panoramica sul modello scandinavo, si rimanda a J. Pratt, *Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess*, in *The British Journal of Criminology*, 2, 2008, p. 119-137.

Mentre tutto il Paese era sconvolto da quanto successo nella capitale, Breivik si diresse verso la poco distante isola di Utøya, dove si teneva l'annuale campo estivo dell'organizzazione giovanile del partito laburista norvegese (*Arbeidernes Ungdomsfylking*).

Al campus stavano partecipando 564 giovani di età compresa trai 14 e i 23 anni. Travestito da poliziotto e armato di fucile automatico, Breivik raggiunse l'isola con il pretesto di proteggere le giovani leve del partito laburista da altri possibili attacchi. Concentrò più persone possibili al centro del campo e aprì il fuoco, uccidendo sistematicamente prima tutti gli adulti volontari, poi i giovani presenti. In questo secondo attacco morirono 69 persone, mentre 33 rimasero gravemente ferite.

Quando fu arrestato, Breivik dichiarò alle forze dell'ordine di essere il «comandante del Movimento di Resistenza Anti-comunista Norvegese» e di avere completato un'operazione per conto «dei Cavalieri Templari, dell'Europa e della Norvegia stessa»[4]. Le motivazioni che lo spinsero a compiere i due attentati erano dunque di natura politica: difendere la Norvegia dall'apertura al multiculturalismo e all'Islam promossa dal partito laburista, colpendo il Primo Ministro e le giovani leve del partito stesso[5].

3. La condanna di primo grado

Il processo penale nei confronti di Breivik iniziò il 16 aprile 2012 alla Corte distrettuale di Oslo (*Oslo Tingrett*) e durò dieci settimane. Per la strage di Utøya, l'imputato fu accusato di terrorismo e omicidio premeditato, ai sensi degli articoli 147 (a) e 233 del Codice

[4] In seguito al suo arresto, Breivik dichiarò: «Io sono il comandante dei Cavalieri Templari di Norvegia. I Cavalieri Templari sono stati fondati nel 2002 a Londra con la partecipazione di delegati di 12 paesi. Siamo crociati e nazionalisti» (traduzione dall'inglese dell'Autrice). Ad oggi, tuttavia, non esiste alcuna prova dell'esistenza di questo movimento, il quale sembra essere frutto della mente di Breivik (come confermato anche dalle perizie psichiatriche). Si veda in merito la decisione della *Corte distrettuale di Oslo, n. TOSLO-2011-188627-24,* cit., p. 21.

[5] Le sue ragioni politiche sono contenute nel manifesto di 1518 pagine, intitolato "*2083. A European Declaration of Independence"*, firmato con lo pseudonimo Andrew Berwick – versione inglese del suo vero nome – e inviato per mail ad un migliaio di persone appena prima degli attentati. Ivi, p. 21.

penale (*Straffeloven*)[6]; per i fatti di Oslo, Breivik fu accusato degli stessi crimini di cui sopra, nonché di incendio doloso, ai sensi dell'articolo 148 del Codice penale[7]. L'accusa chiese inoltre alla Corte di valutare se l'imputato fosse capace di intendere e di volere al momento degli attentati, o se invece sussistesse l'infermità mentale.

Da parte sua, Breivik ammise di aver commesso i crimini di cui era stato accusato, negando tuttavia l'infermità mentale e la sua colpevolezza: egli infatti sostenne di aver agito lucidamente e per necessità, al fine di difendere la Norvegia dall'islamismo e dal multiculturalismo[8]. Aveva iniziato a pianificare l'attentato nel 2009 e per tre anni non aveva fatto altro che prepararsi per questo momento[9].

---

[6] Il Codice penale di riferimento è quello del 22 maggio 1902, n. 10 (*Straffeloven*). Nel 2005 è stato approvato un nuovo Codice penale (legge del 20 maggio 2005, n. 28) entrato però in vigore solo il 1° ottobre 2015.

[7] Si veda in merito la traduzione dell'accusa, già resa pubblica il 5 marzo 2012, riportata dal giornale *Telegraph* il 16 aprile 2012. Per la gravità dei crimini commessi da Breivik, si valutò anche di accusarlo di crimini contro l'umanità, reato introdotto nel Codice penale norvegese (art. 12, capitolo 16 del Codice penale del 1902) nel 2008 con legge n. 4. Tuttavia, come evidenziato da William Schabas, «[s]e la legislazione norvegese segue il testo dello Statuto di Roma, sembrerebbe improbabile che le recenti atrocità rientrino nella definizione. Non solo l'articolo 7 dello Statuto di Roma richiede che i crimini siano parte di un 'attacco diffuso o sistematico contro una popolazione civile', l'attacco deve essere 'conforme a un piano o a una politica statale o organizzata'» (traduzione dall'inglese dell'Autrice). W. Schabas, *Crimes Against Humanity in Norway?*, in *humanrightsdoctorate.blogspot.com*, 26 luglio 2011.

[8] Durante il secondo giorno del processo, egli dichiarò: «[g]li attacchi del 22 luglio erano un attacco preventivo. Ho agito per autodifesa in nome del mio popolo, della mia città e del mio paese. Chiedo quindi di essere dichiarato innocente dalle presenti accuse» (traduzione dall'inglese dell'Autrice). Si veda in merito l'articolo di K. Ritter, *Anders Behring Breivik trial: 'I acted out of goodness'*, in *The Scotsman*, 17 aprile 2012.

[9] Sempre durante il processo, Breivik ha ripercorso le fasi di preparazione dell'attentato. Nel 2009 aveva fondato la compagnia Geofarm, con l'intento di comprare le componenti necessarie per creare la bomba, poi assemblata in una fattoria isolata da lui affittata nel 2011. Nel frattempo, tra il 2009 e il 2010 si è procurato le armi, le munizioni e la divisa da poliziotto che ha indossato durante gli attentati. Inoltre, si è preparato fisicamente e mentalmente andando in palestra e al poligono, meditando, giocando a videogiochi molto violenti, assumendo steroidi e stimolanti. Ha scritto il suo manifesto, ha raccolto una lista di 8.109 indirizzi email a cui inoltrarlo (anche se poi è riuscito a mandarlo "solo" a 958 persone) e ne ha creato un video riassuntivo, dal nome "Knights Templar 2083 - Movie Trailer", che ha caricato sui siti Youtube.com e Veho.com la mattina stessa degli attentati. Si veda

Vennero condotte due perizie psichiatre. La prima, eseguita subito dopo l'attentato, dichiarò che Breivik fosse affetto da schizofrenia paranoide e che pertanto egli non potesse essere ritenuto responsabile per i propri crimini, ma che avrebbe dovuto essere sottoposto ad un trattamento sanitario obbligatorio. La seconda, eseguita durante il processo da psichiatri esperti in crimini di natura politica e terroristica, dichiarò che Breivik soffrisse di disturbi della personalità, caratterizzati da un comportamento narcisistico e antisociale, nonché dall'assenza di rimorso o empatia, e che fosse da ritenere responsabile per i crimini commessi (e quindi detenuto in carcere)[10]. Dopo un'attenta valutazione, e l'ascolto di diversi esperti in materia, la Corte riconobbe la capacità di intendere e di volere di Breivik[11].

Il 24 agosto 2012 la Corte distrettuale di Oslo, unanime, dichiarò Breivik colpevole dei reati ascrittegli[12]. La Corte tuttavia ritenne che nemmeno la pena massima prevista per il reato di terrorismo, corrispondente a 21 anni di carcere, fosse sufficiente a tutelare la società dato l'alto rischio di recidiva: «anche se 21 anni sono certamente una pena molto lunga, la Corte trova improbabile che l'elemento del tempo *per se* sia sufficiente a ridurre il rischio di recidiva del reo. Al momento del rilascio, la democrazia che l'imputato vuole abolire esisterà ancora. La Norvegia sarà ancora popolata da cittadini di origini etniche diverse, di diverse culture e di diverse religioni»[13].

Pertanto, la Corte decise di condannare Breivik alla detenzione preventiva (*forvaring*), ai sensi dell'articolo 39 (c) del Codice penale[14].

---

in merito la decisione della *Corte distrettuale di* Oslo, n. TOSLO-2011-188627-24, cit., p. 24.

[10] Ivi, p. 51.

[11] Ivi, p. 71.

[12] *Ibidem.*

[13] Ivi, p. 72 (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

[14] Ci si riferisce sempre al Codice penale del 1902. Nel codice penale attualmente in vigore, invece, è stato dedicato un capitolo intero alla detenzione preventiva (*forvaring*). Si veda in merito il capitolo 7, art. 40-47, del Codice penale del 2005.

3.1. La detenzione preventiva

La detenzione preventiva è una sentenza *sui generis* dell'ordinamento norvegese, che si distingue da ogni altra pena "ordinaria" (ossia, con una durata fissa) prevista dal Codice penale proprio per la sua durata potenzialmente indeterminata volta a tutelare la comunità dal reo fino a quando quest'ultimo non rappresenterà più un pericolo per la società[15].

Questo tipo di sentenza può essere imposta per reati particolarmente violenti, che ledono la vita, la salute o la liberà di un'altra persona, soprattutto quando vi è un alto rischio di recidiva, nonché per reati meno gravi, ma solo se l'atto compiuto è strettamente connesso ad un precedente crimine di natura grave e qualora vi sia un alto rischio di recidiva[16].

Prima di emettere una sentenza di detenzione preventiva, la Corte è tenuta a valutare la pericolosità dell'individuo, eseguendo

[15] Per certi versi, la *forvaring* ricorda le misure di sicurezza detentive previste dall'ordinamento italiano (*ex* articolo 203 del Codice penale), le quali possono affiancarsi o sostituirsi alla pena qualora il destinatario sia socialmente pericoloso (requisito soggettivo) e abbia commesso un reato (requisito oggettivo). A differenza della *forvaring*, tuttavia, le misure di sicurezza previste dall'ordinamento italiano non sono una pena ma una sanzione, che può essere imposta anche ad autori di reato non imputabili, qualora essi siano considerati socialmente pericolosi. Inoltre, mentre la *forvaring* è una pena detentiva che può essere scontata solo in carcere, le misure di sicurezza possono essere di varia natura (personali, detentive e non detentive, patrimoniali). Nel caso in cui le misure di sicurezza siano detentive, esse vengono scontate in strutture apposite, quali colonie agricole e case di lavoro (ex art. 216 c.p.) o residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (legge 9/2012). Fino al 2014, le misure di sicurezza erano caratterizzate dall'indeterminatezza del loro termine, proprio come la *forvaring* in Norvegia, in quanto erano legate alla prognosi di pericolosità sociale del reo. La legge 30 maggio 2014, n. 81, tuttavia, ha introdotto un'importante modifica, stabilendo che «[l]e misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima». Tale riforma è stata adottata con l'intento di abolire il c.d. "ergastolo bianco", ossia la reclusione potenzialmente indeterminata sotto forma di misura di sicurezza. Sulla questione della Norvegia, si veda D. Galliani, *L'ergastolo nel mondo. Appunti di diritto costituzionale penale comparato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2022, in particolare al par. 7.

[16] Art. 40 del Codice penale del 2005.

un'indagine sociale (*social inquiry*), nonché eventualmente un esame psichiatrico forense (*forensic psychatric inquiry*) del reo[17].

La detenzione preventiva prevede una durata minima e una durata massima della pena, la quale può poi essere prorogata di cinque anni in cinque su richiesta del procuratore, qualora l'individuo rappresenti ancora una minaccia per la società. Non è previsto alcun limite del protrarsi quinquennale della detenzione, che può avvenire potenzialmente per un numero indeterminato di volte, fino a rendere la pena *de facto* perpetua[18].

Per quanto riguarda la durata minima della sentenza, il Codice penale odierno prevede che la *forvaring* non possa eccedere i 10 anni, a meno che l'accusato non sia stato condannato ad una pena superiore ai 15 o 21 anni di detenzione. In tal caso, la *forvaring* potrà avere una durata minima di 14 o 20 anni, rispettivamente. Al termine del periodo minimo di detenzione preventiva, il condannato può far richiesta per la libertà condizionale.

Per quanto riguarda la durata massima della pena, invece, l'attuale Codice penale prevede che la sentenza alla detenzione preventiva non possa eccedere i 21 anni, prorogabili su richiesta del procuratore, a meno che l'accusato non sia stato condannato a 30 anni di detenzione, ossia la pena massima prevista dall'ordinamento norvegese per genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. In tal caso, la *forvaring* verrà estesa a 30 anni, prorogabili[19].

Nel caso di specie, sulla base delle numerose valutazioni condotte dalla Corte, delle perizie psichiatriche e delle stesse

[17] Ai sensi dell'art. 165 del Codice di procedura penale, legge del 22 maggio 1981, n. 25, come emendata da ultimo il 30 giugno 2006, n. 53.

[18] Per questa ragione, la detenzione preventiva è stata più volte definita come assimilabile all'ergastolo senza condizionale, in quanto prevede la detenzione del reo, potenzialmente a vita, in carcere. A tal proposito, si veda l'opinione dissenziente del Giudice Paulo Pinto de Albuquerque nel caso Corte EDU, 18 marzo 2014, ric. 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07, *Öcalan v. Turchia (n. 2)*, p. 46 (in particolare alla nota 12). I due istituti sono tuttavia sostanzialmente differenti: nel caso dell'ergastolo senza condizionale, la pena è *de jure* e *de facto* perpetua; nel caso della *forvaring,* invece, il detenuto non viene scarcerato finché non cessa di rappresentare un pericolo per la società, in base ad una valutazione quinquennale del reo (dopo la fine della durata massima prevista per la pena).

[19] L'ordinamento penale norvegese prevede che anche i minori al momento del reato possano essere condannati alla detenzione preventiva. In tal caso, il termine massimo della detenzione preventiva non può superare i 15 anni. Si veda, a proposito, l'art. 43 del Codice penale del 2005.

affermazioni dell'imputato[20], i giudici stabilirono che il termine massimo della condanna alla detenzione preventiva fosse di 21 anni, mentre il termine minimo fosse di 10 anni. Se si considera che nel Codice penale del 1902, in vigore al momento della sentenza, si prevedeva che la durata minima della *forvaring* non potesse eccedere i 10 anni, si può dire che in entrambi i casi la Corte scelse i termini massimi previsti per legge.

3.2. Il trattamento penitenziario

In considerazione dell'alta pericolosità sociale del condannato, la Corte decise di detenere Breivik in regime di massima sicurezza. Inoltre, sempre in considerazione dell'alta pericolosità del reo, l'amministrazione penitenziaria decise di sottoporre Breivik ad un quasi totale isolamento[21].

