

# **Ius Constitutionale Europaeum**

*Direttori scientifici*

Marilisa D'Amico  
Antonio Pérez Miras  
Edoardo C. Raffiotta  
Germán M. Teruel Lozano

*Comitato scientifico*

Francisco Balaguer Callejón, Francesca Biondi  
Gregorio Cámara Villar, Ana Carmona Contreras  
Antonio D'Aloia, Luis María Díez-Picazo Giménez  
Genevra Cerrina Feroni, Tommaso Edoardo Frosini  
Felice Giuffrè, Yolanda Gómez Sánchez, Pablo Lucas Murillo de la Cueva  
José Antonio Montilla Martos, Andrea Morrone  
Ida Nicotra, Vasco Pereira Da Silva  
Barbara Randazzo, Giulio Vigevani, Lorenza Violini

*Comitato editoriale*

Augusto Aguilar Calahorra  
Massimiliano Baroni  
Benedetta Liberali  
Costanza Nardocci  
Fernando Pérez Domínguez  
Paolo Provenzano  
Silvia Romboli

*Comitato di valutazione*

Miguel Azpitarte Sánchez  
Claudio Di Maio  
Adoración Galera Victoria  
Enrique Guillén López  
Maria Pia Iadicicco  
Giuseppe Laneve  
Baldomero Oliver León  
Irene Pellizzone  
Mayte Salvador Crespo  
Juan Francisco Sánchez Barrilao  
Silvia Sassi  
Víctor Vázquez Alonso

# EUROPA SOCIETÀ APERTA

VOLUME II  
DIRITTI, CORTI E PANDEMIA

a cura di

Marilisa D'Amico, Benedetta Liberali, Antonio Pérez Miras  
Edoardo C. Raffiotta, Silvia Romboli  
Germán M. Teruel Lozano

EDITORIALE SCIENTIFICA

The Constitutional Bases of Europe: “Towards the Citizens of Europe” EUCONS  
(621157-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO-PROJECT)

eucons

With the support of the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union



Il sostegno della Commissione europea alla produzione di questa pubblicazione non costituisce un’approvazione del contenuto, che riflette esclusivamente il punto di vista degli autori, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per l’uso che può essere fatto delle informazioni ivi contenute.

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica s.r.l.

via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli

[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) [info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)

ISBN 979-12-5976-328-0

## INDICE

### SEZIONE QUARTA L'EUROPA E LA TUTELA DEI DIRITTI

<i>L'Europa dei diritti. Qualche riflessione a vent'anni dalla Carta di Nizza</i> Marilisa D'Amico	657
<i>I diritti statutari delle Comunità Autonome nel contesto della tutela multilivello</i> Antonio Pérez Miras	673
<i>Panoramica sui sistemi elettorali europei dalla prospettiva dello Stato di diritto</i> Adoración Galera Victoria	689
<i>Matrimonio y parejas del mismo sexo ante los Tribunales supranacionales del entorno europeo: el largo camino hacia la afirmación del principio de igualdad en el análisis de tres etapas fundamentales</i> Silvia Romboli	713
<i>L'azione europea in materia di disabilità: la tutela antidiscriminatoria della Corte di giustizia e i suoi effetti indiretti e secondari</i> Fernando Pérez Domínguez	737
<i>La dimensione sociale dell'Unione Europea. Il diritto ad un'esistenza dignitosa nelle politiche di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale</i> Caterina Drigo	775
<i>Come riparare il danno provocato tramite la reclusione provvisoria di colui che è stato successivamente assolto? Note alla sentenza del tribunale costituzionale 85/2019, del 19 giugno 2019</i> Enrique Guillén López	825

<i>La costruzione della cittadinanza europea attraverso il programma erasmus: una questione di sostenibilità</i>	845
Giacomo Palombino	
<i>Taking solidarity seriously: il principio di solidarietà e di reciproca responsabilità come nuovo paradigma costituzionale per la riforma del regolamento di Dublino</i>	871
Francesca Polacchini	
<i>El derecho de acceso a la información pública en cuestiones ambientales. La influencia del convenio de Aarhus en el derecho europeo</i>	891
Belén Burgos Garrido	
<i>¿Es el Estado Laicista una “religión civil”? Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre los símbolos religiosos en los espacios públicos y sus efectos sobre la libertad de creencia</i>	937
Lucas Oliveira Vianna – Matheus Thiago Carvalho Mendonça	
<i>Europa hacia la abolición del anonimato en la reproducción humana asistida</i>	949
Esther Alba Ferré	
<i>La trascrizione degli atti di nascita e il divieto di maternità surrogata: un’indagine comparata in tema di diritti fondamentali</i>	965
Marta Giacomini	
<i>Il linguaggio dell’odio antisemita e negazionista tra Italia e Germania: uno sguardo alle “radici” dell’Unione Europea</i>	987
Nannerel Fiano	
<i>Il difficile bilanciamento tra libertà di informazione professionale e tutela della reputazione della persona. L’applicazione della pena detentiva nei confronti dei giornalisti</i>	1009
Andrea Napolitano	
<i>Rappresentanza e mobilità degli elettori: le nuove sfide per il diritto di voto nella società in movimento</i>	1031
Simone Pitto	

**SEZIONE QUINTA**  
**L'EUROPA E IL DIALOGO TRA LE CORTI**

- La taxonomía iuscomparatista en la era global: clasificaciones contemporáneas de los sistemas jurídicos* 1055  
Natalia Del Barrio
- Dialogo orizzontale e verticale tra le Corti: un nuovo ruolo per il rinvio pregiudiziale?* 1069  
Valentina Capuozzo
- Il protocollo 16 alla Cedu: il dialogo tra le corti ed i rapporti tra Corte di Strasburgo e Corte di giustizia dell'Unione europea* 1091  
Antonella Galletti
- La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali: ordine delle questioni, disordine delle idee* 1105  
Serenella Migliorino
- Le sorti incerte della non ancora ben definita "regola" pretoria del Giudice delle Leggi in tema di doppia pregiudizialità* 1127  
Paolo Gambatesa
- Conflicto de leyes, integración supranacional y democracia mayoritaria: los Tribunales Constitucionales en la encrucijada* 1143  
Francisco Ortega Candela

**SEZIONE SESTA**  
**L'EUROPA AI TEMPI DEL COVID-19**

- La persona e il cittadino nello spazio comune europeo del dopo pandemia* 1161  
Ida Angela Nicotra
- I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti* 1167  
Edoardo C. Raffiotta

<i>Libertà di circolazione e pandemia: servirà un passaporto-COVID per attraversare i confini dell'Unione europea?</i>	1195
Tanja Cerruti	
<i>Circolare in tempo di Coronavirus. L'Italia, la Spagna e la prospettiva europea</i>	1224
Diego Baldoni - Samuele Gherardi	
<i>Desinformación en tiempos de COVID: una enfermedad para Europa</i>	1243
Eloísa Pérez Conchillo	
<i>El acceso de los extranjeros al trabajo en España, a la luz del derecho constitucional español y el derecho de la Unión europea en el contexto de la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19</i>	1271
Ana Tomás López	
<i>Le declinazioni della coesione sociale e della responsabilità intergenerazionale nell'ambito del Next Generation EU e degli strumenti nazionali di rilancio. Considerazioni comparatistiche sull'esperienza italiana, spagnola e francese all'interno del contesto europeo</i>	1293
Claudia Marchese	
<i>Intorno al crisis management europeo: riflessioni costituzionali sul futuro dell'Unione a partire della tutela dei diritti sociali</i>	1317
Luca Dell'Atti	
<i>La necessità di un ecosistema "trustworthy" nella lotta europea al covid-19 mediante strumenti di contact tracing</i>	1333
Daniela Messina	
<i>La educación digital: del escepticismo a su efectiva implementación en el contexto español de pandemia</i>	1357
Tamara Álvarez Robles	
<i>App di tracciamento digitale e modelli di gestione del Covid-19: esperienze giuridiche a confronto</i>	1381
Livia Saporito	
<i>Notizie sugli autori</i>	1405



**SEZIONE QUARTA**

**L'EUROPA E LA TUTELA DEI DIRITTI**



L'EUROPA DEI DIRITTI.  
QUALCHE RIFLESSIONE A VENT'ANNI DALLA CARTA DI NIZZA\*

MARILISA D'AMICO

SOMMARIO: 1. La crisi dell'Europa e la tenuta dei diritti. – 2. Il complesso spazio giudiziario europeo: una pluralità di Carte, una pluralità di Giudici. – 3. La Carta di Nizza nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia. – 4. La Carta di Nizza nel dialogo tra Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'Uomo. – 5. Una conclusione: la Carta di Nizza come nuovo punto di partenza.

### 1. La crisi dell'Europa e la tenuta dei diritti

Mai come negli ultimi anni, l'idea stessa di Europa è stata percepita come profondamente in crisi<sup>1</sup>.

I sintomi sono ormai evidenti, e alimentano a loro volta nuovi fronti di sfiducia nelle Istituzioni europee. Si pensi, da ultimo, al recesso dall'Ue del Regno Unito in esito alla consultazione referendaria svoltasi nel 2016. Uno strappo le cui concrete conseguenze sono ancora tutte da verificare, sia sul piano economico sia sul piano istituzionale.

Si pensi, ancora, all'incapacità dell'Unione Europea di fare fronte, con azioni davvero comuni, a drammi epocali, come quello dei migranti<sup>2</sup>. Un'inerzia che mette in discussione lo stesso principio che ha spinto i popoli europei a unirsi, ovvero l'aspirazione a garantire la dignità delle persone.

Ma come non rievocare, in questo quadro, le politiche di *austerity* che negli ultimi tempi hanno ulteriormente affaticato – di certo non supportato – i sistemi di *welfare* nazionali, e che rallentano la costruzione di un volto davvero sociale dell'Europa<sup>3</sup>.

\* Il contributo è destinato alla pubblicazione anche nella raccolta degli atti del convegno svoltosi l'11 dicembre 2020 *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> Sulla trama complessa che fa da sfondo all'Europa si v. le illuminanti considerazioni di P. GROSSI (2007, 3 ss.); e, anche, A. PADOA SCHIOPPA (2002, 61 e ss.).

<sup>2</sup> Da ultimo, su questi temi C. SICCARDI (2021, 44 ss.).

<sup>3</sup> Rappresenta in questa prospettiva una scommessa per il futuro il Pilastro europeo dei diritti sociali proclamato nel 2017 e che ora ha preso avvio con il Piano d'azione approvato nel

Tutto questo mette in mostra il lato fragile dell'Unione europea, e la distanza, non ancora pienamente colmata, delle sue Istituzioni rispetto ai suoi cittadini.