Tutt'oggi, Breivik trascorre tra le 22 e le 23 ore al giorno da solo nelle tre celle di 8 metri quadri ciascuna a lui destinate (una per la vita quotidiana, una per l'attività lavorativa/di studio[22] e una per l'attività fisica), senza possibilità di un reale contatto umano con altre persone. Le uniche persone con cui Breivik può interagire quotidianamente

[20] Durante il processo, lo stesso Breivik aveva più volte affermato di non essersi pentito, anzi, di aver agito per necessità. Gli stessi medici psichiatri avevano rilevato nelle loro perizie che ci fosse un «alto rischio di gravi atti di violenza in futuro» (traduzione dall'inglese dell'Autrice - si veda p. 308 della perizia psichiatrica dei Dott. Aspaas e Tørrissen, nonché p. 241 della perizia psichiatrica dei Dott. Husby e Sørheim). Questo, insieme al fatto che Breivik avesse già pianificato altri attentati, come si evince dalla lettura del suo Manifesto politico, ha portato la Corte a riscontrare un alto rischio di recidiva. Si veda in merito la decisione della *Corte distrettuale di Oslo,* n. TOSLO-2011-188627-24, cit.

[21] La decisione relativa al trattamento in sezione di massima sicurezza, di competenza dell'amministrazione penitenziaria, è stata confermata da allora ogni sei mesi fino ad oggi. Si consideri che non vi sono limiti inerenti alla sua reiterazione.

[22] Nel 2015, Breivik è stato ammesso all'Università di Oslo, nel corso di Scienze Politiche, con la possibilità di frequentare i corsi a distanza dalla sua cella. In merito alla sua iscrizione, il rettore dell'Università di Oslo, Ole Petter Ottersen, aveva rilasciato la seguente dichiarazione: «L'ultima cosa da fare è introdurre una legge separata per Breivik. È un diritto di una persona essere ammessa all'università quando è qualificata, negare a qualcuno tale diritto equivale a infliggere una punizione supplementare, che non è il ruolo dell'università» (traduzione dall'inglese dell'Autrice). Si veda in merito D. Crouch, *Anders Breivik enrolled on Oslo University political science course*, in *The Guardian*, 17 luglio 2015.

sono gli agenti penitenziari. Oltre a loro, all'interno del carcere, Breivik può avere limitati rapporti con altri operatori professionali, come il personale sanitario e lo psichiatra, nonché con il ministro di culto, ma non può avere alcun contatto con gli altri detenuti.

Anche i contatti con l'esterno sono pochi e limitati. In particolare, gli sono espressamente vietate le visite da parte di persone con la stessa ideologia politica, che possano emularne le gesta o eseguire nuovi attacchi terroristici sotto il suo comando. Delle altre persone esterne con cui Breivik può interloquire, l'unica ad aver richiesto di poter far visita al detenuto è stata sua madre, la quale tuttavia è deceduta nel 2013. Da allora, Breivik non ha ricevuto alcuna altra visita dall'esterno.

Tutti i colloqui, quelli con la madre e quelli con gli operatori professionali, sono sempre avvenuti in un'apposita sala dotata di un vetro divisorio e di un interfono[23]. A causa del regime di massima sicurezza a cui è sottoposto, Breivik viene inoltre controllato dagli agenti penitenziari ogni ora durante il giorno ed è stato più volte sottoposto a perquisizioni con denudamento. Ogni sua attività, sia nelle celle a lui destinate sia nelle altre zone del carcere da lui frequentate, come il cortile, sono monitorate da telecamere che permettono agli agenti penitenziari di controllare ogni suo gesto. Anche le sue chiamate e la sua corrispondenza epistolare sono controllate, e all'occorrenza censurate, dagli agenti penitenziari[24].

4. I ricorsi interni

Non molto tempo dopo la condanna, sono iniziate le doglianze da parte di Breivik, che si è rivolto prima alla Corte distrettuale di Oslo, e poi alla Corte di appello, fino alla Corte suprema, esperendo ogni possibile ricorso interno. Le doglianze riguardavano principalmente le sue condizioni di detenzione, ritenute dallo stesso inumane e degradanti, nonché contrarie alla sua privacy.

[23] Fino a giugno 2016, tale misure restrittive del vetro divisorio riguardava anche i colloqui con i legali. Ora, Breivik e gli avvocati possono parlarsi attraverso le sbarre della cella.

[24] Non ci si può stupire delle misure stringenti adottate nei confronti della corrispondenza di Breivik. D'altronde, negli anni immediatamente successivi agli attacchi terroristici, Breivik ricevette un grandissimo numero di lettere di fan, ammiratrici e contestatori da parte di tutto il mondo.

4.1. Il ricorso in primo grado

Nel 2015, a soli tre anni di distanza dalla condanna, Breivik si è rivolto ai giudici interni, lamentando una violazione degli articoli 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale, ai sensi dello *Human Rights Act* del 1999, trova diretta applicazione in Norvegia[25].

Il ricorrente lamentava che il trattamento riservatogli in carcere, e in particolare l'isolamento prolungato al quale era sottoposto, violassero il divieto di trattamenti inumani e degradanti sancito dall'articolo 3 della Convenzione. Inoltre, Breivik lamentava che le restrizioni circa le sue comunicazioni con l'esterno fossero troppo invasive e contrarie all'articolo 8 della Convenzione[26].

Da parte sua, il governo resistente sosteneva che le rigide misure di controllo nei confronti di Breivik (incluso l'isolamento prolungato) fossero volti, *inter alia*, a garantire anche la sicurezza di Breivik stesso, del personale della prigione, e della società norvegese nel suo insieme. Inoltre, il governo sottolineava come le condizioni di detenzione e l'accesso ad alcuni servizi (che includevano, tra l'altro, l'accesso alla televisione, ad una macchina da scrivere, la possibilità di fare sport e di frequentare corsi formativi) fossero sufficienti a compensare le misure restrittive a cui era sottoposto il reo[27].

Alla luce di quanto emerso, la Corte distrettuale di Oslo, in veste monocratica, ha constatato una violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Secondo la Corte, infatti, la lunga durata dell'isolamento, la carente motivazione alla base dello stesso, la non adeguatezza delle misure compensatorie, nonché degli strumenti di ricorso contro il trattamento penitenziario, erano contrari al divieto

[25] Lo *Human Rights Act*, adottato il 21 maggio 1999 con legge n. 30, stabilisce che a prevalere, in caso di contrasto tra la Convenzione (come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo) e la normativa statale, debba essere la prima. Per un breve commento sul punto, si veda E. Bjorge, *The Status of the ECHR in Norway: Should Norwegian Court Interpret the Convention Dynamically?*, in *Euroupean Public Law*, 1, 2010, p. 45-50.

[26] Corte distrettuale di Oslo, *Anders Bhering Breivik v. Ministero della giustizia e della sicurezza pubblica*, n. 15-107496TVI-OTIRI02, 20 aprile 2016, disponibile in italiano sul sito della rivista Diritto Penale Contemporaneo, p. 7-9.

[27] Ivi, p. 10-13.

di trattamenti inumani e degradanti. Non è stata invece constatata alcuna violazione dell'articolo 8: le restrizioni riguardanti i colloqui e la corrispondenza epistolare e telefonica sono state considerate giustificate, essendo dirette a limitare solo i contatti con interlocutori ideologicamente omogenei a Breivik[28].

4.2. Il ricorso in appello

Sia il Ministero della Giustizia, sia Breivik, hanno impugnato la sentenza della Corte distrettuale di Oslo e ricorso in appello. Da parte sua, il 1 marzo 2017, la Corte di appello (*Lagmannsrett*) ha ribaltato la decisione di primo grado, non riscontrando alcuna violazione convenzionale[29].

Secondo la Corte di appello, infatti, l'isolamento (considerato parziale) al quale era sottoposto Breivik, così come le misure restrittive, erano dovute alla sua pericolosità sociale. In più occasioni, egli aveva infatti manifestato l'intenzione di continuare la propria "campagna politica" anche dall'interno del carcere. Inoltre, le restrizioni erano necessarie per preservare l'incolumità dello stesso Breivik[30]. Infine, la Corte di appello valutò sufficienti le misure compensative adottate dalle autorità penitenziarie.

La Corte di appello pertanto constatò che non vi fosse alcuna violazione degli articoli 3 e 8 della Convenzione.

[28] Ivi, p. 13-42. Si veda in merito anche il commento di F. Della Casa - M. Ruaro, *Un'interessante pronuncia norvegese sulla legalità della detenzione concernente il condannato Breivik*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 ottobre 2016 (www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org); F. Della Casa, *La detenzione speciale norvegese "al setaccio" dell'art. 3 Cedu. La Corte di Oslo apre alla doglianze del condannato Breivik*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 2016, p. 1529-1549.

[29] A differenza delle due sentenze precedenti, quella di condanna e quella di primo grado sulla violazione convenzionale, la sentenza di appello non risulta ad oggi tradotta in inglese e/o in italiano. Pertanto, per consultarla, anche se per stralci, si deve fare riferimento alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte EDU, 21 giugno 2018, ric. 48852/17, *Fjotolf Hansen v. Norvegia.*

[30] Nel 2015 un detenuto si era spinto fino alla cella di Breivik, minacciandolo di morte.

4.3. La decisione della Corte suprema

Breivik ha impugnato la sentenza della Corte di appello, adendo la Corte suprema (*Høyesterett*). In particolare, Breivik contestava la valutazione delle prove e l'applicazione degli articoli 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte della Corte di appello.

La Commissione di selezione dei ricorsi della Corte Suprema[31] ha tuttavia rigettato il ricorso di Breivik, confermando la decisione di secondo grado[32]. Secondo la Commissione, infatti, le prove presentate dinanzi alla Corte distrettuale e alla Corte di appello erano sufficienti, e in assenza di altre prove significative, non vi era la necessità di un riesame del caso da parte della Corte suprema[33]. La Commissione ha inoltre riscontrato che la Corte di appello ha applicato correttamente gli articoli 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Essa ha infatti considerato tutti gli elementi necessari ad una corretta ed oggettiva valutazione delle condizioni di detenzione di Breivik, sia alla luce di quanto sancito dagli articoli 3 e 8 della Convenzione, sia a fronte degli standard fissati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua giurisprudenza[34].

Pertanto, la Commissione, all'unanimità, ha rigettato il ricorso di Breivik, in quanto «non esistono motivi sufficienti per concedere l'autorizzazione a presentare il ricorso alla Corte Suprema»[35].

5. Il ricorso a Strasburgo

Esperiti i ricorsi interni, il 30 giugno 2017 Breivik, con il nome di Fjotolf Hansen, si è rivolto alla Corte di Strasburgo, lamentando

[31] Ai sensi dell'articolo 30.4 del *Dispute Act*, entrato in vigore il 1° gennaio 2008, i ricorsi alla Corte Suprema vengono prima presi in esame dalla Commissione di selezione dei ricorsi della Corte suprema, la quale ha il compito di deciderne l'ammissibilità.

[32] Corte suprema, HR-2017-1127-U, n. 2017/778, 8 giugno 2017.

[33] Ivi, par. 5-6.

[34] Ivi, par. 7-31.

[35] Ivi, par. 35 (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

una violazione degli articoli 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[36].

Per quanto concerne il ricorso ex articolo 3, Breivik sostenne che l'isolamento al quale era stato sottoposto per sette anni continuativi in regime di massima sicurezza fosse inumano. Il ricorrente lamentò inoltre l'invasività di altre misure a cui veniva regolarmente sottoposto, come i frequenti controlli e le perquisizioni corporali con denudamento[37]. Per il ricorrente, tali condizioni restrittive nel loro complesso avevano pesanti ricadute sulla propria salute mentale, per la quale lamentava di non aver ricevuto un trattamento sanitario adeguato[38].

Per quanto concerne invece il ricorso *ex* articolo 8, Breivik sostenne che l'ingerenza delle pubbliche autorità nella sua vita privata fosse «sproporzionata» e «non necessaria»[39]. In particolare, egli riteneva che il controllo sulla corrispondenza epistolare e telefonica fosse troppo rigoroso, tale da non garantire uno *standard* minimo di riservatezza. Inoltre, Breivik ritenne che tutto ciò gli abbia precluso qualsiasi possibilità di instaurare relazioni con altre persone, sottolineando a questo riguardo il totale disinteresse del sistema penitenziario nei suoi confronti.

Da parte sua, la Corte (V Sezione), nella composizione del Comitato di tre giudici, ha dichiarato all'unanimità il ricorso manifestamente infondato con riguardo sia all'articolo 3 sia all'articolo 8, decretandone quindi l'irricevibilità.

[36] Breivik ha cambiato legalmente il proprio nome nel giugno del 2017, subito dopo che il suo ricorso venne rigettato della Corte suprema norvegese. Si veda in merito la decisione della Corte EDU, 21 giugno 2018, ric. 48852/17, *Fjotolf Hansen v. Norvegia*.

[37] Breivik dichiarò di essere stato sottoposto 880 volte a perquisizioni con denudamento durante la sola permanenza ad Ila nel 2012-2013, a cui hanno anche assistito agenti penitenziari donna (circostanza che Breivik considera un trattamento degradante). Il computo si riferisce alle perquisizioni programmate, a quelle a sorpresa avvenute in carcere, nonché a quelle avvenute inizialmente nella stazione di polizia. Ivi, par. 143.

[38] Ivi, par. 141.

[39] Ivi, par. 156-157 (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

5.1. La manifesta infondatezza del ricorso rispetto all'articolo 3

Nel caso di specie, la Corte ha condiviso le ragioni che stanno alla base della decisione delle autorità domestiche di porre il ricorrente in regime di massima sicurezza. L'isolamento a cui è stato sottoposto Breivik, infatti, risulta necessario al fine di proteggere la società e il ricorrente stesso da altri detenuti[40].

La Corte inoltre ha sottolineato che le condizioni materiali di detenzione sono buone: Breivik dispone di tre celle ben arredate e con diversi supplementi destinati allo svago (tra cui, come ricordato, una televisione e una *PlayStation*). Inoltre, gli è consentito trascorrere la sua ora d'aria nel cortile interno al carcere, così come frequentare a distanza l'università[41].

Non si tratta peraltro di un isolamento assoluto: gli è consentito ricevere e inviare lettere e avere colloqui monitorati. Pertanto, il ricorrente non è mai stato privato né delle percezioni sensoriali – c.d. «isolamento sensoriale totale» – né dei contatti con la società – c.d. «isolamento sociale totale». È stato semmai sottoposto ad un «isolamento parziale e relativo»[42].

Gli effetti dannosi di tale isolamento sono stati bilanciati, secondo la Corte, dalle misure compensative poste in essere dall'autorità penitenziaria, che la Corte ha considerato soddisfacenti. Tali iniziative comprendono il contatto quotidiano di Breivik con il personale penitenziario, gli incontri settimanali con il ministro di culto, il personale sanitario e un assistente volontario[43].

Per quanto concerne la vulnerabilità mentale di Breivik, la Corte ha sostenuto che fossero già state prese le misure necessarie. Durante la sua carcerazione, Breivik è stato monitorato costantemente dal personale sanitario, il quale non ha mai riscontrato nel ricorrente disturbi psichici causati dalle condizioni di detenzione. Per di più, è stato proprio il ricorrente ad interrompere i colloqui con gli psicologi[44].

---

[40] Ivi, par. 150.

[41] Ivi, par. 147-148.

[42] Così come definito dalla Corte EDU, 4 luglio 2006, ric. 59450/00, *Ramirez Sanchez v. Francia*, par. 135 (traduzione dall'inglese dell'Autrice). Si veda anche Corte EDU, *Fjotolf Hansen v. Norvegia*, cit., par. 149.

[43] Ivi, par. 151.

[44] *Ibid.*

Secondo la Corte, quindi, l'isolamento a cui è sottoposto Breivik non supera la soglia di gravità richiesta e, pertanto, non costituisce un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 3[45].

Per quanto riguarda le perquisizioni corporali, la Corte ha evidenziato come esse siano diminuite negli anni, in linea con la valutazione del rischio che il detenuto rappresenta[46]. Rispetto alle perquisizioni corporali condotte nel carcere di Ila, la Corte ne ha constato il numero effettivamente elevato, specialmente tenendo in considerazione le misure adottate dal carcere stesso per ridurre il rischio che Breivik potesse nascondere armi o oggetti usati a tal fine. Tuttavia, anche in questo caso, la Corte ha dichiarato che, sulla base di una valutazione complessiva, le perquisizioni corporali a cui era stato sottoposto Breivik non costituissero una violazione dell'articolo 3[47].

Alla luce delle conclusioni raggiunte, pertanto, la Corte ha dichiarato il ricorso di Breivik rispetto all'articolo 3 «manifestamente infondato», in quanto non presenta alcuna apparente violazione convenzionale[48].

5.2. La manifesta infondatezza del ricorso rispetto all'articolo 8

Secondo la Corte, il controllo della corrispondenza di Breivik non costituisce una violazione della Convenzione, in quanto ha un chiaro fondamento legislativo, è proporzionale ed è necessaria al fine di proteggere la società dal ricorrente stesso[49].

Le limitazioni sono circoscritte alla sola corrispondenza destinata o proveniente dalle seguenti tre categorie di persone: (i) soggetti con lo stesso orientamento ideologico di Breivik; (ii)

[45] Ivi, par. 152.

[46] Secondo i dati riportati dalla Corte di appello nella sua sentenza sul caso Breivik, le perquisizioni corporali nel carcere sono passate da 117 nel 2011 a 5 nel 2016. A questo dato si riferisce la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella decisione in esame, par. 70-77.

[47] Ivi, par. 153.

[48] Ivi, par. 155 (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

[49] In effetti, ai sensi del *The Execution of Sentences Act*, art. 30, comma 2, l'amministrazione penitenziaria è competente a controllare la posta in entrata e in uscita dei detenuti collocati in una sezione di alta sicurezza.

condannati di estrema destra; (iii) sostenitori di Breivik che potrebbero assisterlo nel predisporre piattaforme web per divulgare il suo pensiero. Fatta eccezione per queste tre categorie, non si applicano altre restrizioni alla corrispondenza, se non nel caso di lettere redatte in maniera tale da eludere i controlli[50].

Ne consegue che Breivik non sia stato soggetto ad un divieto generale di inviare e ricevere lettere, poiché può contattare i familiari, gli amici e i conoscenti, ma solo ad un divieto che riguarda unicamente le tre categorie sopracitate e la cui *ratio* è quella di evitare che Breivik invii lettere contenenti incitazioni dirette o indirette alla violenza o che contribuiscano alla formazione di nuovi gruppi estremisti. Tra l'altro, non vi è stata alcuna censura generalizzata: ogni lettera è stata esaminata singolarmente dalle autorità competenti e Breivik può sempre rivolgersi in via gerarchica al Dipartimento centrale dell'amministrazione penitenziaria[51].

Per quanto riguarda la presunta mancanza di interesse delle autorità nei confronti della vulnerabilità mentale del ricorrente, la Corte ha ripreso quanto affermato in merito all'articolo 3, ovvero che Breivik non ha mai manifestato disturbi psichici causati dalle condizioni di detenzione, concludendo per la manifesta infondatezza del ricorso anche rispetto all'articolo 8[52].

5.3. Qualche considerazione sulla decisione della Corte

Se le motivazioni della Corte circa la manifestata infondatezza del ricorso ex articolo 8 non sembrano sollevare particolari questioni di merito, il ragionamento della Corte circa il ricorso ex articolo 3 presenta dei profili problematici.

Come ben noto, ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione, nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti. Tale divieto è assoluto e inderogabile, in quanto «valore fondamentale delle società democratiche»[53]. Anche nelle circostanze più difficili, come la lotta al terrorismo o alla criminalità,

[50] Corte EDU, *Fjotolf Hansen v. Norvegia,* cit., par. 118.
[51] Ivi, par. 158.
[52] Ivi, par. 159.
[53] Corte EDU, 7 luglio 1989, ric. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*, par. 88 (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

la Convenzione vieta in modo assoluto la tortura o le pene o i trattamenti inumani o degradanti[54].

Per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 3, dunque, un maltrattamento (*illtreatment*) deve qualificarsi come tortura, trattamento o pena inumano o degradante, a seconda della sua gravità[55]. Sebbene l'articolo 3 non definisca le condotte vietate, la Commissione e la Corte europea per i diritti dell'uomo si sono più volte espresse sul punto nella loro giurisprudenza[56].

In particolare, per «trattamento inumano» si intende un trattamento premeditato, che causi intense sofferenze fisiche o mentali e che manchi di qualsiasi giustificazione[57]. Per «tortura» invece si intende una forma aggravata di trattamento inumano, che si distingue da quest'ultimo per due elementi: provoca gravi e serie sofferenze fisiche e mentali, e viene perpetuata per uno scopo preciso[58]. Infine, per «trattamento degradante» si intende un trattamento volto a umiliare la vittima, lesivo della sua dignità e

[54] Si veda, ad esempio, Corte EDU, 6 aprile 2020, ric. 26772/95, *Labita c. Italia*, par. 119; Corte EDU, 18 ottobre 2001, ric. 31143/96, *Indelicato c. Italia*, par. 30; Corte EDU, 12 maggio 2005, ric. 46221/99, *Öcalan c. Turchia*, par. 179; Corte EDU, *Ramirez Sanchez c. Francia*, cit., par. 115. Per un riesame dell'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo circa l'interpretazione dell'articolo 3 della Convenzione *vis-à-vis* le restrizioni imposte ai detenuti, si rimanda a V. Zagrebelsky - R. Chenal - L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2018, p. 175 ss; e ad A. Della Bella, *Il 'carcere duro' tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, p. 309 ss.

[55] A differenza della maggior parte degli articoli della Convenzione, in cui la Corte prima stabilisce se il diritto è stato violato, poi determina se tale interferenza possa essere giustificata come necessaria in una società democratica per raggiungere uno scopo legittimo, l'articolo 3 non prevede eccezioni: la sua applicazione richiede solo che la condotta raggiunga una certa soglia di gravità. Sul punto, si veda S. Smet, *The 'absolute' prohibition of torture and inhuman or degrading treatment in Article 3 ECHR*, in E. Brems - J. Gerards (Eds.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Right*, Cambridge, 2013, p. 273 ss; e D.J. Harris - M. O'boyle - E. Bates - C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Seconda Edizione, Oxford, 2009, p. 69 ss.

[56] Per una ricostruzione delle condotte vietate ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione, e della relativa giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, si veda A. Cassese, *The Human Dimension of International Law: Selected Papers*, Oxford, 2008, p. 295 ss.

[57] Si veda in merito Commissione europea dei diritti dell'uomo, 5 novembre 1969, ric. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/67, *Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia*, p. 186, par. 2. Si veda anche A. Cassese, *op. cit.*, p. 299 ss.

[58] *Ibidem.* Si veda anche A. Cassese, *op. cit.*, p. 311-312.

integrità fisica[59]. L'umiliazione o lo svilimento che derivano da tale condotta tuttavia devono esseri maggiori rispetto a quelli che inevitabilmente caratterizzano per esempio la detenzione in carcere[60].

Al fine di verificare se il trattamento a cui è sottoposto il ricorrente sia effettivamente inumano o degradante, dunque, la Corte è tenuta a valutare se il maltrattamento asserito raggiunge un livello minimo di gravità. Tale soglia non può essere fissata ricorrendo ad uno standard assoluto, ma deve essere individuata caso per caso, attraverso la valutazione complessiva delle circostanze oggettive del caso (come la durata del trattamento, la gravità dello stesso e le misure compensative adottate) e delle qualità soggettive della vittima (l'età, il sesso, la salute fisica e psicologica del richiedente)[61]. Tali fattori vanno considerati sia individualmente, sia cumulativamente[62]. Nel caso di specie, al fine di decidere sull'ammissibilità del caso, la Corte ha considerato l'isolamento a cui è stato sottoposto Breivik, le sue condizioni di detenzione, il trattamento ricevuto in carcere (incluse le perquisizioni corporali) e le misure compensative poste in essere dall'autorità penitenziaria. Tuttavia, sembra che la Corte sorvoli su alcune questioni di fondamentale rilevanza circa l'applicazione dell'articolo 3 della Convenzione, le quali avrebbero richiesto quantomeno un'analisi più approfondita. Di seguito, una panoramica dei profili più problematici.

[59] Corte EDU, 25 aprile 1978, ric. 5856/72, *Tyrer c. Regno Unito*, par. 33-35. Si veda anche A. Cassese, *op. cit.*, p. 312 ss.

[60] Per una ricostruzione delle definizioni delle condotte vietate ai sensi dell'articolo 3 della convenzione, si veda W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, p. 171 ss.

[61] Corte EDU, 18 gennaio 1978, ric. 5310/71, *Irlanda c. Regno Unito*, par. 162.

[62] Si veda, ad esempio, Corte EDU, 26 ottobre 2000, ric. 30210/96, *Kudła c. Polonia*, par. 91. Si veda anche B. Emmerson - A. Ashworth - A. Macdonald (Eds.), *Human rights and criminal justice*, Londra, 2007, p. 746 ss; e W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 184 ss.

(a) La lunga durata dell'isolamento

La Corte di Strasburgo è stata chiamata più volte a esprimersi circa la compatibilità dell'isolamento in carcere con l'articolo 3 della Convenzione[63].

Secondo quanto espresso dalla Corte nella sua giurisprudenza, l'isolamento non è *per se* in contrasto con l'articolo 3 della Convenzione[64]. Infatti, sebbene l'allontanamento prolungato dalle relazioni interpersonali sia indesiderabile[65], il divieto di contatto con altri detenuti per motivi di sicurezza, disciplinari o di protezione non costituisce di per sé un trattamento inumano o degradante[66].

Ciò non implica, tuttavia, che l'isolamento sia sempre compatibile con quanto previsto dell'articolo 3. Come sottolineato più di quarant'anni fa dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo, «l'isolamento sensoriale totale, unito all'isolamento sociale, costituisce una forma di trattamento inumano che non può essere giustificato da esigenza di sicurezza»[67].

Inoltre, come affermato dalla Corte nel caso *Ramirez Sanchez c. Francia,* anche l'isolamento relativo può essere contrario all'articolo 3

[63] Per una panoramica sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di isolamento, si veda F. Cassibba - A. Colella, *op. cit.*, p. 111-112.

[64] Tra gli altri, si vedano Corte EDU, 10 novembre 2005, ric. 56317/00, *Argenti c. Italia* e Corte EDU, 20 gennaio 2011, ric. 891/05, *Kashavelov c. Bulgaria*. In questi casi, nonostante l'isolamento si sia protratto, rispettivamente, per dodici e tredici anni, la Corte non ha constatato una violazione dell'art. 3.

[65] La stessa Corte, nella sua recente giurisprudenza, ha più volte sottolineato gli effetti dannosi a lungo termine che tutte le forme di isolamento hanno, specialmente in assenza di una stimolazione fisica e mentale adeguata. Si veda, a tal proposito, F. Cassibba - A. Colella, *op. cit.*, p. 79.

[66] Si veda in merito quanto affermato dalla Corte EDU, 21 luglio 2005, ric. 69332/01, *Rohde c. Danimarca*, par. 93; Corte EDU, 4 luglio 2013, ric. 4242/07, *Rzakhanov c. Azerbaijan*; Corte EDU, *Ramirez Sanchez c. Francia*, cit., par. 123.

[67] Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo, 8 luglio 1978, ric. 7572/76, 7586/76 e 7587/76, *Ensslin, Baader e Raspe c. Repubblica Federale di Germania*, par. 109 (traduzione dall'inglese dell'Autrice). Lo stesso è stato affermato più volte dalla Corte nella sua giurisprudenza, si veda ad esempio Corte EDU, 28 settembre 2000, ric. 25498/94, *Messina c. Italia (n. 2)*; Corte EDU, 8 luglio 2004, ric. 48787/99, *Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia*, par. 432; e Corte EDU, *Ramirez Sanchez c. Francia*, cit., par. 120.

se indeterminato, poiché sarebbe inevitabilmente destinato a produrre effetti del tutto paragonabili a quelli dell'isolamento assoluto[68].

La pericolosità dell'isolamento relativo prolungato è stata ulteriormente affermata in *Öcalan v. Turchia n. 2* del 2014[69]. Qui la Corte ha affermato che il prolungarsi dell'isolamento per numerosi anni comporta una violazione dell'articolo 3, anche quando questo è giustificato «dalla preoccupazione di proteggere la vita dell'interessato contro coloro che lo giudicavano il responsabile della morte di un gran numero di persone, e dalla volontà di impedirgli di trasmettere istruzioni alla sua organizzazione armata, il PKK [Partito dei lavoratori del Kurdistan], che lo considerava ancora come il suo capo»[70].

Di fatto, secondo la Corte, poiché l'isolamento comporta una forma di «carcere all'interno del carcere», esso deve essere utilizzato solo in via eccezionale e solo dopo aver preso tutte le precauzioni del caso[71]. Pertanto, quando possibile, gli Stati devono ricorrere a misure alternative all'isolamento, anche nel caso di detenuti pericolosi[72].

Venendo al caso Breivik, la Corte si è limitata ad affermare che l'isolamento prolungato in una sezione di massima sicurezza risulta necessario per motivi di sicurezza e che i suoi effetti dannosi sono stati bilanciati da sufficienti misure compensative e da buone condizioni materiali[73]. Ciò che manca nell'argomentazione della Corte, tuttavia, è un'approfondita valutazione complessiva di tutti i fattori che caratterizzano l'isolamento di Breivik.

---

[68] Corte EDU, *Ramirez Sanchez v. Francia*, cit., par. 145. Nel caso di specie, Ramirez era stato detenuto in isolamento per un periodo di 8 anni e due mesi. Sebbene la Corte abbia concluso per la non violazione dell'art. 3, i giudici Rozakis, Tsatsa-Nikolovska, Rusa-Sandström e Popović si sono espressi in un'opinione dissenziente per la violazione dell'articolo 3, in quanto «l'isolamento a cui era stato sottoposto il ricorrente raggiungeva il livello di gravità richiesto per costituire un trattamento inumano» (traduzione dall'inglese dell'Autrice - par.1 dell'opinione dissenziente).

[69] Corte EDU, *Öcalan v. Turchia (n. 2),* cit.