L'emergenza sanitaria che ha travolto l'intera umanità fin dai primi mesi del 2020 ha trovato dunque sulla sua strada un'Europa già in affanno. È tuttavia evidente a tutti che tanto la crisi sanitaria quanto la crisi economica innescata dall'impatto delle misure di contenimento sul sistema produttivo potranno essere utilmente contrastate solo mediante soluzioni condivise. Il Next Generation EU mira d'altra parte a guidare le politiche dei singoli Stati membri ripartendo dai settori cruciali, quali ambiente, innovazione tecnologica e diritti, su cui si va (e si andrà) definendo l'identità stessa dell'Europa.

Di fronte a queste “nuove” sfide, “vecchi” dilemmi restano, e per un costituzionalista si prospetta il peso di una responsabilità maggiore: non essere riusciti a far capire fino in fondo l'importanza di giungere non solo alla scrittura di una *Costituzione europea*, ma soprattutto alla sua condivisione e dunque alla sua adozione da parte dei popoli dell'Unione<sup>4</sup>. È un processo che, come si è già avuto modo di sottolineare, non doveva infatti compiersi a partire da decisioni calate dall'alto, ma doveva probabilmente essere promosso prima di tutto nella società (M. D'AMICO, 2009, 70-71).

Così, il periodo successivo all'unificazione monetaria, pur avendo gradualmente condotto all'adozione di una Carta di diritti – snodo cruciale nel percorso di integrazione europea e sul quale ci si soffermerà in questo scritto – è stato contrassegnato dal fallimento del tentativo di portare a termine tale processo, mediante l'introduzione di un vero e proprio Trattato costituzionale, fallimento dovuto ai risultati dei referendum svoltisi in Francia e in Olanda.

La successiva adozione del Trattato di Lisbona, nonostante l'ampia convergenza su alcuni aspetti assai rilevanti, non ha “guarito” quella frattura creata fra la realizzazione dell'unione monetaria, da un lato, e l'incapacità di una trasformazione istituzionale adeguata, dall'altro<sup>5</sup>.

marzo 2021 dalla Commissione (Com(2021) 102 final). Su tale documento e sullo stato di attuazione delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dedicate ai diritti sociali, S. LEONE, *I diritti sociali nel sistema della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*, nel volume di raccolta degli atti del convegno svoltosi l'11 dicembre 2020 *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*.

<sup>4</sup> Per una analisi delle esigenze di una Costituzione europea, per tutti J.H.H. WEILER (1995, 219-258). In argomento anche, A. PIZZORUSSO (2002), M. CARTABIA (2005, a, 582 ss.), EAD. (2005, b).

<sup>5</sup> Si vedano P. BILANCIA P., M. D'AMICO (a cura di) (2009), e i saggi ivi contenuti, in particolare, J. ZILLER (27 ss.).

Oggi non va persa l'occasione di colmare almeno in parte queste lacune. Il percorso di ricostruzione per uscire dalla crisi pandemica andrà condotto pertanto con un cambio di passo. Ma soprattutto, per arrivare subito al tema oggetto delle riflessioni qui proposte, andrà condotto senza cedimenti sul terreno dei diritti. Come si è già avuto modo di constatare con specifico riferimento alla situazione italiana, infatti, nella disciplina delle misure adottate durante la fase più acuta dell'emergenza le istituzioni non hanno tenuto sufficientemente conto della differente condizione in cui versavano alcune persone, soprattutto quelle già affaticate da situazioni di fragilità o già esposte a discriminazioni (M. D'AMICO (2020, 16 ss.). L'impatto della pandemia e delle azioni di contrasto alla circolazione del virus sono state, nei loro confronti, maggiormente invasive, e si teme altrettanto possa essere per le ripercussioni di carattere economico che inevitabilmente questa emergenza sanitaria porta con sé.

È stato condivisibilmente affermato, allora, che per evitare di andare incontro ad un regresso culturale e di tenuta stessa dei principi cardine della nostra Costituzione l'unico modo per rialzarsi da questo dramma è «risco- prendo le ragioni della solidarietà» (G. AZZARITI, 2020). Lo stesso può dirsi guardando all'Europa. È attraverso una rivitalizzazione del principio solidaristico e una rafforzata protezione dei diritti – che nello spazio giudiziario europeo hanno trovato e possono trovare compiuto riconoscimento – che si potranno affrontare questi anni complessi senza il rischio di ulteriori destabilizzazioni delle istituzioni europee.

Una riflessione sulle origini, sul percorso e sul futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è pertanto oggi più che mai importante. Nella Comunicazione resa dalla Commissione sulla Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (COM(2020) 711 final) si sottolinea del resto, come la tutela dei diritti proclamati dalla Carta, nonostante l'importante applicazione ricevuta dalla stessa sia sul piano normativo sia sul piano giudiziario, non possa essere data per scontata. E tra gli esempi di nuove sfide che possono incrinare le certezze conquistate nel corso di questi due decenni è stata annoverata proprio la crisi pandemica, che «ha comportato restrizioni a un'ampia gamma di diritti e libertà fondamentali ampliando le disuguaglianze»<sup>6</sup>. Da qui l'esigenza di un

<sup>6</sup> Già la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla COVID-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali (2020/2790(RSP) aveva evidenziato come alcuni gruppi sociali siano stati colpiti più duramente e come discriminazioni e disuguaglianze si siano acuite durante la pandemia.

«rinnovato impegno per garantire che le istituzioni dell'UE e gli Stati membri applichino la Carta al massimo delle sue potenzialità».

## 2. Il complesso spazio giudiziario europeo: una pluralità di Carte, una pluralità di Giudici

Non può essere messo in discussione come le più importanti questioni che toccano i diritti fondamentali siano ormai destinate a varcare i confini nazionali e a collocarsi in uno spazio di valutazione più complessa, che chiama in causa una pluralità di riferimenti normativi e una pluralità di attori istituzionali e giurisdizionali<sup>7</sup>.

Spesso si tratta di questioni relevantissime, concernenti il principio di uguaglianza nelle sue varie declinazioni, l'estensione di prestazioni a beneficio anche dei non cittadini, nella dimensione tanto individuale quanto familiare, il rapporto fra diritto e scienza, la natura e le implicazioni del principio di legalità penale, così come temi cruciali quali i dilemmi su inizio e fine vita.

Qui non ci si riferisce evidentemente solo allo spazio delineato, nei suoi contorni, dal diritto dell'Unione europea con la sua Carta dei diritti, ma più in generale a quello, molto più articolato, che è definito dalla coesistenza (e dal reciproco condizionamento) di diverse Carte nazionali e sovranazionali di diritti: le Costituzioni nazionali, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Ma in questo contesto non va (più) trascurata nemmeno la Carta sociale europea. Negli ultimi anni quest'ultima è stata protagonista di una rivitalizzazione non trascurabile<sup>8</sup>, grazie anzitutto ai reclami collettivi che hanno portato il Comitato europeo dei diritti sociali a pronunce assai significative sul piano dei diritti connessi, ad esempio, alla salute delle persone o alla protezione dei lavoratori. Si pensi, per limitarci a questioni che hanno riguardato l'Italia, al noto caso relativo alle ripercussioni dell'obiezione di coscienza esercitata dai sanitari sul diritto all'interruzione volontaria di gravidanza<sup>9</sup>, ma anche, più di recente, a quello della (dis)parità retributiva tra

<sup>7</sup> La letteratura sul tema è ormai sterminata. V., tra i contributi in tema, N. ZANON (a cura di) (2006), A. RUGGERI (2011), M.E. D'AMICO (2017), M. CARTABIA (2007), e P. COSTANZO – L. MEZZETTI – A. RUGGERI (a cura di) (2019).

<sup>8</sup> In tema, G. GUIGLIA (2013), C. PANZERA (2012) e, volendo, M. D'AMICO - G. GUIGLIA - B. LIBERALI (a cura di) (2013).

<sup>9</sup> Comitato Europeo dei Diritti Sociali, *CGIL contro Italia*, 11 Aprile 2016, n. 91/2013. In tema, B. LIBERALI (2016, 417 ss.).

uomini e donne, problema enorme, che persiste a dispetto dell'uguaglianza giuridicamente sancita<sup>10</sup>. Peraltro, la Carta sociale europea ha ricevuto negli ultimi anni anche un importante riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale italiana: con la sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 2018, intatti, è stata per la prima volta affermato che una legge nazionale in contrasto con una norma della Carta sociale europea può essere dichiarata illegittima sulla base dello stesso meccanismo delineato dalle sentenze nn. 347 e 348 del 2007<sup>11</sup>.

Non c'è dubbio che in questo composito sistema, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha per parte sua favorito la costruzione di uno spazio giudiziario europeo. D'altra parte, si potrebbe dire, l'art. 47 della Carta di Nizza fu pensato con l'obiettivo di creare istituti comuni e maggiori convergenze<sup>12</sup>.

È poi utile sempre ricordare che già nel corso della sua "prima vita", quando la Carta è stata priva di vincolatività giuridica, essa è stata ciò non di meno capace di condizionare, sia pur silenziosamente, le decisioni dei giudici, tanto nazionali quanto quello europeo. Nelle sue Conclusioni presentate nel caso *Bectu*, l'Avvocato generale Antonio Tizzano affermava che certo la Carta «non si è vista riconoscere autentica portata normativa, è rimasta cioè priva, dal punto di vista formale, di autonomo valore vincolante», eppure, «resta il fatto che essa racchiude enunciazioni che appaiono in gran parte

<sup>10</sup> Corte Giust., sent. 3 giugno 2021, C-624/19, *K e a. contro Tesco Stores Ltd*. Su tale questione anche la Corte di Giustizia ha avuto di recente occasione di pronunciarsi con una decisione molto rilevante. Il Giudice europeo si è in particolare pronunciato sul significato della clausola «pari valore» contenuta nell'art. 157 TFUE (ai sensi del quale «Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore»), affermandone la natura di previsione ad effetto diretto.

Un'altra importante decisione, invece, del Comitato europeo dei diritti sociali ha riguardato la magistratura onoraria. Su cui F. BIONDI (2017).

<sup>11</sup> La Corte costituzionale ha affermato, più precisamente, che la Carta sociale europea «*presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU*», e che per queste sue caratteristiche «*deve qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.*». Nella stessa pronuncia, però, la Corte non ha come noto riconosciuto alle decisioni del Comitato sociale europeo carattere vincolante, in questo discostandosi dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si v., inoltre, la successiva sentenza n. 194 del 2018, sulla quale G. E. POLIZZI (2018).