[70] Così il par. 140 (traduzione dall'inglese dell'Autrice). Ciò non significa che lo Stato debba rinunciare a perseguire l'obiettivo della difesa sociale, ma che esso debba trovare soluzioni alternative (ivi, par. 141).

[71] Corte EDU, 13 novembre 2018, ric. 70465/14, *A.T. c. Estonia (n.2)*, par. 73.

[72] Corte EDU, *Ramirez Sanchez v. Francia*, cit., par. 139 e 145-146.

[73] Corte EDU, *Fjotolf Hansen v. Norvegia,* cit., par. 148-152.

Al momento della decisione della Corte, Breivik è stato detenuto in isolamento per sette anni consecutivi: nessun altro detenuto è stato tanto in isolamento in Norvegia dalla Seconda Guerra mondiale ad oggi[74]. Secondo quanto riportato dal Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura o delle Pene o Trattamenti Inumani o Degradanti (CPT) nel 2018, poco dopo la decisione della Corte, al tempo vi erano in Norvegia quattordici detenuti sottoposti a isolamento totale («*complete exclusion from company as a security measure*») per più di un mese: dodici detenuti ordinari, di cui solo uno è stato detenuto in isolamento per più di un anno (precisamente, per quattordici mesi) e due detenuti in regime di massima sicurezza, di cui uno sottoposto a isolamento per tredici mesi e Breivik per sette anni e dieci mesi[75]. La disparità nella durata dell'isolamento tra gli altri detenuti e Breivik è evidente.

Per di più, ai sensi dell'ordinamento norvegese, mentre i detenuti ordinari possono essere sottoposti a isolamento come misura preventiva per un massimo di un anno (prorogabile solo nel caso in cui sia lo stesso detenuto a richiederlo per motivi di sicurezza) [76], per i detenuti in regime di massima sicurezza non vi sono limiti circa la durata dell'isolamento, che può essere quindi potenzialmente prorogato in maniera indefinita[77]. Di fatto, l'unico limite previsto dall'art. 17 del codice di procedura penale norvegese circa l'isolamento per i detenuti in regime di massima sicurezza è che esso non rappresenti «un'interferenza sproporzionata» [78].

Inoltre, come abbiamo visto, dalla scomparsa della madre nel 2013, i contatti di Breivik sono limitati *de facto* ai soli operatori professionali. Anche quando altri detenuti sono stati brevemente collocati nella sua stessa sezione di massima sicurezza, a Breivik è

[74] Allo stesso modo, nessun altro detenuto è mai stato tanto in sezione di alta sicurezza. Da quando questo sistema è stato introdotto, nel 2002, al 2017, quando si è pronunciata la Corte, solo 10 detenuti sono stati ivi ricondotti, per dei periodi ricompresi tra un mese (nel minimo) e un anno e nove mesi (nel massimo). Corte EDU, *Fjotolf Hansen v. Norvegia,* cit., par. 32.

[75] Si veda in merito CPT, *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carry out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (from 28 May to 5 June 2018),* CPT/Inf(2019)1, par. 72.

[76] Art. 37, *The Execution of Sentences Act*.

[77] Art. 17, *The Execution of Sentences Act*. Si veda in merito anche CPT, *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway*, cit., par. 76.

[78] Art. 17, *The Execution of Sentences Act* (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

stato vietato di incontrarli – anzi, lo spazio a lui solitamente destinato è stato ristretto, con pesanti conseguenze psichiche per Breivik[79]. Se da un punto di vista formale è vero che l'isolamento non è stato totale, da un punto di vista sostanziale Breivik ha potuto colloquiare, esclusi gli operatori professionali, solo con la madre, fino al 2013, e solo tramite vetro divisorio e interfono. Dal 2013, secondo la Corte distrettuale di Oslo, Breivik sta espiando la sua pena in «una prigione dentro la prigione»[80].

Tali misure sono state giustificate dall'autorità penitenziaria richiamandosi al "fattore di rischio": il rischio che Breivik rappresenta per la società e per gli altri detenuti, insieme al rischio che gli altri detenuti possono rappresentare per Breivik stesso. Tuttavia, è stato constatato dalle perizie psichiatriche che la pericolosità a breve termine di Breivik risulta essere diminuita con il trascorrere degli anni di detenzione[81]. Inoltre, come accaduto anche nel caso *Öcalan v. Turchia n. 2*, il fattore di rischio smette di essere una giustificazione sufficiente quando in discussione vi è un isolamento prolungato[82]. L'autorità penitenziaria avrebbe dovuto quindi fornire una motivazione più dettagliata e completa al fine di detenere Breivik in uno stato di isolamento[83].

---

[79] Corte distrettuale di Oslo, *Anders Bhering Breivik v. Ministero della giustizia e della sicurezza pubblica*, cit., p. 40.

[80] Queste le parole usate dalla Corte distrettuale di Oslo, *Anders Bhering Breivik v. Ministero della giustizia e della sicurezza pubblica*, cit., p. 29.

[81] Già nel 2015 la dottoressa Randi Rosenquist, psichiatra di Breivik, aveva dichiarato che «il rischio di comportamenti violenti in ambito carcerario debba considerarsi ulteriormente ridotto rispetto alle valutazioni precedentemente operate, tanto più che ora è ancora più lungo il periodo nel quale si è comportato in modo assolutamente corretto». Ivi, p. 37.

[82] Si veda A. Della Bella, *op. cit.*, p. 309 ss.

[83] La stessa Corte distrettuale di Oslo aveva affermato che «se ci fossero altri detenuti nella sua [di Breivik] sezione, sarebbe obbligatorio fornire spiegazioni sul perché non viene consentito alcun contatto tra i medesimi. Non solo: tali spiegazioni dovrebbero essere tanto più dettagliate quanto più estesa è la parentesi temporale che è trascorsa. […] Le decisioni sinora assunte motivano solo relativamente alla collocazione di Breivik in una sezione SHS. Secondo questa Corte è di estrema importanza stabilire se sarebbe stato possibile garantire la presenza nella sua sezione di altri detenuti sottoposti al regime SHS. Questa è una questione che deve essere approfondita dall'amministrazione penitenziaria. Se non ci sono altri detenuti idonei ad essere collocati nella sezione di Breivik, ciò deve essere indicato come il fattore fondamentale che giustifica il suo isolamento. Non sono state fornite sufficienti delucidazioni circa le valutazioni operate dall'amministrazione penitenziaria a questo proposito: né tramite le decisioni che

Non convince nemmeno la giustificazione data dallo Stato norvegese circa l'uso dell'isolamento come misura protettiva nei confronti di Breivik da potenziali attacchi provenienti da altri detenuti. Come affermato dalla stessa Corte di Strasburgo in *X c. Turchia*, infatti, anche laddove vi siano state intimidazioni e prepotenze, esse non bastano a giustificare una misura tanto estrema[84].

Infine, sebbene si possa concordare con la Corte circa le soddisfacenti condizioni materiali di detenzione di Breivik, è importante sottolineare che le condizioni detentive sono strettamente correlate alla durata della detenzione. Come anche affermato dai giudici Rozakis, Tsatsa-Nikolovska, Rusa-Sandström e Popović nella loro opinione dissenziente al caso *Ramirez Sanchez v. Francia,* «condizioni che possono essere umanamente sopportabili per alcuni mesi, diventeranno inevitabilmente più dure e insopportabile con il passare degli anni e l'aumento del livello di sofferenza»[85].

La Corte avrebbe dovuto quindi considerare anche questi elementi, nel valutare i fattori che concorrono alla qualificazione del trattamento penitenziario di Breivik come inumano o degradante.

(b) Le invasive perquisizioni corporali

Per quanto concerne le perquisizioni corporali, la Corte ha più volte affermato nella sua giurisprudenza che esse sono compatibili con l'articolo 3 della Convenzione solo nella misura in cui esse sono effettuate in «modo appropriato, nel rispetto della dignità umana e per uno scopo legittimo»[86].

Pertanto, qualora una perquisizione corporale venga condotta con modalità svilenti che aggravano in modo significativo l'inevitabile

sono state sinora assunte, né tramite informazioni fatte pervenire a questa Corte». Si veda in merito la traduzione della sentenza della Corte distrettuale di Oslo, *Anders Bhering Breivik v. Ministero della giustizia e della sicurezza pubblica*, cit., p. 32-33.

[84] Corte EDU, 9 ottobre 2012, ric. 24626/09, *X c. Turchia*, par. 41-45.

[85] Corte EDU, *Ramirez Sanchez v. Francia,* cit., opinione dissenziente, par. 3 (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

[86] Si veda, a tal proposito, Corte EDU, 26 settembre 2006, ric. 12350/04, *Wainwright v. Regno Unito*, par. 42 (traduzione dall'inglese dell'Autrice); e Corte EDU, 1 giugno 2017, ric. 9635/13, *Dejnek c. Polonia*, par. 60. Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte in materia di perquisizioni corporali, si veda anche, D.J. Harris - M. O'boyle - E. Bates - C. Buckley, *op. cit.*, p. 94-95.

umiliazione del detenuto sottoposto alla procedura, essa è in contrasto con quanto previsto dall'articolo 3 della Convenzione[87]. A titolo di esempio, nel caso *Valašinas c. Lituania*, la Corte aveva constatato una violazione dell'articolo 3 in quanto la perquisizione del detenuto era avvenuta in presenza di un'agente penitenziario donna (e quindi di sesso diverso da quello del detenuto)[88]. Secondo la Corte, «[o]bbligare il ricorrente a spogliarsi nudo in presenza di una donna (…) ha mostrato una chiara mancanza di rispetto per il ricorrente e ha sminuito di fatto la sua dignità umana», in quanto tale pratica «[d]eve avergli lasciato sentimenti di angoscia e di inferiorità in grado di umiliarlo e svilirlo»[89].

Allo stesso modo, qualora una perquisizione corporale non risulti essere giustificata, ossia necessaria per garantire la sicurezza del carcere o per prevenire disordini o crimini, si verifica una violazione dell'articolo 3 della Convenzione. A questo proposito, la Corte ha più volte constatato una violazione dell'articolo 3 nei casi in cui le perquisizioni corporali avvenivano su base sistemica o erano effettuate con modalità invasive e fortemente degradanti, in ambienti nei quali era già garantita una sorveglianza continua[90]. Nel caso *Van der Ven c. Paesi Bassi*, per esempio, la Corte ha constatato una violazione dell'articolo 3 in quanto le continue perquisizioni corporali a cui veniva sottoposto il reo venivano effettuate sistematicamente su base settimanale, anche quando il detenuto non aveva avuto contatti con l'esterno. Nella sua decisione, la Corte aveva considerato le continue perquisizioni anche alla luce delle severe misure di sicurezza alle quali il detenuto era sottoposto (quali il controllo della corrispondenza scritta e telefonica, la perquisizione quotidiana della cella e l'uso del vetro divisorio durante i colloqui), dichiarandole «una pratica senza una chiara giustificazione»[91]. Allo stesso modo, nel caso

[87] Così la Corte EDU, *Wainwright c. Regno Unito*, cit., par. 42.

[88] Corte EDU, 24 luglio 2001, ric. 44558/98, *Valašinas c. Lituania*.

[89] Ivi, par. 117 (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

[90] Si veda Corte EDU, 17 aprile 2012, ric. 20071/07, *Piechowicz v. Polonia*, par. 175. Si veda anche Corte EDU, 4 febbraio 2003, ric. 50901/99, *Van der Ven v. Olanda*.

[91] Corte EDU, *Van der Ven c. Paesi Bassi*, cit., par. 61-62 (traduzione dall'inglese dell'Autrice). Il richiedente, detenuto in una prigione di massima sicurezza (*Extra Beveiligde Inrichting*, EBI), era sottoposto a severe misure di sorveglianza, che includevano *inter alia* il controllo della corrispondenza scritta e telefonica, la perquisizione quotidiana della cella e l'uso del vetro divisorio durante i colloqui. A queste, si sommavano le perquisizioni corporali ogni qualvolta il

Piechowicz c. Polonia, la Corte ha dichiarato le perquisizioni alle quali era sottoposto il detenuto in violazione dell'articolo 3 in quanto esse venivano «effettuate come routine e non erano legate ad alcuna concreta esigenza di sicurezza, né ad alcun sospetto specifico sulla condotta del ricorrente»[92].

Nel caso Breivik, la Corte si è limitata a giustificare le numerose perquisizioni alle quali il reo è stato sottoposto alla luce della pericolosità del detenuto[93]. La Corte ha considerato le perquisizioni nel loro complesso, senza distinguere tra quelle avvenute nel carcere di Ila e quelle al carcere di Telemark, nonostante le prime differiscano in modo evidente dalle seconde.

Ad Ila, infatti, Breivik veniva perquisito quasi quotidianamente. La procedura prevedeva il denudamento del soggetto, l'ispezione anale esterna e quella dei suoi abiti. Ciò avveniva ogniqualvolta Breivik entrava o usciva dal carcere, dalla stazione di polizia o dal palazzo di giustizia, con il risultato che Breivik a volte veniva perquisito anche quattro volte al giorno. Inoltre, il reo veniva perquisito anche quando usciva nel cortile del carcere destinato alla sua permanenza all'aperto, nonostante durante la sua ora d'aria gli fosse precluso incontrare altri detenuti e nonostante fosse costantemente sotto stretta sorveglianza. Alle perquisizioni programmate vanno inoltre aggiunte quelle a sorpresa, che venivano effettuate all'interno della cella, alla presenza di tre agenti, anche dinanzi ad agenti penitenziari di sesso femminile[94]. Inoltre, la Corte non sembra aver considerato se tali perquisizioni fossero realmente necessarie. Si prendano in esame, ad esempio, le perquisizioni condotte dopo il rientro del ricorrente dall'ora d'aria in cortile: non

richiedente riceveva visite, nonché ogni qualvolta egli si recava dal medico, dal dentista o dal parrucchiere. Inoltre, per un periodo di circa tre anni e mezzo, il detenuto veniva sottoposto a perquisizioni invasive una volta a settimana, in occasione dell'ispezione della cella, anche quando non aveva avuto contatti con l'esterno (par. 58). Considerate tali circostanze e le severe misure di sorveglianza al quale era già soggetto l'individuo, la Corte sostenne che tali perquisizioni non fossero giustificate, in quanto non sussistevano rischi per la sicurezza del carcere, e che pertanto rappresentassero un trattamento inumano o degradante, in violazione dell'articolo 3 (par. 62-63).

[92] Corte EDU, *Piechowicz c. Polonia*, cit., par. 176 (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

[93] Corte EDU, *Fjotolf Hansen v. Norvegia,* cit., par. 153.

[94] Corte distrettuale di Oslo, *Anders Bhering Breivik v. Ministero della giustizia e della sicurezza pubblica*, cit., p. 44.

solo Breivik non poteva avere contatti con altri detenuti, ma lo spazio del cortile era anche monitorato da una telecamera e Breivik era controllato a vista da un agente penitenziario. Sebbene il cortile venisse utilizzato anche da altri detenuti durante il giorno, ci si chiede se vi fosse una concreta possibilità per Breivik di trovare armi o oggetti da utilizzare in tal senso. Una simile considerazione va estesa anche alle perquisizioni a sorpresa: ci si chiede infatti se esse fossero realmente necessarie dal punto di vista della sicurezza, considerando le numerose misure di sicurezza a cui il ricorrente era costantemente sottoposto. Come già menzionato, Breivik non aveva contatti diretti con nessuno al di fuori del personale penitenziario e degli operatori professionali, i colloqui avvenivano attraverso il vetro divisorio e il detenuto era monitorato da telecamere e controllato a vista da agenti penitenziari ogni ora.

Nella sua decisione, la Corte non ha nemmeno considerato le modalità invasive tramite le quali avvenivano suddette perquisizioni. Durante ogni perquisizione, Breivik veniva costretto a spogliarsi e a piegare le ginocchia, affinché gli agenti penitenziari potessero effettuare una perquisizione anale esterna per controllare che non vi fossero oggetti nascosti. Il fatto che tali modalità di perquisizione siano state effettuate anche dinanzi agenti donna aggrava maggiormente il senso di umiliazione vissuto dall'individuo, come affermato dalla stessa Corte in *Valašinas c. Lituania*[95].

Infine, la Corte non ha preso in considerazione il disagio psicologico derivante dall'invasività e frequenza delle perquisizioni corporali, espresso in più occasioni dallo stesso Breivik. Il detenuto, infatti, ha più volte dichiarato di essere disposto a rinunciare all'ora d'aria in cortile, pur di non essere sottoposto ad ulteriori perquisizioni.

Pertanto, secondo chi scrive, sebbene le perquisizioni siano effettivamente diminuite nel corso degli anni, la Corte avrebbe dovuto prendere posizione sulla frequenza e le modalità con cui venivano effettuate le perquisizione, soprattutto al carcere di Ila, al fine di considerare un'eventuale violazione dell'articolo 3[96].

[95] Corte EDU, *Valašinas c. Lituania*, cit., par. 117.

[96] Nel caso *van der Ven contro Olanda*, sopracitato, per esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva dichiarato di essere «colpita dal fatto che il ricorrente era sottoposto ad una perquisizione una volta alla settimana, in aggiunta a tutte le altre severe misure di controllo che venivano assunte nei suoi confronti in conseguenza della sua sottoposizione al regime EBI» (traduzione dall'inglese

(c) L'utilizzo del vetro divisorio

Quando la Corte nella sua decisione ha considerato l'ampiezza delle misure compensative, non ha tenuto conto degli effetti che ha sul ricorrente il continuo uso del vetro divisorio e dell'interfono durante i colloqui.

Inizialmente, tutti i colloqui che Breivik effettuava – con i medici, il ministro di culto, l'educatore e persino i suoi legali – avvenivano attraverso il vetro divisorio. In aggiunta, tutti i colloqui – eccetto quelli con il personale sanitario – venivano sottoposti a controllo visivo. Solo da giugno 2016 a Breivik è stato permesso di incontrare i suoi legali senza vetro divisorio.

L'autorità penitenziaria ha giustificato l'uso estensivo del vetro divisorio sulla base di valutazioni inerenti alla sicurezza. Il timore era la possibilità che Breivik sequestrasse delle persone, come paventato dalla psichiatra Randi Rosenquist nella sua prima relazione del 16 gennaio 2013[97].

Nella sua relazione del 25 novembre 2014, tuttavia, la stessa psichiatra aveva precisato che non era più indispensabile il vetro divisorio per i colloqui con l'assistente volontario. Nonostante ciò, l'amministrazione penitenziaria non ha mai preso iniziative, limitandosi alla eliminazione del vetro divisorio solo per i colloqui con i legali (che comunque avvengono tramite le sbarre della cella di Breivik).

Se in *Khoroshenko c. Russia*, la Corte di Strasburgo aveva riconosciuto che l'uso del vetro divisorio, sommato *inter alia* alla continua presenza di guardie penitenziarie, aveva ulteriormente aggravato gli effetti alienanti del severo regime di sicurezza a cui il ricorrente era sottoposto[98], nel caso di specie la stessa Corte non ha considerato la necessità dell'utilizzo del vetro divisorio, né i suoi

dell'Autrice) e aveva constatato una violazione dell'articolo 3 della Convenzione (par. 61 e 63).

[97] Corte distrettuale di Oslo, *Anders Bhering Breivik v. Ministero della giustizia e della sicurezza pubblica*, cit, p. 36.

[98] Corte EDU, 30 giugno 2015, ric. 41418/04, *Khoroshenko c. Russia*, par. 146. Si veda anche il caso Corte EDU, 23 febbraio 2012, ric. 39758/05, *Torsin c. Ucraina*, par. 46.

effetti sul ricorrente[99]. Non sono nemmeno state menzionate misure alternative a cui avrebbe potuto ricorrere l'autorità penitenziaria, soprattutto rispetto ai colloqui di Breivik con gli operatori professionali, come ad esempio l'assistente volontario.

(d) I rimedi contro l'isolamento

Come affermato dalla Corte nella sua giurisprudenza, affinché un sistema di tutela dei diritti dei detenuti sanciti dall'articolo 3 della Convenzione sia effettivo, i detenuti devono poter aver accesso sia a "rimedi preventivi" (*preventive remedy*), per richiedere una revisione delle condizioni di detenzione, sia a rimedi compensatori (*compensatory remedy*), per chiedere il risarcimento di eventuali danni subiti[100].

I rimedi preventivi e compensatori devono sussistere in maniera complementare: un ricorso esclusivamente riparatorio non può essere considerato sufficiente nel caso di violazioni ex articolo 3, in quanto non è in grado di impedire la continuazione della violazione dedotta[101]. Pertanto, lo Stato deve *in primis* permettere ai detenuti di ottenere un esame rapido ed effettivo delle loro doglianze da parte di un'autorità o di un tribunale indipendente competente in materia[102]. Significativamente, il ricorso deve essere effettivo *de jure* e *de facto*: in altre parole, come affermato dalla Corte nel caso *Ramirez Sanchez c. Francia*, non è sufficiente che il ricorso sia possibile solo per legge, esso deve essere garantito anche in concreto[103].

[99] Si veda la perizia psichiatrica del 18 dicembre 2015, sempre in Corte distrettuale di Oslo, *Anders Bhering Breivik v. Ministero della giustizia e della sicurezza pubblica*, cit., p. 37.

[100] Corte EDU, 10 gennaio 2012, ric. 42525/07 e 60800/08, *Ananyev e altri c. Russia*, par. 98; Corte EDU, 8 gennaio 2013, ric. 43517/09, 46882/09, 55400/09, *Torreggiani e altri c. Italia*, par. 50.

[101] Corte EDU, 5 febbraio 2004, ric. 73786/01, *Cenbauer c. Croazia*; Corte EDU, 22 ottobre 2009, ric. 17599/05, *Norbert Sikorski c. Polonia*, par. 116; Corte EDU, 20 ottobre 2011, ric. 5774/10 e 5985/10, *Mandić e Jović c. Slovenia*, par. 116.

[102] A titolo di esempio, in *Anayev e altri c. Russia*, la Corte ha ritenuto che una denuncia depositata ad un *ombudsman* non costituisse un ricorso effettivo, in quanto il mediatore non può emettere decisioni vincolanti ed esecutive. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Anayev e altri c. Russia*, cit., par. 214 e 219. Viceversa, una denuncia formulata presso un magistrato di sorveglianza o un'autorità amministrativa rappresenta un ricorso effettivo. Corte EDU, 23 novembre 2017, ric. 5433/17, *Domján c. Ungheria*, par. 21-23.

[103] Corte EDU, *Ramirez Sanchez c. Francia*, cit., par. 158.

Nel caso di specie, la Corte ha semplicemente constatato che Breivik ha avuto modo di fare ricorso dinanzi all'autorità penitenziaria, al *Parliamentary Ombudsman* e ai tribunali interni. Tuttavia, la Corte non si è espressa sul fatto che la maggioranza dei detenuti non utilizza *de facto* i rimedi messi a disposizioni dall'ordinamento.

La normativa sulla quale si basa l'amministrazione penitenziaria norvegese per collocare un detenuto in una sezione di alta sicurezza e in isolamento, infatti, le concede margini di discrezionalità talmente ampi da rendere pressoché inutile il ricorso contro ogni sua decisione. Da qui, lo scarso utilizzo del ricorso *de qua* da parte dei detenuti. Nel caso di Breivik, per esempio, quando questi ha denunciato l'ampiezza del suo isolamento alla Direzione centrale dell'amministrazione penitenziaria (*Kriminalsorgsdirektoratet*), il suo reclamo non è stato accolto. Il Dipartimento centrale dell'amministrazione penitenziaria infatti si è limitato a dire che «la verifica delle condizioni di detenzione doveva ritenersi assorbita dalla verifica dei presupposti per la sua collocazione in una sezione SHS [di alta sicurezza, ndr]»[104].

Il quadro non è certo migliore se si riflette sul secondo tipo di rimedio, vale a dire la possibilità di rivolgersi al giudice, nel caso quello civile. Da una parte, la normativa di riferimento, ancora una volta, assegna alle autorità penitenziarie amplissima discrezionalità, tale da precludere *de facto* la possibilità per il giudice di intervenire in modo effettivo. Dall'altra parte, resta comunque ferma la previsione in base alla quale, a fronte di determinate scelte dell'amministrazione, esistono preclusioni nell'accesso alla documentazione alla base di quelle stesse scelte. Non vantando un diritto di accedere a tali

[104] Si veda in merito la traduzione della sentenza della Corte distrettuale di Oslo, *Anders Bhering Breivik v. Ministero della giustizia e della sicurezza pubblica*, cit., p. 33. In merito si è espresso il *Parliamentary Ombudsman (Sivilombudsmannen)*, in una lettera del 12 giugno 2014 indirizzata la Direzione centrale dell'amministrazione penitenziaria, nella quale dice «Non può essere considerato sufficiente che la verifica inerente alla qualità delle condizioni detentive sia implicitamente soddisfatta dalla verifica circa la sussistenza dei presupposti per la collocazione in una sezione ad alto indice di sicurezza. È deprecabile, ad avviso dello scrivente, che il reclamo avente per oggetto le condizioni generali di detenzione non sia stato esaminato nel merito dalla Direzione centrale dell'amministrazione penitenziaria» (Ivi, p. 34). Secondo il *Parliamentary Ombudsman*, infatti, la Direzione centrale dell'amministrazione penitenziaria ha l'obbligo di comunicare esplicitatamene a Breivik quali siano i motivi del suo isolamento. Ivi, p. 33. Si veda anche Corte EDU, *Fjotolf Hansen v. Norvegia,* cit., par. 96-99.

documenti, i detenuti, già poco propensi al ricorso gerarchico, finiscono per utilizzare in modo alquanto limitato anche il ricorso giurisdizionale, peraltro solo in casi eccezionali esperibile grazie al patrocinio a spese dello Stato[105].

Paiono dunque del tutto condivisibili le conclusioni sul punto alle quali è pervenuto il gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulle *arbitrary detention*. Per i detenuti non sembra esservi, nel sistema norvegese, «un effettivo, istituzionalizzato e indipendente meccanismo di controllo»[106].

Sulla base di queste considerazioni, la Corte avrebbe dovuto entrare nel merito, per valutare eventuali violazioni fossero anche solo di natura procedurale. Nessun dubbio a tale proposito che, senza rimedi effettivi, l'isolamento rischia di diventare davvero, per usare le parole della Corte distrettuale di Oslo, una «prigione dentro la prigione»[107].

(e) Il Comitato di tre giudici e l'irricevibilità del ricorso

Come già ricordato, il Comitato di tre giudici ha dichiarato il ricorso di Breivik irricevibile in quanto "manifestamente infondato". Il Comitato, infatti, valutando il caso nel merito, con una decisione di

[105] Sulla questione si veda F. Della Casa, *op. cit.*, p. 1539 ss.

[106] Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulle *arbitrary detention*, A/HRC/7/4/Add.2, 11 ottobre 2007, par. 78 (traduzione dall'inglese dell'Autrice). Secondo il gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulle *arbitrary detention,* infatti, «[è] difficile per i detenuti interessati contestare con successo la decisione presa dalle autorità carcerarie. Le autorità regionali dei servizi correzionali raramente annullano una decisione presa dalle autorità penitenziarie. Al di fuori dei potenti servizi correzionali, non esiste un sistema di controllo automatico con l'autorità di annullare le decisioni; i condannati stessi devono presentare un'istanza di revoca presso i tribunali civili ordinari [*ordinary civil courts*]. I tribunali civili, agendo nel contesto della revisione delle decisioni amministrative piuttosto che in quello di una specifica legge penale, raramente decidono a favore del richiedente perché le autorità dei servizi correzionali sono dotate di ampi poteri discrezionali. I procedimenti giudiziari sono lenti e macchinosi, e quindi non forniscono un rimedio efficace o tempestivo» (*Ibidem,* traduzione dall'inglese dell'Autrice). Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulle *arbitrary detention*, A/HRC/7/4/Add.2, 11 ottobre 2007, par. 78.

[107] Si veda in merito la traduzione della sentenza della Corte distrettuale di Oslo, *Anders Bhering Breivik v. Ministero della giustizia e della sicurezza pubblica*, cit., p. 29.

35 pagine, ha dichiarato che non vi fossero apparenti violazioni dei diritti garantiti dalla Convenzione.

Non sono pochi tuttavia gli aspetti problematici del caso che avrebbero meritato un maggior approfondimento da parte della Corte. La stessa pena a cui è stato condannato Breivik, la *forvaring*, non è mai stata presa in esame dalla Corte nella sua giurisprudenza[108]. Pertanto, un esame più approfondito delle condizioni di Breivik sarebbe stato auspicabile, anche qualora l'esito fosse stato di non violazione degli articoli 3 e 8 della Convenzione. La decisione di irricevibilità della Corte, invece, ha reso la decisione del Comitato di tre giudici finale e non impugnabile[109].

6. Dieci anni dopo gli attentati: la richiesta di parole e il rigetto del tribunale distrettuale

Sono passati ormai più di dieci anni dagli attentati che hanno sconvolto la Norvegia il 22 luglio del 2011, ma poco sembra essere cambiato per Breivik da allora. Il decimo anniversario dalla strage, tuttavia, ha rappresentato un traguardo importante per Breivik, in

[108] L'unica forma che è assimilabile per certi versi alla *forvaring* sulla quale si è già espressa la Corte è la *sicherungsverwahrung,* una misura di correzione e prevenzione dalla durata potenzialmente indeterminata prevista dal Codice penale tedesco (art. 66). Sebbene la Corte di Strasburgo abbia già preso in esame la *sicherungsverwahrung* nella sua giurisprudenza, ad oggi non si è mai espressa sulla sua compatibilità circa l'art. 3 e 8 della Convenzione. Inoltre, è importante sottolineare che la *sicherungsverwahrung* assomiglia per certi versi più alla misura di sicurezza prevista dall'ordinamento italiano (sopracitata) che non alla *forvaring*: anche in questo caso siamo difronte a misure di sicurezza, e non ad una pena, da scontare in strutture apposite. Per un'analisi approfondita di questa misura, si veda l'opinione dissenziente del giudice Paulo Pinto de Albuquerque in Corte EDU, 4 dicembre 2018, ric. 10211/12 e 27505/14, *Ilnkseher c. Germania*, p. 84 ss.