<sup>12</sup> A commento di questa disposizione sia consentito il rinvio alle mie osservazioni, in R. BIFULCO – M. CARTABIA – A. CELOTTO (a cura di) (2001, 319 ss.), e a M. D'AMICO (2010).

come ricognitive di diritti già altrove sanciti»<sup>13</sup>. Di conseguenza, «in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale non si [possono] ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne [può] ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori – Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche – della scena comunitaria».

Ma la stessa Corte costituzionale italiana ha valorizzato i contenuti della Carta nella propria giurisprudenza anteriore al 2009, affermando, in modo non dissimile, che «ancorché priva di efficacia giuridica» questa esibisce «carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei»<sup>14</sup>. Il Preambolo della Carta rievoca espressamente, d'altra parte, i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni, dai Trattati e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, così come dalle relative giurisprudenze.

Inutile dire che con il Trattato di Lisbona, questo processo di integrazione ha subito una ulteriore accelerazione. La Carta di Nizza, assieme alle altre Carte dei diritti, sia pur ciascuna dotata di un proprio ambito applicativo, di proprie peculiarità, di propri sistemi di funzionamento e di attivazione, di propri organi di interpretazione e di decisione, ha indubbiamente concorso ad ampliare e a potenziare la tutela offerta ai diritti fondamentali.

Il dialogo che si è via via instaurato tra le Corti – un dialogo talvolta indiretto, praticato attraverso impliciti richiami alle rispettive giurisprudenze o, nella prospettiva del giudice nazionale, nella forma non meno pregnante dell'interpretazione conforme – non è sempre stato un dialogo disteso<sup>15</sup>. Tuttavia, come si avrà modo di dire con riferimento alla recente svolta della Corte costituzionale sulla c.d. doppia pregiudizialità, in definitiva il dialogo si è mostrato proficuo, anche quando i frutti di tali convergenze si sono potuti cogliere solo all'esito di forti divergenze<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Conclusioni Avv. Generale A. Tizzano, 8 febbraio 2001, C-173/99, si v. in particolare, nn. 27 e 28. Sulla fase intercorrente tra la proclamazione della Carta e Lisbona, fase definita però «ambivalente» con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, si rinvia alle riflessioni di O. POLLICINO (2015, spec. 255 ss.).

<sup>14</sup> Corte cost., sent. n. 135 del 2002.

<sup>15</sup> Su questi aspetti F. BIONDI (2019).

<sup>16</sup> Il riferimento è qui ovviamente a tutta la vicenda Taricco. Per tutti, C. AMALFITANO (a cura di) (2018), e A. BERNARDI – C. CUPELLI (2017).



### 3. La Carta di Nizza nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia

Quando la Carta di Nizza ha finalmente acquistato valore giuridico, e precisamente il rango dei trattati, come noto essa ha iniziato ad essere sempre più spesso maneggiata dai giudici nazionali. I quali, in ossequio al primato del diritto dell'UE e ai meccanismi recepiti nella giurisprudenza tanto comunitaria quanto costituzionale, hanno quindi in diverse occasioni potuto mettere da parte la norma nazionale in favore della contraria norma della Cdfue (laddove ad effetto diretto) senza sollevare quindi questione di legittimità costituzionale, magari all'esito di una preliminare interlocuzione con la Corte di Giustizia<sup>17</sup>.

Come a tutti noto, nel 2017 la Corte costituzionale ha “reagito” a questa situazione, temendo di perdere terreno nella tutela dei diritti fondamentali. Senza qui ripercorrere una giurisprudenza sulla quale ormai molto è stato detto, ci si limita qui a ricordare le coordinate essenziali. Con la sent. n. 269, in particolare, la Corte costituzionale ha affermato che laddove il giudice riscontri sia una potenziale violazione di una norma costituzionale sia di una previsione contenuta nella Carta di Nizza avente analogo tenore, questi dovrà in ogni caso attivare il giudizio di costituzionalità. Questo perché, spiega la Corte in questo significativo passaggio della decisione, la Carta è “dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale”. Si tratta, da una parte, di un riconoscimento di notevole rilievo, ma, allo stesso tempo, della sottolineatura di una potenziale problematica sovrapposizione di tutele. Nella prospettiva del Giudice costituzionale, in realtà, il rischio maggiore era dato dalla possibilità che il giudice, nel suo solitario dialogo con la Corte di Giustizia, si potesse trovare nella condizione di svolgere nella sostanza un sindacato di costituzionalità diffuso.

La portata di questa sentenza è naturalmente “dirompente”, perché mette in discussione prassi giurisprudenziali consolidate, avallate dalla stessa Corte costituzionale in ottemperanza alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Proprio per questa ragione, la pronuncia è stata accolta da una parte della dottrina con qualche preoccupazione<sup>18</sup>, per la rigidità di alcune sue af-

<sup>17</sup> Sullo strumento del rinvio pregiudiziale v. M. CARTABIA (2006).

<sup>18</sup> Tra i costituzionalisti v., in particolare, A. RUGGERI (2017), e da ultimo, ID, (2021). In termini meno preoccupati, invece, v. A. GUAZZAROTTI (2017), G. SCACCIA (2017), D. TEGA (2020, in particolare v. 183 ss.), S. CATALANO (2019), S. LEONE (2019), e P. GAMBATESA (2020).

fermazioni, come ad esempio quella secondo cui, laddove la Corte costituzionale, valutate le censure sia in riferimento ai parametri “nazionali” sia in riferimento a quelli “europei” (nell’ordine che la stessa si riserva di decidere) salvi la disciplina interna, il giudice comune potrà anche successivamente tornare sulle doglianze relative al rapporto con la Carta di Nizza, ma solo “per altri profili”. Come a intendere, allora, che questi si deve veder ristretti i poteri di dialogare con la Corte di Giustizia e di ricorrere al meccanismo della non applicazione in forza della pronuncia della Corte costituzionale.

La successiva giurisprudenza della Corte costituzionale ha però a mio parere dimostrato come l’obiettivo non fosse affatto di chiudersi nei confini nazionali, ma, anzi, di tornare essa stessa a dialogare con la Corte di Giustizia.

Anzitutto, la Corte costituzionale è tornata già nel 2019 a dire cose importanti sul rapporto tra la pregiudizialità costituzionale e la pregiudizialità europea, con una decisione il cui effetto è stato senza dubbio di attenuare le criticità che molti studiosi avevano evidenziato in precedenza. La sentenza n. 20 del 2019, assai rilevante anche per la questione oggetto del giudizio – ovvero sia il regime di pubblicazione del reddito e della condizione patrimoniale dei dirigenti della pubblica amministrazione, con la necessità di contemperare il diritto alla riservatezza con quello alla trasparenza – ha per la prima volta deciso un caso di doppia pregiudizialità. In particolare, è entrata nel merito di una ordinanza che denunciava la violazione di un diritto protetto sia dalla Costituzione italiana sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e anche da norme di una direttiva (la direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati) ritenute ad effetto diretto. Secondo una precedente pronuncia della Corte di Giustizia, infatti, le gli art. 6 e 7 di quella direttiva dovevano considerarsi norme immediatamente applicabili (sentenza 20 maggio 2003, nelle cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk* e altri), anche se nella stessa pronuncia la Corte di Giustizia affidava al giudice interno il compito di svolgere quel bilanciamento necessario a valutare se, nel caso concreto, la disciplina nazionale avesse violato i canoni della direttiva relativi alla pubblicazione delle informazioni economiche.

La Corte costituzionale ha ammesso la questione di legittimità costitu-

Tra i comunitaristi, v. in particolare G. TESAURO – P. DE PASQUALE, *La doppia pregiudizialità*, in F. FERRARIO – C. IANNONE (a cura di) (2020), C. AMALFITANO (2020), e G. VITALE (2019).

zionale scegliendo dunque di decidere la questione, ma sottolineando allo stesso tempo la peculiarità della situazione proprio alla luce della giurisprudenza comunitaria in materia, e giustamente sottolineando “l’opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)”. Ancora una volta, quindi, acquista rilievo decisivo la circostanza che, diversamente operando (e lasciando che fosse il giudice a risolvere la controversia con lo strumento della non applicazione), si dovrebbe rinunciare alla possibilità di veder definitivamente cancellata dal sistema una norma nazionale lesiva di un diritto fondamentale.

Allo stesso tempo, la Corte costituzionale svolge alcune importanti precisazioni volte a “rassicurare” la Corte di Giustizia, specificando che la “prima parola” che la Corte in questo modo si incarica di dire non preclude ai giudici di “sottoporre alla Corte di giustizia dell’Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria”. “Qualsiasi questione pregiudiziale”, allora, senza preclusioni concernenti i profili di potenziale violazione con la Carta dei diritti fondamentali o altre fonti dell’Unione europea di contenuto analogo e medesima natura. Ciò in quanto, aggiunge significativamente la Corte, “la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione”. Questo passaggio è decisivo, perché denota come l’obiettivo della Corte costituzionale sia di contribuire al potenziamento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali, non di ridurli (Cfr. S. Catalano, 2019), e infatti, anche dopo la sentenza n. 20, la Corte costituzionale ha ancora più esplicitamente affermato che il giudice rimane nella possibilità di esperire il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in qualsiasi momento<sup>19</sup>.

Ma soprattutto è la Corte costituzionale che può a sua volta esperire il rinvio pregiudiziale, dialogando con la Corte di Giustizia al fine di verificare l’esatto significato da assegnare ad una disposizione della Carta dei diritti fondamentali o di altra rilevante previsione del diritto europeo, e, talvolta, al fine di prevenire situazioni di conflitto tra il diritto europeo stesso e i princi-

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 63 del 2019 (a commento della quale si v. C. NARDOCCI (2019), tendenza confermata nelle pronunce successive, tra cui, ord. n. 117 del 2019, 182 del 2020, e da ultimo n. 84 del 2021.

pi supremi protetti dalla Costituzione italiana. Si pensi, proprio in questa prospettiva, all'ordinanza n. 117 del 2019, con la quale la Corte costituzionale, su questione posta dalla Corte di Cassazione, ha deciso di sospendere il giudizio e di attivare un rinvio pregiudiziale inerente l'interpretazione ed eventualmente la validità di una fonte europea in materia di diritto al silenzio. La Corte di Giustizia<sup>20</sup> ha evidentemente compreso il problema sostanziale posto dal Giudice costituzionale italiano, e ha infatti affermato che le disposizioni della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 dovessero essere lette conformemente agli articoli 47 e 48 della Carta, non imponendo la sanzione a carico di persona fisica che si rifiuti di fornire risposte dalle quali potrebbero emergere responsabilità per un illecito passibile di sanzione penale o di una sanzione amministrativa avente carattere penale. Riassunto il giudizio, la Corte costituzionale ha potuto quindi concludere nel senso che l'interpretazione della Corte di Lussemburgo «collima» «con la ricostruzione offerta da questa Corte della portata del diritto al silenzio»<sup>21</sup>

Questa ma anche altre vicende<sup>22</sup> attestano come la Corte costituzionale non intenda affatto chiudersi al contributo dell'Unione europea nella tutela dei diritti. Investita di questioni di legittimità costituzionale in casi di doppia pregiudizialità, essa ha infatti dimostrato di essere disponibile essa stessa ad instaurare un dialogo con la Corte di Giustizia per poter arricchire le proprie decisioni del contributo interpretativo di questa.