[109] Per un approfondimento sul meccanismo di filtraggio introdotto dal Protocollo n. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e sui rischi che ne conseguono, si rimanda a G. Borgna, *La prassi delle decisioni di inammissibilità della Corte europea al vaglio del Comitato ONU dei diritti umani: rischio di un 'cortocircuito' fra i due sistemi di protezione?*, in *Diritti umani e Diritto Internazionale*, 1, 2015, p. 135 ss. Si veda anche J. Gerards, *Inadmissibility Decisions of the European Court of Human Rights: A Critique of the Lack of Reasoning*, in *Human Rights Law Review*, 2014, p. 1 ss.

quanto segnava lo scadere della durata minima fissata dal tribunale per la detenzione preventiva[110].

La decisione sulla richiesta di *parole*, avanzata dall'avvocato di Breivik nel luglio 2021, è stata presa dal tribunale distrettuale di Telemark[111]. Durante l'udienza, Breivik si è nuovamente presentato dinanzi ai giudici con il saluto nazista, a riprova del fatto che non ha rinnegato l'ideologia estremista che già aveva fatto sua dieci anni fa[112]. Durante la sua testimonianza, Breivik si è giustificato per gli attentati nel luglio 2011 dichiarando di essere stato vittima di una «radicalizzazione online da parte di esponenti di estrema destra» che gli avevano fatto un vero e proprio «lavaggio del cervello»[113], e dai quali oggi prende le distanze[114].

Da parte sua, la psichiatra Randi Rosenqvist, che segue il caso dal 2012, ha intimato al tribunale di non fidarsi delle affermazioni di Breivik, in quanto la sua pericolosità sociale non è diminuita[115]. Medesima la posizione del pubblico ministero, Hulda Karlsdottir, la quale ha ricordato che «il Breivik che oggi chiede la fiducia al tribunale è lo stesso Breivik che ha distrutto il quartiere governativo, la stessa persona che ha attirato giovani su Utøya, li ha ingannati facendogli credere che avrebbero ricevuto aiuto e poi ha sparato»[116].

Sulla base di quanto emerso durante l'udienza, il tribunale distrettuale ha emesso un verdetto unanime: Breivik non può accedere alla *parole* in quanto la sua pericolosità sociale è ancora «reale

---

[110] Così come previsto dall'art. 44 del Codice penale del 2005. L'udienza, durata tre giorni, si è tenuta nella palestra del carcere di Skien, dove è attualmente detenuto il reo.

[111] *Ibidem*.

[112] V. Klesty, *Norwegian killer Breivik begins parole hearing with Nazi salute*, in *Reuters*, 18 gennaio 2022.

[113] *Ibidem* (traduzione dall'inglese dell'Autrice). A tal proposito, Breivik ha affermato che «l'ordine era di ristabilire il Terzo Reich» e che «spettava ad ogni soldato decidere come farlo» (*Ibidem,* traduzione dall'inglese dell'Autrice).

[114] Così Breivik si è rivolto alla Corte: «Chiedo alla corte di capire che si può essere nazisti senza essere militanti. Oggi, mi dissocio con forza dalla violenza e dal terrore, nonché dagli obiettivi espressi nel mio manifesto. Vi do qui la mia parola d'onore che mi sono lasciato tutte alle spalle, per sempre» (traduzione dall'inglese dell'Autrice). D. Nikel, *Norway Court Denies Parole to Utøya Terrorist Breivik*, in *Life in Norway*, 1 febbraio 2022.

[115] V. Klesty - T. Solsvik, *Norwegian mass killer Breivik as dangerous now as a decade ago, court told*, in *Reuters*, 19 gennaio 2022.

[116] Redazione, *Request rejected: Anders Behring Breivik will not be released on parole*, in *Norway Today*, 1 febbraio 2022 (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

e significativa», come dieci anni fa. Secondo i giudici, infatti, «poiché le sue condizioni psichiatriche sono immutate, è evidente il rischio che ricada nei comportamenti che hanno portato agli atti terroristici del 22 luglio 2011»[117].

L'avvocato di Breivik ha già annunciato che il suo assistito ricorrerà in appello. Secondo l'avvocato, infatti, dato l'isolamento a cui è sottoposto Breivik, è quasi impossibile per il tribunale valutare se egli rappresenti o meno una minaccia per la società. Sempre facendo riferimento alle sue condizioni di detenzione, l'avvocato ha avvertito che esse potrebbero rendere addirittura Breivik più pericoloso, tanto che potrebbe non essere più possibile rilasciarlo: «[s]e una persona viene trattata così male da diventare sempre più pericolosa durante la sua detenzione, non sarà mai rilasciata. Allora le autorità rafforzeranno la loro argomentazione per cui deve essere tenuto in custodia. È un paradosso in tutti i casi di detenzione»[118].

Secondo chi scrive, se da una parte è evidente che Breivik non abbia mostrato alcuna minima revisione critica dei suoi comportamenti e che quindi rappresenti ancora un pericolo per la società, dall'altra le sue attuali condizioni di detenzione gli precludono ogni possibilità di risocializzazione. L'isolamento quasi totale a cui è sottoposto, infatti, non permette a Breivik di ristabilire contatti con l'esterno, rendendo il suo reinserimento nella società sempre più difficile[119].

Breivik potrà fare nuovamente richiesta per la *parole* un anno esatto dopo che la decisione del tribunale diverrà definitiva[120]. Se da una parte è improbabile che il tribunale distrettuale accetti in un prossimo futuro la richiesta di *parole* di Breivik, dall'altra è importante fare presente che, qualora il tribunale dovesse decidere altrimenti, esso può imporre delle misure restrittive ulteriori previste per i condannati alla detenzione preventiva[121].

---

[117] D. Nikel, *op. cit.* (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

[118] Redazione, *Request rejected*, *op. cit.* (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

[119] D'altronde, la stessa Corte distrettuale di Oslo, nella causa civile di Breivik contro lo Stato, aveva paventato l'ipotesi che il reo restasse in carcere «per il resto della sua vita». Si veda in merito la traduzione della sentenza della Corte distrettuale di Oslo, *Anders Bhering Breivik v. Ministero della giustizia e della sicurezza pubblica*, cit., p. 43.

[120] Art. 44 del Codice penale norvegese.

[121] Ai sensi dell'articolo 45 del codice penale norvegese, il tribunale potrebbe decidere di imporre a Breivik la permanenza in case o istituti individuati dal tribunale stesso, o il suo monitoraggio costante dai servizi correzionali. Inoltre,

7. Conclusioni

Il caso Breivik sottolinea l'importanza della questione della tutela dei diritti umani nei confronti di chi ha commesso crimini particolarmente efferati. Se i diritti umani vanno garantiti in modo eguale a qualsiasi individuo, in presenza di persone particolarmente pericolose la tutela dei diritti del reo entra in conflitto con la necessità di proteggere la società. Fino a che punto è possibile limitare i diritti umani, anche di una persona sicuramente pericolosa?

La Norvegia si è trovata più volte a rispondere a questo quesito, concludendo che le restrizioni imposte a Breivik rientrano nei limiti garantiti per legge, nonché accettati anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua giurisprudenza. Dieci anni dopo gli attentati, il tribunale distrettuale si è trovato nuovamente dinanzi a questo quesito. I giudici hanno deciso all'unanimità per rigettare la richiesta di *parole* di Breivik, ritenendo il reo ancora socialmente pericoloso.

Tuttavia, ci si chiede se, nel tempo, il tribunale o i servizi correzionali non possano mettere in atto altre misure volte all'attenuamento del trattamento penitenziario e soprattutto dell'isolamento *de facto* quasi totale a cui è sottoposto Breivik, al fine di garantire la socializzazione (e quindi anche la rieducazione) del reo. Se, con il tempo, il fattore rischio scemerà, allora diventerà forse inevitabile considerare la possibilità di interloquire (almeno) con altri detenuti sottoposti al regime di massima sicurezza. È difatti obbligo dello Stato organizzare il regime penitenziario in modo da garantire percorsi di risocializzazione per i detenuti, adeguandoli alle specifiche

il tribunale potrebbe imporre una restrizione circa le persone che Breivik può incontrare, per assicurarsi che non entri in contatto con altri estremisti di destra o comunque persone ideologicamente a lui affini. Qualora Breivik dovesse violare la *parole*, commettere un ulteriore crimine o qualora sussistano motivi che non giustificano più la sua liberazione sulla parola, il tribunale distrettuale potrà decidere con sentenza che egli venga riportato in carcere e sottoposto nuovamente alla detenzione preventiva. In alternativa, il tribunale potrebbe anche decidere di imporre un nuovo periodo di libertà vigilata e nuove condizioni.

esigenze del caso[122]. Dopotutto, come ha più volte sottolineato la Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza, «l'isolamento, anche nei casi che comportano solo un isolamento relativo, non può essere imposto a un prigioniero a tempo indeterminato»[123].

***

ABSTRACT: On July 22, 2011, 77 people died in a combined terrorist attack carried out in Oslo and Utøya, Norway. The author of the massacre is Anders Behring Breivik, a right-wing anti-Islamist extremist, who was sentenced to "preventive detention" and imprisoned in a high security prison under a particularly restrictive regime, to which he is still subject. Over the years, Breivik has repeatedly complained against his detention treatment, both before domestic courts and the European Court of Human Rights (ECHR). In the present article, the author will provide for a comprehensive overview of the Breivik case, from the facts of July 22, 2011, to his complaints before domestic courts and ECHR, until his recent request for parole, in order to highlight the most controversial aspects of his detention treatment. While the ECHR declared the case inadmissible, this paper argues there were grounds for further debating on the possible violation of Article 3 of the Convention. In this respect, particular attention will be paid to the nexus between protecting society and respecting Breivik's fundamental human rights.

KEYWORDS: Constitution Breivik – Norway – preventive detention –ECHR – inhuman or degrading treatment.

***

Marta Stroppa – Dottoranda in Human Rights and Global Politics, Scuola Superiore Sant'Anna (marta.stroppa@santannapisa.it)

[122] Si veda, a tal proposito, D. Ranalli, *L'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di reclusione perpetua reale: verso la costruzione di un autonomo diritto al reinserimento sociale*, in D. Galliani - E. Santoro (a cura di), *Europa Umana: scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque*, Pisa, 2020, p. 649 ss.

[123] Corte EDU, *Ramirez Sanchez v. Francia*, cit., par. 145 (traduzione dall'inglese dell'Autrice).

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Le vie del codice vie dei giuristi: *omnes viae Romam ducunt,* ovvero *tiao tiao dalu tong Luoma* 条条大路通罗马

Recensione ad Antonio Saccoccio - Stefano Porcelli (a cura di), *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, Mucchi editore, Modena, 2021

Noemi Mazzaracchio

SOMMARIO: 1. Un volume collettaneo per un codice *enciclopedico*. - 2. Alcuni dei temi affrontati nel volume. - 3. Molte vie nel solco di una linea storica: la funzione del *ius Romanum* e il ruolo dei giuristi *per la giustizia attraverso il diritto*.

1. Un volume collettaneo per un codice *enciclopedico*

Il volume collettaneo "Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico", curato da Antonio Saccoccio e Stefano Porcelli e realizzato con il contributo dell`Osservatorio sulla Codificazione e sulla Formazione del giurista in Cina nel quadro del sistema giuridico romanistico dell`Università di Roma Tor Vergata e del Dipartimento di Giurisprudenza dell`Università degli Studi di Brescia, oggi edito per i tipi di Mucchi Editore, risulta estratto dal volume 41/2020 della Rivista "Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina". Costituisce immediata testimonianza del lontano e ininterrotto dialogo abitato dai giuristi italiani e cinesi intorno ai piloni e alle giunture del diritto romano e alla tessitura del diritto cinese. Il diritto civile cinese si ispira infatti senz'altro anche ai saperi tradizionali della cultura e della morale cinesi, ma in questa sede gli autori italiani e cinesi dei contributi svelano la dimensione non autonoma ma piuttosto combinata e connessa del diritto cinese, raccontandone la genesi e l'evoluzione nelle relazioni con il diritto romano. È esistita e (forse) persiste un'incessante ricerca di complementarità tra le culture giuridiche, che rinviene nel diritto romano la matrice di nuove specie della famiglia dei codici. La via ai codici appare sia continua sia discontinua nel processo storico delle codificazioni. Inserendosi in una scala di codici gemmati in seno alla

tradizione giuridica romanistica, il codice civile cinese mette a sistema un accumulo discreto e costante di variazioni terminologiche e contenutistiche. Non privo di enigmi e contraddizioni, esso è il prodotto combinato di caratteristiche discrete e originali cinesi e di ibridi innesti, di contaminazioni e trasformazioni culturali tra *mos sinicus* e *ius romanum*.

A seguito di numerosi approfondimenti nelle ricerche di diritto comparato condotte dagli studiosi cinesi, il 28 maggio di due anni fa, la XIII Assemblea Nazionale del Popolo della Repubblica popolare cinese, nella sua terza sessione plenaria, ha approvato il codice civile cinese, che è entrato così in vigore il primo gennaio del 2021, abrogando espressamente, a norma del suo ultimo articolo, le nove singole leggi (*danxingfa* 单行法) in materia di matrimonio, successioni *mortis causa*, principi generali del diritto civile, adozioni, garanzie, contratti, diritti reali, responsabilità da illecito civile, nonché la Parte generale del diritto civile (del 2017). Il volume *de quo* indaga alcuni temi contenuti nel libro I e II (rispettivamente, parte generale e diritti reali), nel libro III (contratti), nel libro IV (diritti della personalità) e nel libro V (matrimonio e famiglia) del codice civile cinese e si compone dunque secondo una struttura che fa eco alla sistematizzazione operata dal codice stesso, ma il lettore vi potrà cogliere altresì una struttura ad anello, circolare, che apre e chiude le analisi sui temi tecnici specifici incorniciandole nel flusso della storia e del dialogo tra sistemi giuridici e tra accademici dei due Paesi. La sistematica del volume è davvero ipotattica e multilivello: non solo giuridica, ma anche più ampiamente culturale, e la parte introduttiva su "Codice e sistema" correda la lettura delle restanti pagine con una chiave interpretativa dell'intero *corpus*, fungendo appunto da cornice, da bussola e da cerniera.