Non interrompendo la comunicazione con Lussemburgo, ma dimostrando di voler solo essere tra gli interlocutori di questo dialogo, la Corte costituzionale potrà evitare che i cambiamenti profondi cui si sta assistendo nel rapporto tra Corti nazionali e sovranazionali sfoci in silenzi o, peggio, in conflitti, che non possono che nuocere ai diritti fondamentali.

#### **4. La Carta di Nizza nel dialogo tra Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'Uomo**

Il sistema integrato di tutele si articola lungo due linee direttrici che coinvol-

<sup>20</sup> Corte Giust., sent. 2 febbraio 2021, C-481/19, *D.B. contro Consob*.

<sup>21</sup> Sulla vicenda e sull'esito del giudizio di costituzionalità v. D. SARMIENTO (2021), M. MICHETTI (2021), e, da ultimo, P. GAMBATESA (2021).

<sup>22</sup> Si pensi alla vicenda del c.d. bonus bebè, su cui si fonda il secondo rinvio pregiudiziale del Giudice costituzionale in ipotesi di doppia pregiudizialità (cfr. ord. n. 182 del 2020). A commento si v. D. GALLO – A. NATO (2020), e G. PISTORIO (2021).

gono, da un lato, i rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia, di cui si è appena ragionato, e dall'altro quelli che intercorrono tra Corte di Giustizia e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Quest'ultimo è ovviamente un dialogo non "istituzionale", necessariamente diverso da quello che si snoda attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, ed è per questo un dialogo (solo) tra giurisprudenze. Ma non per questo meno rilevante e produttivo.

Da ultimo, proprio la questione, appena richiamata, del diritto al silenzio rivela emblematicamente le potenzialità di questo dialogo a distanza, che nel caso specifico ha peraltro messo a contatto, direttamente o indirettamente, tre Corti.

Con la pronuncia della Grande Sezione che ha consentito alla Corte costituzionale di dichiarare illegittimo l'art. 187-quinquiesdecies del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e così di evitare anche solo l'ipotesi di una attivazione dei controlimiti, la Corte di Giustizia, su sollecitazione stessa del Giudice costituzionale nazionale, ha espressamente richiamato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Nella decisione si legge infatti che la domanda pregiudiziale era stata prospettata, oltre che con riferimento agli articoli 47 e 48 della Carta, anche evocando i diritti garantiti dall'articolo 6 della CEDU. E soprattutto che «sebbene tale convenzione non costituisca, fintanto che l'Unione non vi avrà aderito, uno strumento giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione, occorre però ricordare che, come confermato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». E ancora, essa ha ribadito, come in altre occasioni aveva avuto modo di fare, che l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, nel sancire che i diritti riconosciuti da quest'ultima corrispondenti a diritti garantiti dalla CEDU hanno un significato e una portata identici, «mira a garantire la necessaria coerenza tra questi rispettivi diritti senza pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte».

Sulla scorta di tale premessa, mettendo in diretto collegamento gli articoli 47 e 48 della Carta con l'art. 6 Cedu, la Corte di Giustizia ha ricordato come per la Corte di Strasburgo, sebbene la Cdu non menzioni espressamente il diritto al silenzio, quest'ultimo è da considerarsi corollario necessario della nozione di equo processo<sup>23</sup>.

In un caso più risalente, per limitarci ad un altro emblematico esempio, la Corte di Giustizia ha invece valorizzato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di riconoscere i diritti di due persone dello

<sup>23</sup> A commento della decisione, L. MARIN (2021), E. BASILE (2021).

stesso sesso. Con la sentenza *Coman*<sup>24</sup>, sollecitata per verificare se il coniuge americano di un cittadino rumeno avesse diritto a ricongiungersi in Romania con il marito, in uno Stato cioè, che non riconosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso, la Corte di Lussemburgo ha come noto riscontrato un problema di compatibilità con la libertà di circolazione<sup>25</sup>. Ciò che qui più interessa, però, è che nel fornire la corretta interpretazione della Direttiva 2004/38, ai fini della ricostruzione della nozione di coniuge e di vita privata, il Giudice europeo abbia attribuito peso decisivo al diritto alla vita privata e familiare tutelato dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per come a sua volta interpretato alla luce dell'analogo diritto tutelato dalla CEDU<sup>26</sup>. La Corte ha dunque ritenuto rilevante che «dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che la relazione che lega una coppia omosessuale può rientrare nella nozione di «vita privata», nonché in quella di «vita familiare», al pari della relazione che lega una coppia di sesso opposto che si trovi nella stessa situazione»<sup>27</sup>.

Questi esempi testimoniano quanto sia importante la formazione di una sorta di «*agorà europea*» dei diritti, di regole comuni, anche costruite in via giurisprudenziale, per tutelare i singoli individui nel godimento dei loro diritti.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea può costituire un punto di riferimento essenziale in questa prospettiva.

<sup>24</sup> *Ex multis*, A. LANG (2018), e S. PENASA (2018). In prospettiva critica, invece, V. STEHLÍK (2018).

<sup>25</sup> Più precisamente, violazione dell'art. 21 pag. 1 del TFUE, giacché «[I] rifiuto, opposto dalle autorità di uno Stato membro, di riconoscere, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, il matrimonio di quest'ultimo con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso, cittadino di tale Stato membro, contratto durante il loro soggiorno effettivo in un altro Stato membro conformemente alla legislazione di quest'ultimo Stato membro, è atto ad ostacolare l'esercizio del diritto di detto cittadino dell'Unione, sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Infatti, un simile rifiuto ha come conseguenza che tale cittadino dell'Unione può vedersi privato della possibilità di tornare nello Stato membro di cui ha la cittadinanza, accompagnato dal coniuge».

<sup>26</sup> Ancora una volta, si afferma infatti che «come risulta dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), a norma dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, i diritti garantiti dall'articolo 7 della medesima hanno lo stesso significato e la stessa portata di quelli garantiti dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950».

<sup>27</sup> Vengono in particolare citate le pronunce Corte EDU, 7 novembre 2013, *Vallianatos e a. c. Grecia*, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73, nonché Corte EDU, 14 dicembre 2017, *Orlandi e a. c. Italia*, CE:ECHR:2017:1214JUD002643112, § 143».

## 5. Una conclusione: la Carta di Nizza come nuovo punto di partenza

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha dimostrato, insomma, di saper fungere da collante e baricentro nello spazio giudiziario europeo. Non è un caso che proprio in questo momento di crisi la si invochi come un punto di riferimento irrinunciabile per costruire l'Europa del domani.

Si è già detto della Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (COM(2020) 711 final). Probabilmente non basta. Potrebbe essere arrivata l'ora di considerare seriamente ad una adesione dell'UE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come d'altra parte auspica proprio la Strategia di rilancio della Carta appena menzionata. Nel documento si legge infatti che la Carta di Nizza « si applica in combinato disposto con i sistemi di tutela dei diritti fondamentali nazionali e internazionali, comprese le tradizioni costituzionali e gli obblighi internazionali comuni agli Stati membri» e soprattutto che «In tale contesto l'adesione dell'UE alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo continua a rappresentare una priorità per la Commissione». Infatti, «se l'UE intende veramente rafforzare i diritti fondamentali, deve essere aperta al controllo esterno».

Si tratta di un percorso probabilmente ancora molto lungo, ma in cui, come si vede, lo stimolo può provenire proprio dalla Carta e dalle sue potenzialità di intreccio con i diritti tutelati dalle Costituzioni nazionali e dalle altre convenzioni sovranazionali.

Soprattutto, la Carta dei diritti fondamentali è lì ad ammonirci a non abbassare il livello di tutela di tali diritti, nemmeno (soprattutto) nelle congiunture politiche, sociali, economiche peggiori. Nella Relazione del Parlamento europeo del 17 aprile 2020 adottata all'esplosione della pandemia (Azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze) si è significativamente affermato che “la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve continuare ad essere applicata” perché “occorre garantire il rispetto dello Stato di diritto”. Un monito e punto di (ri)partenza.

## 6. Bibliografia

- C. AMALFITANO (a cura di) (2018), *Primato dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della “Saga Taricco”*, Milano.
- C. AMALFITANO (2020), *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giuri-*

- sprudenza “comunitaria” e costituzionale, in *Rivista AIC*, n. 1.
- G. AZZARITI (2020), *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, online su *Questione Giustizia*, 27 marzo.
- E. BASILE (2021), *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi “punitivi”*, in *Sistema Penale*, 3 febbraio.
- A. BERNARDI – C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- R. BIFULCO – M. CARTABIA – A. CELOTTO (a cura di) (2001), *L'Europa dei diritti: Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna.
- P. BILANCIA P., M. D'AMICO (a cura di) (2009), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano.
- F. BIONDI (2017), *Il diritto alla sicurezza sociale: la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sul reclamo collettivo dell'Associazione Nazionale dei Giudici di pace e le sue ricadute sulla riforma della magistratura onoraria*, in *Osservatorio AIC*, n. 2.
- F. BIONDI (2019), *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*.
- M. CARTABIA (2005, a), *'Unità nella diversità': il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 582 ss.
- M. CARTABIA (2005, b), *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. La ratifica*, in *Foro it.*, I.
- M. CARTABIA (2006), *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli.
- M. CARTABIA (2007), *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna.
- S. CATALANO (2019), *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*.
- P. COSTANZO – L. MEZZETTI – A. RUGGERI (a cura di) (2019), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino.
- M. D'AMICO (2009), *Trattato di Lisbona: principi, diritti e “tono costituzionale”*, in P. Bilancia P., M. D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano.
- M. D'AMICO (2010), *Article 47: right to an effective remedy and to a fair trial*, in W.T.B. Mock, G. Demuro (a cura di), *Human Rights in Europe*, Durham.
- M. D'AMICO - G. GUIGLIA - B. LIBERALI (a cura di) (2013), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli.
- M.E. D'AMICO (2017), *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Legal History*, n. 3.
- M. D'AMICO (2020), *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2.
- D. GALLO – A. NATO (2020), *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i citta-*



- dini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale, in *Eurojus*, n. 4.
- P. GAMBATESA (2020), *Sulla scelta di esperire simultaneamente la questione di legittimità costituzionale e il rinvio alla Corte di giustizia nelle ipotesi di doppia pregiudizialità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2.
- P. GAMBATESA (2021), *Riflessioni sulla prima occasione di "dialogo" tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in corso di pubblicazione su *Federalismi.it*.
- P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- A. GUAZZAROTTI (2017), *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 dicembre.
- G. GUIGLIA (2013), *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*.
- A. LANG (2018), *Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso Coman*, in *GenIUS*, n. 2.
- S. LEONE (2019), *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3.
- B. LIBERALI (2016), *Le problematiche applicative della legge n. 194 del 1978 relative al diritto di obiezione di coscienza ancora a giudizio (Prime osservazioni alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali nel caso CGIL contro Italia)*, in *BioLaw Journal*, II, 417 ss.
- L. MARIN (2021), *Tradizioni costituzionali comuni costruite dal basso: la sentenza D.B. c. Consob sul diritto al silenzio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1.
- M. MICHETTI (2021), *Diritto al silenzio e insider trading: il confronto tra Roma e Lussemburgo prosegue sulla via del dialogo (Corte costituzionale, sentenza n. 84/2021)*, *Giurcost.org*.
- C. NARDOCCI (2019), *Quando la Corte costituzionale "vuole decidere": sulla retroattività in mitius della sanzione amministrativa, ma su base "costituzional-convenzionale"?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 3.
- A. PADOA SCHIOPPA, *Note su ordine giuridico europeo e identità europea in prospettiva storico-costituzionale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, 61 e ss.
- C. PANZERA (2012), *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1.
- S. PENASA (2018), *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: osservazioni a "cerchi concentrici" sul caso Coman c. Romania della Corte di giustizia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3.
- G. PISTORIO (2021), *L'operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 1.

- A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.
- G. E. POLIZZI, *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale alla luce delle sentenze Corte costituzionale nn. 120 e 194 del 2018*, in *Federalismi.it*, 2018.
- O. POLLICINO, *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il moto ascendente, ovvero sia l'incidenza delle tradizioni costituzionali comuni nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Giurcost.org.*, 2015, spec. 255 ss.
- A. RUGGERI (2017), *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assai logicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3.
- A. RUGGERI (2011), *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 1.
- A. RUGGERI (2021), *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *Federalismi.it*.
- D. SARMIENTO (2021), *The Consob Way - Or how the Corte Costituzionale Thought Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in *EU Law Live*, n. 54.
- G. SCACCIA (2017), *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*.
- C. SICCARDI (2021), *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo*, Napoli.
- V. STEHLÍK (2018), *The CJEU Crossing the Rubicon on the Same-Sex Marriages? Commentary on Coman Case*, in *International and Comparative Law Review*, Vol. 18, No. 2.
- D. TEGA (2020), *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna.
- G. TESAURO – P. DE PASQUALE (2020), *La doppia pregiudizialità*, in F. Ferrario – C. Iannone (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino.
- G. VITALE (2019), *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Le sentenze della Corte nn. 20 e 63 del 2019*, in *Federalismi.it*.
- J.H.H. WEILER (1995), *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *European law journal*, Vol. 1, No. 3, 219-258.
- N. ZANON (a cura di) (2006), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli.
- J. ZILLER (2009), *Dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa al Trattato di Lisbona*, in P. Bilancia P., M. D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano.

# I DIRITTI STATUTARI DELLE COMUNITÀ AUTONOME NEL CONTESTO DELLA TUTELA MULTILIVELLO\*

ANTONIO PÉREZ MIRAS

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sul contenuto degli Statuti autonomici. – 3. Le dichiarazioni di diritti negli Statuti autonomici: i diritti statutari. – 4. Verso una nuova speranza: il nuovo Statuto autonomico delle Canarie. – 5. Riferimenti bibliografici.

## 1. Introduzione

La tutela dei diritti occupa uno spazio centrale nel costituzionalismo contemporaneo. Tradizionalmente, questo ha guardato al di là dei confini dello Stato – lo spazio classico in cui i diritti fondamentali realizzavano la loro funzione di limitazione del potere – per cercare e conseguire una maggiore tutela della persona come soggetto di diritti.

All'inizio del XXI secolo, le Comunità Autonome hanno iniziato una nuova fase del processo autonomico che ha portato a un'ondata di riforme statutarie, da classificare come la terza fase del processo autonomico<sup>1</sup>. Questa fase si è concretizzata con gli Statuti della Comunità Valenciana<sup>2</sup> e della Catalogna<sup>3</sup> approvati nel 2006, che sono serviti da guida o paradigma, come ve-

\* Una versione in spagnolo di questo lavoro è contenuta in P. Häberle, F. Balaguer Callejón, I. W. Sarlet, C. L. Strapazon, A. Aguilar Calahorra (coords.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro Homenaje a Jörg Luther*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2020. Ringrazio Giacomo Palombino per le osservazioni realizzate a proposito di questo testo.

<sup>1</sup> Per questa idea, partiamo dall'avvio del processo autonomistico e la creazione delle Comunità Autonome negli anni 80, e la successiva equiparazione delle competenze delle Comunità Autonome portata dai Patti Autonomici di 1992. Da sua parte, CRUZ VILLALÓN (2006) chiama questo periodo come “secondo processo autonomistico”, per le sue speciali caratteristiche, tra cui risalgono due idee: è per la prima volta che si modificano Statuto de la cosiddetta via veloce e che si procede senza il consenso previo a livello statale dei due principali partiti politici.

<sup>2</sup> Statuto di Autonomia della Comunità Valenciana, Legge Organica 1/2006 di 10 aprile. Il Titolo II (arts. 8-19) regola i ‘diritti dei valenciani e delle valenciane’.

<sup>3</sup> Statuto di Autonomia della Catalogna, Legge Organica 6/2006 di 19 luglio. Il titolo I è dedicato a “diritti, doveri e principi guida”. È ulteriormente diviso in: Capitolo I “diritti e doveri nella sfera civile e sociale” (artt. 15-28); Capitolo II “diritti nella sfera politica e ammini-

dremo, all'insieme dei nuovi Statuti del 2007<sup>4</sup> e che si sarebbero chiusi con l'approvazione dello Statuto dell'Estremadura nel 2011<sup>5</sup>, una volta emessa la famosa sentenza 31/2010 sullo Statuto della Catalogna, che avremo modo di analizzare.

Questo nuovo percorso si è caratterizzato, tra l'altro, per l'incorporazione di più o meno estese dichiarazioni di diritti che mirano a promuovere, a livello interno dello Stato, una maggiore tutela dei diritti, soprattutto quelli a maggior contenuto sociale<sup>6</sup>. In tal modo, si è cercato di replicare a livello regionale il senso di tutela multilivello che si è proiettato al di fuori dello Stato, integrando il sempre più significativo ruolo che le Comunità Autonome stanno assumendo nella conformazione dello Stato sociale iniziata con la Costituzione del 1978.

In tutti gli Statuti di autonomia riformati sono stati inseriti, con maggiore o minore intensità<sup>7</sup>, un insieme di diritti, principi e doveri che con maggiore o minore sistematicità, sotto forma di carte, dichiarazioni o proclami, sup-

strativa" (artt. 29-31); Capitolo III "diritti e doveri linguistici" (artt. 32-36); Capitolo IV "garanzie dei diritti statutari" (artt. 37-38) e Capitolo V "principi guida" (artt. 39-54).

<sup>4</sup> Statuto di Autonomia delle Isole Baleari, Legge Organica 1/2007 di 28 febbraio (Il titolo II (arts. 13-28) è dedicato a 'i diritti, i doveri e le libertà dei cittadini delle Isole Baleari'); Statuto di Autonomia dell'Andalusia, Legge Organica 2/2007 di 19 marzo (Il Titolo I è dedicato a 'i diritti sociali, doveri e politiche pubbliche'; è suddiviso in: Capo I 'disposizioni generali' (arts. 12-14), Capo II 'diritti e doveri' (arts. 15-36), Capo III 'principi guida delle politiche pubbliche' (art. 37) e Capo IV 'garanzie' (arts. 38-41)); Statuto di Autonomia dell'Aragona, Legge Organica 5/2007 di 20 aprile (Il Titolo I è dedicato a 'i diritti e principi guida'; è suddiviso in: Capo I 'diritti e doveri degli aragonesi e aragonesi' (arts. 11-19) e Capo II 'principi guida delle politiche pubbliche' (arts. 20-31)); Statuto di Autonomia della Castiglia e Leone, Legge Organica 14/2007 di 30 novembre (Il Titolo I è dedicato ai 'diritti e principi guida'; è suddiviso in: Capo I 'disposizioni generali' (arts. 7-10), Capo II 'diritti dei castigliani e leonesi' (arts. 11-14), Capo III 'doveri dei castigliani e leonesi' (art. 15), Capo IV 'principi guida delle politiche pubbliche di Castiglia e Leone' (art. 16) e Capo V 'garanzie dei diritti e principi statutari' (arts. 17-18)).

<sup>5</sup> Statuto di Autonomia dell'Estremadura, Legge Organica 1/2011 di 28 gennaio. Il Capo II del Titolo Preliminare è dedicato ai 'diritti, doveri e principi guida': l'art. 6 ai 'diritti e doveri degli estremeni'; e l'art. 7 ai 'principi guida dei poteri pubblici estremeni'.

<sup>6</sup> FERRERES COMELLA (2006, 10-11) richiama l'attenzione sulla campagna politica nei momenti iniziali del progetto di modifica dello Statuto catalano, per cui si passa da uno Statuto che soltanto parla delle istituzioni a uno Statuto che mira al popolo. In questo senso, considera che le dichiarazioni di diritti, doveri e principi appaiono come un elemento chiave della riforma.