L'intero volume risulta di pregio. In particolare, a Stefano Porcelli riesce il compito niente affatto facile di tradurre - o, come si legge nel volume, di *transformare*, di "trasferire traducendo" - ben cinque contributi degli autori cinesi. La sua resa, esatta, scorrevole e godibile, rende onore alle analisi e alle intenzioni stesse delle collaborazioni svolte tra gli studiosi coinvolti (otto italiani e sei cinesi), e fornisce, a chi voglia coglierla, importante prova di quanto agli studi e al dialogo tra studiosi italiani e cinesi occorra l`apporto giuridico e linguistico insieme di talenti bifronti, poiché la via dei giuscomparatisti si può percorrere più efficacemente, quando non esclusivamente, padroneggiando anche in Italia, tra i nostri studiosi e

giuristi, i glossari ed i codici culturali e linguistici di appartenenza e di destinazione dei due contesti ed ordinamenti. Con rigore metodologico e perizia, simili talenti andrebbero incoraggiati, coltivati e premiati tra quanti in Italia studino il diritto cinese. Sarebbe da considerarsi *condicio sine qua non* la conoscenza da parte nostra non del solo diritto, ma della lingua cinese del diritto, affinché la scienza giuridica italiana sostenga se stessa nel suo ruolo migliore verso l`apprendimento e l`insegnamento comparato del diritto cinese, in una prospettiva dialettica e autenticamente dialogante. Se al dialogo e al confronto con il sistema giuridico romanistico occorre in Cina la conoscenza della lingua latina e della lingua italiana, al dialogo e al confronto con il sistema giuridico cinese occorre in Italia la conoscenza della lingua cinese moderna e antica.

Un esempio ancora giunge dal nostro volume: lo scritto di Fei Anling risulta l'unico a non aver necessitato di alcuna traduzione in lingua italiana. Impiegando la lingua italiana la studiosa cinese arriva a consegnarci rivelazioni sulle scelte sottese all'elaborazione del codice civile che riportiamo integralmente, poiché sono, come ella stessa afferma, «considerazioni apparentemente pragmatiche di tecnica legislativa, che non possono considerarsi semplicemente come tali» (p. 86):

> «alcuni studiosi hanno segnalato che nel corso dell`elaborazione del codice civile, nonostante fossero stati proposti molti pareri e suggerimenti in materia di teoria del diritto, di tecnica legislativa, di sistematica, questi siano stati trascurati dal legislatore, poiché non relativi alle questioni cruciali da affrontare nella nuova fase delle politiche di apertura e riforma; e che, invece, alcuni pareri ed opinioni su punti legati a questioni di natura politica o a temi caldi nel dibattito attuale, siano stati ritenuti utili a prescindere da quanto sugli stessi si fosse discusso, ad esempio, sotto il profilo della tecnica legislativa e della sistematica.
>
> L'elaborazione del codice civile è avvenuta senza un comitato in cui fosse prevalente il ruolo dei giuristi, la prevalenza è stata decisamente quella del legislatore, che ha istituito un gruppo ristretto di lavoro chiuso per l`elaborazione, la 'classe speciale', e il ruolo principale svolto dai giuristi è stato quello di essere invitati a partecipare alle 'conferenze', ai 'seminari', agli 'incontri di consultazione' in cui potevano offrire

> i loro pareri e suggerimenti al legislatore; tuttavia, la struttura sistematica del codice, così come i contenuti concreti delle norme sono stati elaborati dal legislatore. Si è infatti osservato che il modo in cui è stato organizzato il lavoro di elaborazione del codice mostri come quello cinese sia un codice ove l'intero percorso del lavoro di elaborazione sia stato guidato dall'organo legislativo.
>
> Alla luce di quanto visto, dunque, non sorprende che il Codice sia stato valutato come 'più che conservatore, non abbastanza innovativo' e che non rifletta tutti i risultati maturati nella scienza giuridica cinese degli ultimi 40 anni. […] Siamo sicuri che l'applicazione del Codice sarà poi resa perfetta dal lavoro di interpretazione scientifica, di cui si faranno carico i giuristi, e dall'interpretazione in ambito giudiziario che spetterà ai giudici» (pagg. 86-88).

Parrebbe dunque ipotizzabile con buona verosimiglianza che questa *enciclopedia del diritto privato* (*sifa shang de baikequanshu* 私法上的百科全书*)* - salutata in Cina anche come *enciclopedia del vivere in società: shehui shenghuo de baikequanshu* 社会生活的百科全书 - si presti ad essere qualificata come un codice accordato ed elargito, come un *corpus* di *droit octroyé*.

Wang Liming ravvisa nel codice civile cinese l'apertura di un nuovo capitolo nella storia del *civil law* cinese, un decisivo passo in avanti verso *la promozione dello Stato di diritto* (*tuijing yifazhiguo* 推进依法治国) in Cina. Per porci poi al riparo dalle diffuse espressioni messianiche di apertura di una Nuova Era in Cina, Shi Hong ribadisce che *le questioni sotto il cielo non sono difficili da legiferare, ma è difficile attuare il diritto* (p. 205). Come leggere allora questo codice e che valore attribuirgli? Con Paolo Grossi abbiamo appreso che ogni codice realizza a suo modo il "mito della modernità giuridica", ma ogni codice va valutato osservandolo nel tempo. Per quali che siano le differenze ontologiche dell`ordinamento politico-giuridico cinese, le sfide sistematico-concettuali racchiuse nel codice (con il suo quadro regolatorio maggiormente semplificato e razionale che in passato e l`impiego di concetti e termini giuridici altamente specialistici) dovranno superare lo stress di criticità del tempo, anche alla luce combinata della Costituzione cinese e dello Statuto del partito comunista (si legga, a tal proposito, quanto scrive Riccardo Cardilli a

p. 68), auspicandosi che il codice funga da *strumento di mediazione* nella tensione verso la pratica dei diritti, in una prospettiva non meramente pragmatica ma autenticamente umanistica del *fa* 法 (*ius*).

Si legge sempre in Fei Anling:

> «l'esortazione da parte degli studiosi è direttamente arrivata al Comitato centrale del Partito comunista cinese (CCPCC), il quale, nella decisione dell`ottobre del 2014, presa dalla quarta sessione plenaria del diciottesimo CCPCC, la 'Decisione del CCPCC su diverse grandi questioni riguardanti la promozione completa del governo sulla base del diritto' ha proposto di, 'con la Costituzione al centro, migliorare il sistema del diritto socialista con caratteristiche cinesi' e tra le misure da prendere a tal fine venne menzionata anche la 'elaborazione del Codice civile'» (pagg. 73 e 74).

2. Alcuni dei temi affrontati nel volume

Il volume - si è detto - ha impianto circolare, il cui filo conduttore sarà meglio evidenziato nella terza parte di questa recensione. Ha anche una struttura speculare rispetto allo stesso impianto codicistico, poiché ne affronta l'analisi di alcuni temi riferendosi con ordine prima alla parte generale (libro I c.c.) ed ai diritti reali (libro II c.c.), poi ai contratti (libro III c.c.), ai diritti della personalità (libro IV c.c.) ed al matrimonio e alla famiglia (libro V c.c.).

Il codice civile della Repubblica popolare cinese (*Zhonghua renmin gongheguo minfadian* 中华人民共和国民法典) è un testo breve, se confrontato ad esempio al codice civile italiano vigente contenente ben 2969 articoli, preceduti dalle Disposizioni sulla legge in generale (o preleggi) e racchiusi in sei libri (delle persone e della famiglia; delle successioni; della proprietà; delle obbligazioni; del lavoro; della tutela dei diritti). Il codice civile cinese consta di 1260 articoli (*tiao* 条） - e dunque è, per numero di articoli, equivalente a meno della metà del codice civile italiano del 1942 - e tali articoli sono suddivisi in sette libri (*bian* 编) a loro volta ordinati in titoli (*zhang* 章) e capi (*jie* 节). I sette libri sono dedicati rispettivamente a:

- libro I: disposizioni generali (artt. 1-204), in cinese *zongze* 总则;
- libro II: dei diritti reali (artt. 205-462), in cinese *wuquan* 物权;
- libro III: dei contratti (artt. 463-988), in cinese *hetong* 合同;
- libro IV: dei diritti della personalità (artt. 989-1039), in cinese *rengequan* 人格权;
- libro V: del matrimonio e della famiglia (artt. 1040-1118), in cinese *hunyin jiating* 婚姻家庭;
- libro VI: delle successioni (artt. 1119-1163), in cinese *jicheng* 继承;
- libro VII: della responsabilità da fatto illecito (artt. 1164-1258), in cinese *qinquan zeren* 侵权责任

Due disposizioni complementari (*fuze* 附则) chiudono il testo codicistico (artt. 1259 e 1260).

Pertanto il volume a cura di Saccoccio e Porcelli raccoglie approfondimenti e analisi di fini studiosi italiani e cinesi[1] che affrontano alcuni dei temi racchiusi nei primi cinque libri del codice, ma non negli ultimi due (su successioni *mortis causa* e responsabilità da fatto illecito). I temi di parte generale e diritti reali vengono svolti unicamente da autori cinesi (Jiang Ping e Sun Xianzhong), così come il tema dei diritti della personalità (analizzato da Wang Liming); una riflessione su matrimonio e famiglia è assegnata ad uno studioso italiano (Pietro Lo Iacono); i restanti temi, tratti dal libro sui contratti, sono frutto delle considerazioni di due studiosi cinesi (Shi Hong e Cui Jianyuan) e di due studiosi italiani (Aldo Petrucci e Antonio Saccoccio). Gli apporti di ambedue le culture giuridiche - italiana e cinese - e dunque le prospettive attraverso *le lenti del giurista* di entrambe le nazionalità sono misurati con equilibrio, le presenze sono ben assortite da ambo i lati del mappamondo giuridico e convergono per essere aperte le une alle altre, secondo l'indole tipica dei comparatisti, che pongono il proprio e l'altrui universo concettuale e

[1] Una peculiarità degna di nota è che tali studiosi cinesi risultano quasi tutti essere o essere stati impegnati anche in ruoli di prestigio politico: consulente presso l'ufficio studi della Corte Suprema del Popolo (Fei Anling), già membri dell'Assemblea Nazionale del Popolo (Wang Liming e Jiang Ping), membro dell'Assemblea Nazionale del Popolo (Sun Xianzhong), vicepresidente della sezione di diritto civile della Commissione affari legislativi dell'Assemblea Nazionale del Popolo (Shi Hong).

apparato dogmatico-formale su un piano di parità e di rispettoso confronto. Una simile rosa di presenze è molto stimolante, segnala la modalità di collaborazione e coinvolgimento che auspichiamo per gli studi sinologici in ambito giuridico. Gli studi romanistici hanno da lungo tempo il merito di aver allacciato molte importanti relazioni accademiche di respiro internazionale (e, a tal proposito, l'appendice al volume - scritta da Pierangelo Catalano - ripercorre alcune tappe, tra seminari e convegni in territorio italiano, perlopiù romano, e cinese, che hanno corroborato negli anni tali legami di studio e di comprensione reciproca).

Elementi e spunti per lo studio accurato del diritto cinese nell'alveo del diritto romano sono numerosi e vari e molti sono i richiami al codice civile cinese ed a suoi singoli articoli. Si consiglia dunque di procedere a questa lettura - che si presta poco in verità ad un approccio generalista e unicamente divulgativo, ma molto più ad un esame dettagliato appannaggio di soli giuristi - dopo essersi dotati anche del testo del codice civile cinese, in lingua italiana e in lingua cinese. Il codice civile potrà infatti fungere da necessaria legenda per la comprensione dei saggi contenuti nel ricco volume. Questa certamente ci pare un'indicazione di metodo necessaria, benché il volume non intenda invitare ad una sterile lettura del dato positivo del codice, ma al dialogo tra le culture giuridiche per accedere alla conoscenza della portata effettiva delle norme codicistiche.

I saggi sui singoli temi specifici sono densi per contenuti e per mole di note e di richiami bibliografici. Il volume va metabolizzato lentamente, indagato, poggiato su solide conoscenze pregresse di diritto romano e civile, con l'avvertimento pure che il discorso giuridico cinese resta coerente alle specifiche esigenze cinesi, ed esse sono, fuor di metafora, le esigenze di sviluppo della tradizione e dell'autoavveramento della fisionomia dogmatica del diritto di marca socialista. Principali sviluppi e innovazioni del codice civile cinese vanno letti anche in filigrana, scostando il velo di una certa retorica.

Si intende ora porre in risalto, in pillole, alcuni dei temi affrontati dagli studiosi all'interno di questo volume, in saggi singoli tutti molto minuziosi: l'ampiezza dei contenuti e delle analisi è tale da non potersene svolgere in tale sede una rivisitazione piena, sicché si invitano studiosi e curiosi lettori ad affrontare il testo in ogni suo saggio. Qui se ne indicano solo alcuni dei nodi discussi e approfonditi.

Innanzitutto si indaga il regime della proprietà collettiva e cosa si intenda per titolarità del diritto di proprietà in Cina - all'interno del

dibattito tra teoria unitaria propugnata da Liang Huixing e teoria tripartita sostenuta da Wang Liming -, per impresa collettiva, per "altre persone giuridiche con natura di impresa" (art. 76 c.c.), per suolo collettivo.

Si evidenzia come innovativo il principio dell'eguale protezione dei diritti patrimoniali (artt. 113 e 207 c.c.) e si rimarcano le innovazioni, anzi l'opera di revisione completa, apportate ai diritti reali, anche in osservanza del neo-introdotto principio verde (artt. 326 e 346 c.c.).

Non potendosi non notare che non è stato elaborato un apposito libro sulle obbligazioni, si segnala che le norme sull'obbligazione in generale e sui quasi contratti (in cinese *zhun hetong* 准合同) sono state fatte confluire in larga parte nel libro intitolato ai contratti.

Interessante risulta l'analisi della centralità del principio dell'autonomia contrattuale nella logica codicistica ed il rafforzamento del principio di buona fede quale moderno rafforzamento dell'etica di impresa: se le parti riescono ad essere oneste e affidabili, il contratto può essere rigorosamente adempiuto; altrimenti, non importa che lo stesso si sia perfezionato correttamente; è comunque impossibile rispettarlo. Si intende spiegare che in Cina una *società del contratto* non si è ancora compiutamente e consapevolmente formata, ed il codice intende svolgere una funzione programmatica e didascalica per migliorare *lo spirito del contratto*, costruire una società affidabile che avverta la fondamentale importanza della promessa e dell'affidabilità.

Tra gli obiettivi del millennio si pone inoltre la protezione dell'ambiente e la costruzione di una civiltà ecologica. Tra i principi fondamentali del codice è infatti posto il principio verde (art. 9 c.c.), disposizione di indirizzo che intende favorire la conservazione delle risorse e la protezione dell'ambiente. Esso viene declinato in altri articoli del codice che dispongono in merito all'obbligo di riciclo (artt. 558 e 625 c.c.) e al dovere di non danneggiare gli ecosistemi esistente in capo alle parti contrattuali (art. 509 c.c.), prevendendo profili di responsabilità contrattuale a carico della parte inadempiente.

Si segnala l'aggiunta di alcune regole speciali sui contratti elettronici, a seguito dei rapidi cambiamenti (in Cina più che altrove) delle forme tradizionali di conclusione e adempimento del contratto. Il codice dispone alcune norme sulla forma, la conclusione e

l'adempimento dei contratti elettronici (rispettivamente agli artt. 469, 491 e 512 c.c.).