<sup>7</sup> LÓPEZ MENUDO (2009, 95) riassume in due le differenze tra le prime inclusioni e le nuovi: "en lo formal, el carácter aislado de aquéllos frente a la sistematicidad de los nuevos; en los sustancial, la debilidad normativa de aquellos preceptos, salvo lo estrictamente apegados a los derechos fundamentales."

pongono un nuovo contenuto nelle norme statutarie. Tuttavia, è opinione comune in dottrina riconoscere che in realtà la novità non risiede tanto nell'inclusione di tali diritti o principi, poiché norme di questo tipo si rinvenivano anche nella maggior parte degli Statuti precedenti e in quelli non riformati, ma proprio nella sua regolazione più ordinata, sistemica, in maggior misura e intensità; in definitiva, una regolamentazione strutturata come autentiche carte dei diritti, dichiarazioni che somigliano alla parte dogmatica di una Costituzione, proclamazioni di diritti di cittadinanza più strutturati rispetto a quelli contenuti nella Costituzione stessa, considerato che mirano a rendere più efficaci non tanto i diritti costituzionali ma i principi su cui si fonda il Capo III del Titolo I CE<sup>8</sup>.

## **2. Sul contenuto degli Statuti autonomici**

La prima cosa che dobbiamo chiederci è se le dichiarazioni dei diritti facciano parte del contenuto statutario. L'articolo di riferimento per delineare il contenuto che uno Statuto autonomico deve custodire è l'art. 147.2 CE<sup>9</sup>. Ma insieme a questo articolo dobbiamo leggere il 152.1 pr. 1 e 2 CE in quanto lo stesso, per gli Statuti approvati ai sensi dell'art. 151 CE, prevede un limite o un elemento di specialità – a seconda di come lo si voglia intendere – nell'organizzazione istituzionale della Comunità Autonoma, cioè impone la necessaria esistenza di un'Assemblea Legislativa, un Consiglio di Governo, un Presidente e una Corte Superiore di Giustizia da ricondurre alla cornice di unità della magistratura. Questo è stato il modello implementato in tutte le Comunità Autonome.

Nonostante ciò, le regole costituzionali sul contenuto degli Statuti non si esauriscono in questi due articoli. È per questo motivo che possiamo distinguere tra contenuto necessario e contenuto eventuale.

<sup>8</sup> Secondo T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2008, 2), "la principal novedad de las reformas estatutarias sería haber pretendido convertir en muchos de los derechos sociales recogidos en tales tablas en verdaderos derechos subjetivos exigibles directamente por los ciudadanos ante la jurisdicción ordinaria."

<sup>9</sup> "2. Gli Statuti di autonomia dovranno contenere:

- a) la denominazione della Comunità che più corrisponda alla sua identità storica;
- b) la delimitazione del suo territorio;
- c) la denominazione, organizzazione e sede delle proprie istituzioni autonome;
- d) le competenze assunte nel quadro stabilito dalla Costituzione e i principi per il trasferimento dei servizi corrispondenti alle medesime."

Il contenuto necessario è quello costituzionalmente obbligatorio, un contenuto minimo e sufficiente per potersi parlare di uno Statuto di autonomia.

Il contenuto eventuale presuppone una scelta costituzionale da parte del legislatore statutario. La sua presenza non è obbligatoria ai fini della riconoscibilità materiale di uno Statuto, né la sua configurazione è circoscritta nei termini della Costituzione.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale del Tribunale Costituzionale espresso nella nota STC 31/2010, la Costituzione prevede esplicitamente, come contenuto necessario, solamente quello "minimo" previsto dall'art. 147.2 CE e da altre disposizioni che contengono specifiche regole costituzionali, come la nomina dei Senatori autonomici prevista dall'art. 69.5 CE. Questo contenuto necessario può essere identificato come contenuto sufficiente ma, come ricorda il Tribunale, è la stessa Costituzione che consente espressamente agli Statuti di avere anche contenuti ulteriori (ad esempio: bandiere e striscioni secondo l'articolo 4.2 CE).

Ciò detto, però, bisogna tener presente che, in realtà, la Costituzione non determina espressamente quale sia il possibile contenuto di uno Statuto di autonomia (STC 31/2010 FJ 4), poiché, unitamente a quel contenuto costituzionalmente richiesto dall'art. 147.2 CE e a quel contenuto costituzionalmente possibile in virtù di espresse disposizioni costituzionali, vi è anche un contenuto implicito. La STC 247/2007 già si era interrogata nel suo FJ 12 sulla legittimità di tale contenuto implicito, giungendo alla conclusione che esso potrebbe esistere senza essere il risultato di un'espressa disposizione costituzionale o di un'esplicita autorizzazione del costituente, data la natura speciale di norma giuridica dello Statuto di Autonomia. Tale contenuto implicito è possibile perché si tratterebbe di un'adeguato elemento complementare rispetto alle funzioni istituzionali e di competenza che le Comunità Autonome devono assolvere. Pertanto, il contenuto costituzionalmente lecito non si esaurisce con quanto costituzionalmente espresso.

In conclusione, e d'accordo con la giurisprudenza costituzionale, insieme al contenuto necessario e al contenuto addizionale esplicito, è necessario tener conto anche di un contenuto addizionale implicito, che chiameremo contenuto eventuale. Pertanto, la Costituzione non chiude la questione del contenuto statutario, sulla scia della generale tendenza che ispira l'intera organizzazione territoriale.

Qual è, allora, la base costituzionale di tale contenuto eventuale? La questione è risolta dalla STC 31/2010, che giustifica l'esistenza di questo contenuto eventuale in base alla natura speciale degli Statuti di Autonomia. Ed infatti, nel FJ 5 possiamo leggere:

“La natura e la funzione costituzionali degli statuti di autonomia determinano il loro possibile contenuto. [Il contenuto implicito è] inerente allo statuto come norma istituzionale di base (art. 147.1 CE), con tutto ciò che questo implica in termini di autogoverno, auto-organizzazione e identità. Con questo titolo, disposizioni e discipline molto differenti possono essere integrate negli Statuti, pur non tenendo in conto, come è evidente, le riserve stabilite dalla Costituzione a favore di leggi specifiche o per la disciplina di materie organiche non statutarie. E, data l'apertura e la flessibilità del modello territoriale, gli statuti di autonomia sarebbero costituzionalmente ammissibili con un contenuto più ampio di quello risultante dal minimo necessario secondo l'art. 147.2 CE.”

Questo è il fondamento di ciò che sosteniamo nella sezione seguente.

A livello dottrinale, era da tempo che questo problema risultava di facile risoluzione. Già il Prof. SOLOZÁBAL (1998, 144-148), riflettendo sui diversi tipi di norma che si possono osservare in uno Statuto di autonomia, ha rivelato l'esistenza di un contenuto superiore a quello prescritto dall'art. 147 CE. Individuò, infatti: vere norme prescrittive, che riconoscono diritti e doveri; norme organizzative sulla riserva della CE alla libertà di configurazione delle proprie istituzioni, con la speciale determinazione dello statuto parlamentare; competenze partecipative nell'organizzazione delle demarcazioni giudiziarie; Regole di competenza, che determinano il campo d'azione oggettivo di una Comunità Autonoma; clausole direttive, quelle che fissano obiettivi per i poteri pubblici; e, infine, clausole di definizione del regime, che lo qualificano ma non lo determinano.

Dopo questo argomento, è chiaro ed evidente che le dichiarazioni dei diritti sarebbero da considerarsi parte di questo contenuto eventuale.

### **3. Le dichiarazioni di diritti negli Statuti autonomici: i diritti statutari**

Abbiamo appena visto come il Tribunale costituzionale avalli l'esistenza di contenuti eventuali negli Statuti di Autonomia. Ebbene, all'interno di questo contenuto eventuale, assumono particolare rilievo i cosiddetti “diritti statutari”. La problematica è sorta nel sistema giuridico spagnolo a partire dalle riforme degli Statuti di Valencia e Catalogna nel 2006<sup>10</sup>. Questi due nuovi

<sup>10</sup> Anche se entrambi Statuti furono modificati nello stesso periodo, per la dottrina fu molto più risalente il catalano del valenciano. Possiamo dire che uno dei motivi, denza dub-

Statuti sono paradigmatici non solo per il fatto che sono stati i primi ad aprire questa fase del processo autonomico<sup>11</sup>, ma anche perché sono diventati dei punti di riferimento per misurare una scala graduale d'intensità dell'inclusione di dichiarazioni di diritti e principi negli Statuti modificati successivamente<sup>12</sup>. In questo senso, la carta catalana è più prolissa di quella valenciana; inoltre, il testo catalano prevede un sistema di garanzie dei diritti che il valenciano non conosce. Seguendo questa doppia considerazione, possiamo suddividere i sette Statuti che hanno subito profonde riforme dal 2006 in: da un lato, quelli della Catalogna, dell'Andalusia e di Castiglia e Leone; dall'altro lato, quelli della Comunità Valenciana, delle Isole Baleari, di Aragona e dell'Estremadura. I primi sono più estesi e sistematici e contengono un sistema di garanzie; i secondi sono più concisi e privi di tale sistema di garanzia.

La denominazione di "diritti statutari" fa riferimento alla loro origine normativa, perché vengono raccolti nei nuovi Statuti di Autonomia. Non presuppongono, e questo è importante, diritti soggettivi. Non c'è dubbio che questo *nomen iuris* sia comunemente accettato in dottrina, sebbene la sua comparsa sistematica a partire dal 2006 abbia suscitato un'accesa polemica sulla sua natura e le sue funzioni all'interno dell'ordinamento costituzionale dei diritti<sup>13</sup>.

Per la qualificazione giuridica di tali diritti statutari è indispensabile tener conto della giurisprudenza costituzionale del Tribunale che si è registrata su questi due Statuti. Un primo tentativo è stato fatto con la STC 247/2007 (Va-

bio, fu l'inclusione di una carta di diritti in modo sistematico da parte del legislatore statuento catalano.

<sup>11</sup> Per questa qualifica non teniamo in conto le vicende sulla sovranità in Catalogna; anche se in inquadrano nel problema territoriale di Spagna, non incide per il momento nel modello di organizzazione. È molto probabile che nel futuro una via di soluzione di questo problema apra una nuova fase nel sistema delle Comunità Autonome.

<sup>12</sup> Sulle riforme statutarie in modo generale si veda: gli atti del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España raccolte in G. RUIZ-RICO (2006); anche, SOLOZÁBAL (2006, *species*. p. 57-174 e p. 371-381; 2008); CRUZ VILLALÓN (2006) e la successiva contestazione di ROIG MOLÉS (2006); ÁLVAREZ CONDE (2007).

<sup>13</sup> Sul punto si veda, prima della giurisprudenza del Tribunale Costituzionale: V. FERRETES, P. BIGLINO, M. CARRILLO (2006); GARRORENA (2006); la discussione tra L.M<sup>a</sup> DÍEZ-PICAZO, (2006 e 2007) e CAAMAÑO (2007); CANOSA USERA (2007); ed E. EXPÓSITO (2007). Si devono considerare anche i volumi curati da F. BALAGUER CALLEJÓN (dir.), L. ORTEGA ÁLVAREZ, G. CÁMARA VILLAR, J.A. MONTILLA MARTOS (coords.) (2008) e M. APARICIO (ed.), CASTELLÀ & EXPÓSITO (coords.) (2008).



lencia) ma è solo con la STC 31/2010 (Catalogna) che siamo in grado di definire un diritto statutario<sup>14</sup>.

Il concetto di diritto statutario che vogliamo illustrare si fonda sulla costruzione giurisprudenziale che emerge sulla base della lettura congiunta delle due sentenze. Pertanto, i diritti statutari sono regole, principi e linee guida rivolti ai poteri pubblici affinché li configurino secondo le loro competenze, senza ledere i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione o dai trattati internazionali.

Come ha insistentemente ripetuto il Tribunale costituzionale, non si tratta né dello sviluppo dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, né di diritti fondamentali territorializzati<sup>15</sup>. Affinché una formulazione normativa all'interno di uno Statuto possa essere qualificata come diritto statutario, essa deve soddisfare un duplice vincolo: da un lato, essere un limite ai poteri pubblici autonomici, e soprattutto al legislatore autonomico; dall'altro lato, essere un vincolo solo materiale d'accordo con l'ambito delle competenze assunte nel rispettivo Statuto di Autonomia. Ha quindi la duplice natura di regola e di principio.

Dalla lettura congiunta delle nuove carte dei diritti negli Statuti riformati, si possono osservare, in maniera globale, le seguenti caratteristiche comuni.

La prima cosa che si evidenzia è l'apparente originalità dei diritti contenuti negli Statuti. La maggior parte dei diritti, infatti, esiste già sul piano nazionale e internazionale. Ciò che si è fatto è una selezione o una riformulazione in funzione delle esigenze o degli interessi di ciascuna Comunità Autonoma che ha attuato la riforma statutaria.

In questo senso, possiamo osservare una relazione superiore. Così, rispetto ai diritti costituzionali, le riproduzioni letterali sono scarse e la maggior parte presenta o un aggiornamento o una nuova prospettiva di un ambito già previsto dal Costituente, come nel caso dei diritti sociali previsti dal Capitolo III CE. Potremmo dire che cercano un miglioramento o l'attuazione dei

<sup>14</sup> Queste sentenze sono state polemiche e hanno creato molta letteratura in dottrina. *Ex pluribus* si veda, prima della sentenza sullo Statuto catalano: FERNÁNDEZ FARRERES (2008); F. BALAGUER CALLEJÓN (2008); CÁMARA VILLAR (2009); CANOSA USERA (2008); T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2008). Dopo la sentenza sullo Statuto catalano: R. TUR AUSINA & E. ÁLVAREZ CONDE (2010); CÁMARA VILLAR (2011); M. CARRILLO (2011); E. EXPÓSITO (2011); I. VILLAVARDE (2011); J.F. SÁNCHEZ BARRILAO (2012); J. MORCILLO MORENO (2013).

<sup>15</sup> Per definizione, uno Statuto di Autonomia non è una Costituzione (di uno Stato federato) e perciò non siamo dinanzi carte di diritti fondamentali per certi territori in uno Stato costituzionale. A mio avviso, questo implica conseguentemente che non siamo davanti a una tutela multilivello nello stesso senso dell'ordine internazionale.

principi guida. Alcuni diritti si ispirano anche ad alcune delle novità introdotte dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, o da altri testi europei come, ad esempio, la Convenzione di Oviedo.

Dal canto loro, anche i diritti sono incorporati attraverso un rapporto inferiore, cioè attraverso la consacrazione di diritti che sono apparsi nella legislazione statale o regionale. Potremmo dire che cercavano l'elevazione di diritti soggettivi nati come conseguenza di diverse e variegata politiche pubbliche.

Dall'altro lato, hanno anche consacrato diritti costruiti in via giurisprudenziale, come la protezione dei dati.

Quindi, possiamo dire che i nuovi diritti sono testimoniali, ad esempio, il diritto all'acqua, il diritto all'accesso alle nuove tecnologie, i diritti di solidarietà e a favore delle persone svantaggiate. Da un'altra prospettiva, emergono diritti settoriali a favore di gruppi o classi che il legislatore statutario ritiene debbano avere una tutela speciale.

È importante notare che un diritto statutario non è equivalente a una clausola di competenza abilitante. In questo senso, sono di particolare importanza le cosiddette clausole autolimitanti<sup>16</sup> che, tranne che nella Comunità Valenciana e in Estremadura, sono state incluse in tutte le riforme<sup>17</sup>. Queste clausole servono a determinare la portata e l'interpretazione di tali diritti, ragion per cui possiamo affermare che l'interpretazione giurisprudenziale che abbiamo riportato in queste pagine è conforme ai dettami degli Statuti che le contengono.

Stando al dato letterale, queste clausole autolimitanti, pur regolate nella stessa sezione e con lo stesso tenore, celano due diverse tipologie: alcune sono clausole di competenza e altre sono clausole interpretative, secondo l'ordine in cui compaiono. Tuttavia, per le ragioni che muovono questo lavoro, mi sembra più opportuno partire da quelle interpretative, in quanto definiscono cosa sono i diritti statutari, per passare poi alle clausole di competenza, tema che trascende il vincolo presupposto dei diritti statutari.

Le clausole interpretative sono quelle che aiutano a delimitare l'ambito di applicazione o alcune disposizioni contenute in una norma. Si esprimono come segue: "nessuna delle disposizioni del presente titolo può essere sviluppata, applicata o interpretata in modo tale da ridurre o limitare i diritti

<sup>16</sup> LÓPEZ MENUDO (2009, 96). EXPÓSITO (2011, 484) considera che la previsione di queste clausole e le esigenze in esse contenute, fanno diventare superflui i condizionamenti stabiliti nella sentenza 31/2010, accolte dalla sentenza 247/2007, sul rispetto delle competenze ma anche dei diritti internazionali proclamati nella Costituzione e in altre norme internazionali.

<sup>17</sup> Art. 37.4 EA Cat; art. 13 EA And; art. 13.3 EA Bal; art. 8.3 EA CyL; art. 6.3 EA Ara.

fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dai trattati e gli accordi internazionali ratificati dalla Spagna”<sup>18</sup>.

Sulla base di questa clausola, ne consegue che il legislatore statutario aveva in mente diritti statutari diversi dai diritti fondamentali (cfr. CAAMAÑO, 2007, 34), e quindi stabilisce che non può ridurli o limitarli non appena li sviluppano, li applicano o li interpretano, cioè si riferisce alla totalità di opzioni in cui agiscono i vari operatori del diritto. Ma non solo non possono andare contro i diritti costituzionali, ma sono anche espressamente legati a trattati e convenzioni internazionali ratificati dalla Spagna. Qui il Tribunale Costituzionale non ha fatto altro che interpretare l'art. 37.4 dello Statuto di Catalogna in senso negativo perché quando stabilisce che “Nessuna delle disposizioni di questo titolo può essere sviluppata, applicata o interpretata in forma tale da ridurre o limitare i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dai trattati e gli accordi internazionali ratificati dalla Spagna”, riconosce che le disposizioni di quel titolo (su diritti e doveri) possono essere sviluppate, applicate e interpretate, a meno che non riducano o limitino i diritti fondamentali previsti dalla Costituzione e dai trattati e convenzioni internazionali. Ma sappiamo già che se una Comunità Autonoma può agire in un determinato ambito è perché questa materia rientra nelle competenze che assume attraverso il proprio Statuto di Autonomia. Pertanto, i diritti statutari, in quanto tali, non sono materialmente competenze – disciplinati anche nel loro Titolo specifico – per cui una prima interpretazione sistematica avrebbe dovuto portarci a questa stessa soluzione.

Le clausole di competenza autolimitative sono quelle che non consentono la confusione dei vari precetti inclusi nella stessa norma e che servono da limite per il corretto esercizio di ciascun precetto. I diritti statutari, pertanto, devono rispettare il limite che il legislatore statutario si impone in forza di clausole di questo tipo, che gli Statuti così esprimono: “I diritti e i principi del presente titolo non soporranno un’alterazione di regime di distribuzione delle competenze, né la creazione di titoli di competenza nuovi o la modifica di quelli già esistenti.”

Questa clausola stabilisce in definitiva qualcosa di ovvio: un diritto è un diritto e una competenza è una competenza; quindi non vi è modo di confondere le due norme perché funzioni e soggetti sono diversi, anche se l’obiettivo è comune ed è quello di generare un beneficio in capo ai cittadini.

Va notato che la presenza di tutte queste clausole aiuta proprio a delimitare concettualmente il tipo di norma che il legislatore statutario ha introdot-

<sup>18</sup> Per un percorso tra i diversi Statuti si veda J.M<sup>a</sup> PORRAS RAMÍREZ (2008).

to negli Statuti. In questo caso, l'art. 37 dello Statuto della Catalogna, che copre integralmente il problema del nesso con la limitazione della competenza, si è dimostrato il miglior modo di procedere alla definizione di questi nuovi diritti, come affermato nella STC 31/2010. Sul punto, merita una critica lo Statuto della Comunità Valenciana, che è tra gli Statuti che con minor rigore è entrato nella materia dei diritti statutari, senza che i suoi redattori si siano preoccupati di intendere tutto lo scopo, la potenzialità e coerenza da riferire alle novità su cui si trovavano a legiferare. Queste clausole non sono incluse come le altre espressamente prevedono. Sulla base di queste clausole, il Tribunale Costituzionale ha stabilito la sua dottrina, che su questo punto mi sembra vincente. Se lo Statuto Valenciano avesse previsto una clausola simile, avrebbe portato il Tribunale a definire prima il suo orientamento, il che in parte spiega, tra l'altro, la piccola ma importante qualificazione fatta con la STC 247/2007<sup>19</sup>.

#### **4. Verso una nuova speranza: il nuovo Statuto di Autonomia delle Canarie**

È passato più di un decennio dall'arrivo del nuovo modello di Statuto di Autonomia. E dalla famosa STC 31/2010 – l'inizio del processo sovrano in Catalogna – che ha segnato un nuovo corso nel divenire di quel modello territoriale aperto, oggi in scacco.

Forse quelle pompose dichiarazioni di diritti e principi che erano così nuove ma furono ripetutamente introdotte e copiate nei diversi Statuti riformati avevano le sembianze di un simbolo di quel tempo nuovo che le diverse riforme statutarie incarnavano. Come abbiamo già osservato, le riforme valenciana e catalana hanno mostrato modelli diversi ma un denominatore comune: la Comunità autonoma aspirava a qualcosa di più. Oggi forse anche i diritti statutari si sono sgonfiati come si sono sgonfiate tutte le bolle sognate durante i tempi del boom della nostra democrazia. I diritti statutari potrebbero essere stati un'altra bolla, o un'altra svolta, o entrambe le cose allo stesso tempo. La realtà è che esistono nel nostro ordinamento.