Attenzione è posta sul mutuo usurario e sul problema degli interessi usurari e l'enfasi va sulla promozione della sicurezza per incoraggiare le transazioni commerciali.

Nel dettaglio si spiegano le limitazioni alla nullità e all'inefficacia del contratto ed i chiarimenti in ordine all'efficacia del contratto in caso di mancato adempimento delle procedure di approvazione; il miglioramento della normativa in merito alle garanzie per i creditori, attraverso il perfezionamento del regime di conservazione dei crediti derivanti da contratto; il miglioramento all'istituto del contratto, in particolare del contratto in favore del terzo (art. 522 c.c.), del regime delle "sopravvenienze" ossia del mutamento delle circostanze, introdotto a seguito di Interpretazioni della Corte Suprema del Popolo (art. 533 c.c.); il miglioramento del regime della cessione dei crediti; il miglioramento del regime di risoluzione del contratto (artt. 564, 565 e 566 c.c.).

Si traccia l'emersione progressiva di un maggiore *favor* verso l'autonomia contrattuale, intesa più pienamente come autonomia e posizione paritaria dei contraenti che attribuiscono carattere vincolante al contratto, emancipandolo dai molti paletti del passato recente (regolamenti amministrativi, morale sociale, ordine economico-sociale, pubblico interesse, poteri dello Stato di pianificazione e di fissazione dei prezzi, …). L'analisi del percorso storico di sviluppo del principio di libertà contrattuale viene percorsa ponendo a confronto il caso cinese ed il caso europeo, alla luce del diritto romano (la definizione di *conventio* di Ulpiano, ad esempio, come "incontro delle volontà delle parti"; i contratti innominati *do ut des* e *do ut facias*; il requisito della sussistenza della causa, il *si tamen subsit causa*; i nudi patti, sempre in Ulpiano, come *duorum pluriumve in idem placitum consensus animo contrahendae obligationis*;…) e delle tradizioni giuridiche precedenti le codificazioni fino a giungere alla nascita delle codificazioni europee sovranazionali.

Molto utile l'analisi delle norme relative alle clausole standard, finalmente contenute nel codice civile cinese: dopo una lunga assenza di normativa si è cosi giunti ad una loro regolamentazione completa.

Viene svolto un apprezzamento verso la resistenza della realità del mutuo nel codice civile cinese, in contrasto con più recenti progetti di unificazione del diritto dei contratti in sede europea (Principi Unidroit del 1994, Principles of European Contract Law,

Code Européen des Contrats del 2012) nei quali il modello dominante di mutuo appare quello consensuale.

Si fa breve riferimento al "progetto di Codice verde" di Xu Guodong e non se ne riesce purtroppo a desumerne molto, occorrerebbero maggiori contenuti a tal proposito.

Viene illustrato il libro ad hoc (libro IV) per la tutela dei diritti della personalità, ove sono regolati sistematicamente dieci tipologie di diritti e interessi della personalità (artt. 110 e 990 c.c.), e si spiega come si intenda operare nella formulazione codicistica un bilanciamento tra l'apertura verso questi diritti (e la corrispondente tutela) e la statuizione normativa, sicché le regole sono dettagliate e riguardano la previsione di oggetto e contenuti di tali diritti, la loro limitazione per legge, le azioni esperibili e le modalità di tutela *ex lege* e la previsione di necessari doveri correlati al loro esercizio. Non si intende evidentemente sconfinare tra i vari tipi di diritti della personalità previsti e dar luogo ad una eccessiva generalizzazione di tale categoria di diritti per prevenirne possibili abusi, ma incentivare la coltivazione della consapevolezza di questi diritti e dello spirito di governo sulla base del diritto. L'art. 990 c.c. opera poi un'apertura della categoria dei diritti della personalità. Nel bilanciamento tra promozione e tutela dei diritti della personalità ed altri valori, però, ad esempio nel bilanciare la libertà di stampa ed il diritto di cronaca con il potere di supervisione pubblica, oppure nell'ambito del diritto alla riservatezza delle informazioni personali in rapporto dialettico con il loro trattamento, per un sano sviluppo di internet e dei big data, si colgono discrepanze e incertezze tra un modello cinese che si evolve in funzione della politica ed un modello che vorrebbe raccogliere le suggestioni di uno *ius hominum causa constitutum*. Si avverte una sensazione di precarietà legata al tema dei diritti della personalità, che non vengono affermati quali innati e pre-esistenti alla loro configurazione normativa civilistica ma posti dal codice e riconosciuti dal diritto, *riconosciuti dallo Stato* (p. 123), concessi.

Si coglie una *sinfonia* (questo il termine adoperato nella titolatura del saggio) tra Chiesa cattolica e Repubblica popolare cinese a proposito dell'eterosessualità del matrimonio. Si rivendica la differenza ontologica dell'istituto matrimoniale, quale *maris et feminae coniunctio*, contrariamente alle unioni omosessuali o *samesex*. Tale differenza - ontologicamente data, appunto, per diritto naturale - varrebbe, similmente, tanto nel diritto civile cinese (sia nella sua tradizione legislativa pregressa, sia nel codice civile vigente) quanto

nel diritto canonico. Senza tacere l'importanza che assume la promozione delle virtù familiari all'interno della *cultura della famiglia* (*jiating wenhua* 家庭文化): si pensi al *jia guo tian xia* 家国天下, formula tratta dai classici confuciani, indicante lo stretto parallelismo tra corretta conduzione della famiglia e buon governo della nazione. Il codice civile cinese, pur senza contenere una definizione sotto il profilo strutturale e finalistico dell'istituto del matrimonio, presuppone che il rapporto di coniugio possa intercorrere solo tra individui di sesso diverso. Oltre a tale concezione del matrimonio quale vincolo riservato esclusivamente alla coppia eterosessuale - il *bonum coniugium* del diritto ecclesiastico -, le convergenze tra ordinamento civilistico cinese e ordinamento canonico si rinvengono anche nella considerazione riservata alla procreazione (e doveroso rimane il riferimento al controllo delle nascite attraverso la pianificazione familiare, che si legge tra le pagine del volume) e alla educazione della prole ai valori sociali e culturali tipici della collettività nazionale, similmente alla *educatio physica* e alla *educatio moralis* prescritta dal diritto ecclesiastico.

3. Molte vie nel solco di una linea storica: la funzione del *ius Romanum* e il ruolo dei giuristi *per la giustizia attraverso il diritto*

«Ho scelto il riferimento alle "vie" perché Roma era stata fondata tracciando un solco lungo il quale vennero costruite della mura; il solco e le mura non potevano essere scavalcati, ma il solco veniva interrotto dove venivano aperte delle porte; dalle porte iniziavano delle vie che collegavano i romani con il territorio, con altri uomini e con altri popoli e lungo le quali giungevano altri uomini e popoli con tutti i quali Roma aveva "molti diritti comuni" e nei confronti dei quali era aperta anche alla accoglienza come uguali. Ho scelto questo riferimento anche perché i fili sottili della seta erano giunti a Roma dalla Cina nel I sec. a.C., ed erano stati molto apprezzati; hanno poi guidato lungo la loro via una delegazione romana che nel 284-85 d.C. recò doni all'imperatore Wu. Le vie della seta si erano incontrate con le vie romane e da allora tanti furono i fili di una relazione diretta che vennero raccolti: quello della "*iustitia*/giustizia" dell'Imperatore di cui il Gran Khan chiese

> notizie a Marco Polo; quello dell'"amicizia", secondo il titolo del primo libro in cinese del gesuita Matteo Ricci, che a Roma aveva anche iniziato studi di diritto romano, e l'"amicizia" era, per Roma, anche quella con altri popoli che, appunto, diventavano "amici"».

Così Sandro Schipani, in un'intervista per la Rivista Marittima del gennaio 2021, già tracciava il *fil rouge* dal quale il lettore del nostro volume si sente condotto. Insieme al saggio di Sandro Schipani, anche gli scritti di Riccardo Cardilli (già noto a chi scrive per il diverso volume *Introduzione al diritto cinese* curato insieme a Stefano Porcelli), Fei Anling, Marina Timoteo (di cui oggi, alla triste scomparsa di Paolo Grossi, vogliamo ricordare anche il libro *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*), Stefano Porcelli contribuiscono a formare un nucleo o una legenda per la comprensione e la collocazione dell'intera opera collettanea all'interno di un progredire fluido di elementi storici che dall'antichità conducono alla contemporaneità del codice, proiettando le loro e le nostre considerazioni verso il futuro, cui affidare pronostici, desideri e auspici sugli sviluppi del dialogo giuscomparatistico eurasiatico.

Il codice civile cinese si compone, come detto, di 7 libri, e sette erano i libri dei Digesta giustinianei, principale fonte di cognizione del diritto romano. La scelta stessa della forma e dello strumento del codice si inscrive nella tradizione del diritto codificato di stampo romanistico. Inoltre, la ricezione della terminologia e delle tassonomie giuridiche di derivazione romanistica in Cina è avvenuta alla luce di riletture socialiste delle fonti e di innesti e trapianti operati in modo ibrido, in combinazione con caratteristiche e tradizioni della cultura giuridica cinese. Noti, del resto, sono i complessi rapporti del diritto romano con i diritti socialisti.

Vorremmo a tal punto operare una considerazione conclusiva lungo la rotta delle analogie e delle differenze tra cultura giuridica romana e cultura giuridica cinese, sottolineando quanto le vie del loro dialogo si siano divaricate, abbiano poi coesistito e si prestino ora ancora a distinguersi, pur potendovisi rinvenire *multa iura communia* (Cic., de Off. 3, 108) e sentimenti comuni di *iustitia* e *amicitia*.

Fei Anling e Sandro Schipani fanno, ciascuno autonomamente, riferimento alla figura del *legislatore* e al ruolo dei *giuristi*. Sembrano termini identici e invece non coincidono specularmente nei due sistemi, come peraltro anche si comprende leggendo attentamente il

saggio di Fei Anling nei passi su riportati. Il legislatore cinese è organo politico meno vicino ad una corrispondenza con i con-cittadini legislatori di cui invece scrive Sandro Schipani. Così come la formazione del giurista in Cina, prima dell'incontro - avvenuto in termini nuovi nell'Ottocento e poi lungo il secolo scorso con vicende alterne - con il diritto romano e con la *Western legal tradition*, è stata preminentemente letteraria e lo stesso mestiere del giurista - in special modo dell'avvocato, giacché il giudice era un magistrato-letterato che godeva di stima - è stato a lungo oggetto di biasimo e discredito, in posizione antitetica rispetto all'aura di prestigio e autorevolezza che ammantava invece gli appartenenti all'*ordo* degli *iuris periti* romani, casta di eruditi e specialisti del diritto.

E ora dipaniamo il *fil rouge*. Il diritto della *respublica romana* ed il *zhengfa* 政法 (connubio di politica e diritto) della Repubblica popolare cinese ci offrono due modelli che tentano di relazionarsi reciprocamente e mutualisticamente, ma conservano le proprie identità. Forse convergono verso un tipo di diritto in cui *una moltitudine associata dal consenso del diritto non usi male del suo* (p. 13) ed il dialogo con il sistema giuridico romanistico potrà venire in soccorso nella riflessione comune sul modo in cui le norme del codice civile cinese verranno interpretate a applicate in concreto. La convergenza tra le due culture giuridiche ed i rispettivi ordinamenti potrà avverarsi sulla base di una premessa condivisa tanto nella sensibilità romana (e con essa nella cultura giuridica europea) quanto in quella confuciana: la massima celsiana *ius est ars boni et aequi* e la laconica formula - racchiusa nel canone confuciano "La costante pratica del giusto mezzo" (*zhong yong* 中庸) - secondo la quale "ciò che non desideri per te stesso non farlo agli altri" (施诸已而不愿，亦勿施于人).

Dove si disallineano tali sensibilità, tale disallineamento risulta inficiare l'analisi *stricto iure* del codice civile cinese e risulta comprometterne la solidità, restituendoci il significato ultimo di precarietà del diritto, espresso nella metafora cinese della *barchetta che traina la nave* richiamata nel volume in riferimento all'operazione normativa che il codice esprime. Il codice, che opera *ipsa re* una organica sistematizzazione e cristallizzazione di norme contenute in leggi precedenti ivi confluite, contiene un *imprimatur* politico (art. 1 c.c.) molto somigliante a quello contenuto nella Carta costituzionale cinese. Vi si legge da subito infatti: «*Art. 1 c.c.* - Il presente codice è emanato, in conformità alla Costituzione, allo scopo di soddisfare le esigenze di sviluppo del socialismo con caratteristiche cinesi e

sviluppare i valori fondamentali del socialismo (为了适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观，根据宪法，制定本法)».

In questa fase storica, cioè, l'avvento e la narrazione del codice civile cinese appaiono segnati da tratti di forte nazionalismo, nel collegamento compiuto peraltro tra la rivendicazione di una piena indipendenza di tale prodotto normativo dai modelli giuridici stranieri ed il proclama nuovo di un diritto cinese originale che si affaccia verso il mondo (che va verso il mondo o *goes global*, *zou xiang shije* 走向世界). Ad un'evoluzione giuridica globale che ponga ad idealtipo il diritto cinese, tuttavia, occorra che si frapponga un'osservazione attenta e orientata con *bussola e compasso* (termini adottati da Luigi Moccia, in una sua recente *lectio* a Roma Tre).

Giustiniano sostenne *il primato del diritto sulle armi* e credette che il diritto codificato avrebbe aperto prospettive per tutti gli uomini, migliorando il proprio servizio alla giustizia, spinto dal suo stesso scopo di essere *ius* scritto e certo, al contempo stabilizzato e in cammino: *un diritto aperto verso tutti i popoli e verso un tempo indefinito.* Il corale lavorio dei giuristi romani ha superato i limiti nazionali(stici): il *civis romanus* sentiva la sua condizione di con-cittadino, di *civis meus* dell'Urbe, compartecipando tale *status* e includendo sapientemente pluralità di formazioni sociali nella *civitas* (quale con-cittadinanza) romana, seminando la consapevolezza nei diritti, formando legislatori-concittadini, con un accrescimento di zone di influenza del suo messaggio umanistico: maggiore eguaglianza tra gli uomini, maggiore attenzione ai diritti. Il ruolo dei giuristi romani era di andare *per la giustizia attraverso il diritto*, perseguendo quanto fosse a tale scopo *melius et aequius*.

Tale abito mentale conduce le vie dei diritti a codici che si prefiggano di convergere nel *diritto comune per il XXI secolo* secondo la prospettiva umanistica professata da Terenzio: *Homo sum: nihil humani a me alienum puto* (Ter., Heautontimorumenos, I, 1, 25). Sarà questa la parabola del diritto cinese nel solco del diritto romano?

***

Noemi Mazzaracchio – Dottoranda di ricerca dell'Università di Nanchino (南京大学法学院博士生), cultrice della materia *The Chinese Legal System* dell'Università degli Studi Roma Tre e dell'Università di Macerata (noemi.mazzaracchio@uniroma3.it)

REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA "RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI"

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle "Norme editoriali".
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.

LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaustivamente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Valutatori: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.