<sup>19</sup> Sul punto si veda LÓPEZ MENUDO (2009, 97), chi considera che può essere significativo il dato della degradazione dei diritti statutari fattasi dalla sentenza 247/2007 sullo Statuto valenciano, che non contiene una clausola del genere. Per EXPÓSITO (2011, 484), l'insistente pronunciamento del Tribunale Costituzionale reiterando quanto disposto nell'art. 37 EA Cat solo ha un pieno senso se viene anche riferito agli Statuti che non prevedono una clausola di questo tipo”.

L'efficacia di questi diritti statutari è stata mutilata nel momento in cui le Comunità Autonome hanno dovuto fare tagli alle loro politiche pubbliche. È evidente che i programmi di modernizzazione che richiamavano sulla carta non hanno avuto eco nella legislazione regionale, vero motore di cambiamento nella gestione dei rispettivi interessi. La validità resta intatta, in attesa di tempi nuovi in cui si possa realmente osservare come realizzano la loro opera di condizionamento dei successivi governi e assemblee autonomi. La tanto attesa ripresa economica può ora favorire una nuova entrata in vigore, comprenderne le potenzialità e uno sviluppo nell'attuazione che consenta di rendere effettivo il contenuto sociale dei diritti statutari.

Qualunque sia il futuro dello Stato autonomo, sono convinto che le carte dei diritti statutarie si consolideranno. Ma sarà necessario chiarirne il significato, l'idoneità e l'utilità. Il problema che abbiamo dovuto affrontare è stata proprio la mancanza di una riflessione politica sullo scopo reale – non simbolico – di questa inclusione come contenuto eventuale. La nostra autonomia vanta una concezione ampia – non c'è altra opzione se vogliamo coesistere – e questo ci permette di avere un modello territoriale duttile che ammette aspirazioni variegata, sempre restando all'interno del quadro costituzionale. I diritti statutari erano un'aspirazione che ha trovato spazio grazie a quel contenuto eventuale implicito che il Tribunale Costituzionale ha riconosciuto.

Per coloro che credono che questa sia una questione politica che interessa nazionalisti e indipendentisti, basti vedere che il modello catalano è stato seguito prima di tutti dall'Andalusia e da Castiglia e Leone, i cui cataloghi di diritti sono più estesi e meglio strutturati rispetto a quello dello Statuto valenciano. E richiamo l'attenzione su questo problema perché non possiamo lasciare che l'abuso del gioco politico offuschi, in nessuna direzione, la virtualità di questi diritti statutari. Non in senso centrifugo ma nemmeno centripeto. Risolto il problema dell'interrelazione delle fonti, ritengo che i diritti statutari possano materialmente contribuire al coinvolgimento politico della cittadinanza con la relativa comunità.

Tutto ciò trova un'attuale dimostrazione nel recentissimo Statuto di Autonomia delle Isole Canarie, approvato dalle Corti Generali nell'autunno del 2018<sup>20</sup>. Infatti, questo testo ha seguito il modello degli Statuti modificati e ha incluso una generosa carta dei diritti nel Titolo I (artt. 9-37). Questa si articola in 3 capitoli: 1) Disposizioni generali (artt. 9-11); 2) Diritti e doveri (artt.

<sup>20</sup> Legge Organica 1/2018, di 5 novembre, di riforma dello Statuto di Autonomia delle Canarie.

12-36); 3) Principi guida (art. 37). Sebbene non contenga un capitolo sulle garanzie, l'art. 36 è comunque dedicato a queste ultime. E allora, possiamo includere lo Statuto delle Canarie tra quelli di maggiore intensità, a livello del catalano, dell'andaluso, del castigliano - leonese. Tra le sue garanzie si prevede un possibile ricorso secondo le leggi processuali dello Stato e la figura dell'*ombudsman* autonomico: la *Diputación del común*.

Inoltre, all'art. 10 contiene le clausole autolimitanti, da intendersi nel senso che abbiamo esposto in precedenza. In tal modo si conferma che il Legislatore continua a tenere presente la categoria dei diritti statutari, dal momento che la prima grande riforma di uno Statuto avvenuta dal 2011, li ha reinseriti nel suo articolato. Questo a dimostrazione del salto che si è voluto fare nell'Arcipelago canario per collocarsi allo stesso livello del resto delle Comunità. Senza dimenticare che nello stesso periodo che abbiamo analizzato è stato discusso anche un progetto di Statuto per le Isole Canarie che alla fine non ha visto la luce a causa di diverse vicissitudini politiche.

L'importanza di questo testo risiede poi nell'opportunità della sua approvazione, in un complesso contesto politico territoriale e in un contesto economico di crescita che potrebbe contribuire a rendere effettive le regole in esso contenute. Il tempo non solo non ha indebolito l'opportunità dei diritti statutari, ma li ha confermati reintegrandoli in un testo statutario riformato, proprio come quelli riformati nel periodo 2006-2011.

Si potrebbe ritenere che in questi anni si è registrata un'*impasse* nello sviluppo della terza fase del processo autonomico quale conseguenza della crisi economica. Lo Statuto delle Isole Canarie è il massimo esempio di questa considerazione, ma dobbiamo tenere presente che attualmente sono al vaglio del Congresso dei Deputati due proposte di riforma di Statuti di Autonomia: Regione di Murcia e La Rioja stanno modificando i loro Statuti per adeguarsi alla seconda generazione e, di conseguenza, includere nei due primi titoli carte di diritti statutari.

Tutto questo ci indica un nuovo cammino e apre a nuovi orizzonti di riflessione. Poteva aversi l'impressione che i diritti statutari fossero destinati a una rapida fossilizzazione e invece, sulla base di quanto affermato, è negli stessi che si intravede una nuova speranza.

## 5. Riferimenti bibliografici

ÁLVAREZ CONDE E. (2007). *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Madrid, Iustel.

- APARICIO M. (ed.), CASTELLÀ & EXPÓSITO (coords.) (2008). *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Atelier.
- BALAGUER CALLEJÓN F. (dir.), L. ORTEGA ÁLVAREZ, G. CÁMARA VILLAR, J.A. MONTILLA MARTOS (coords.) (2008). *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Sevilla, IAAP.
- BALAGUER CALLEJÓN F. (2008). “Derechos, principios y objetivos en los Estatutos de Autonomía reformados”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, n° 13.
- CAAMAÑO F. (2007). “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 79.
- CÁMARA VILLAR G. (2009). “Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 85.
- CÁMARA VILLAR G. (2011). “Veste y realidad de los derechos estatutarios”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 151.
- CANOSA USERA R. (2007). “La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20.
- CANOSA USERA R. (2008). “Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007, de 13 de diciembre”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 22.
- CARRILLO M. (2011). “Los derechos estatutarios y sus garantías en la sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 92.
- CRUZ VILLALÓN P. (2006). “La reforma del Estado de las Autonomías”, *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, n° 2.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI T. (2008). “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 5.
- DÍEZ-PICAZO L.M<sup>a</sup> (2006). “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 78.
- DÍEZ-PICAZO L.M<sup>a</sup> (2007). “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 81.
- EXPÓSITO E. (2007). “La regulación de los derechos en los nuevos estatutos de autonomía”, *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, n° 5.
- EXPÓSITO E. (2011). “Declaraciones estatutarias ¿de derechos? Un análisis a la luz de las SSTC 247/2007 y 31/2010”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 27.
- FERNÁNDEZ FARRERES G. (2008). *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Esta-*

*do Autónomo? (comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas.

- FERRERES COMELLA V. (2006). “Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña”, en V. FERRERES COMELLA, P. BIGLINO CAMPOS, M. CARRILLO, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FERRERES COMELLA V., BIGLINO CAMPOS P., CARRILLO M. (2006). *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GARRORENA MORALES Á. (2006). “El derecho de aguas ante la reforma de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 18.
- LÓPEZ MENUDO F. (2009). “Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 73.
- MORCILLO MORENO J. (2013). *Validez y eficacia de los derechos estatutarios. En especial, el proyecto de reforma castellano-manchego*, Toledo, Ediciones Parlamentarias de Castilla – La Mancha.
- PORRAS RAMÍREZ J.M<sup>a</sup> (2008). “El mandato de interpretación, desarrollo y aplicación de los derechos, deberes y principios rectores conforme a la Constitución, el derecho europeo y las normas internacionales”, en F. Balaguer Callejón (dir.), L. Ortega Álvarez, G. Cámara Villar, J.A. Montilla Martos (coords.), *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Sevilla, IAAP.
- ROIG MOLÉS E. (2006). “La reforma del Estado de las Autonomías: ¿ruptura o consolidación del modelo constitucional de 1978?”, *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n° 3.
- RUIZ-RICO G. (coord.) (2006). *La reforma de los estatutos de autonomía*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- SÁNCHEZ BARRILAO J.F. (2012). “La giustiziabilità dei diritti riconosciuti dagli Statuti nello Stato *Autonómico* spagnolo”, *Quaderni Regionali*, n° 2.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA J.J. (1998). *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, Madrid, McGraw Hill.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA J.J. (2006). *Tiempo de reformas. El Estado autonómico en cuestión*, Madrid, Biblioteca Nueva.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA J.J. (2008). “Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 22.



TUR AUSINA R. & ÁLVAREZ CONDE E. (2010). *Las consecuencias jurídicas de la sentencia 31/2010, de 28 de junio del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La sentencia de la perfecta libertad*, Cizur Menor, Aranzadi – Thomson Reuters.

VILLAVERDE MENÉNDEZ I. (2011). “Estatutos, declaraciones de derechos y derechos estatutarios”, *Revista General de Derecho Constitucional* n° 13.



# PANORAMICA SUI SISTEMI ELETTORALI EUROPEI DALLA PROSPETTIVA DELLO STATO DI DIRITTO\*

ADORACIÓN GALERA VICTORIA

SUMARIO: 1. Introduzione. – 2. La preferenza per il sistema proporzionale e altre regole elettorali comuni. – 3. Le norme elettorali e i meccanismi europei dello Stato di diritto come garanzia della democrazia pluralista. – 3.1. I meccanismi europei dello Stato di diritto dinanzi alle democrazie illiberali. – 3.2. Le norme elettorali dinanzi alle minacce interne alla democrazia pluralista. – 4. Conclusioni. – 5. Bibliografia.

## 1. Introduzione

La procedura elettorale è uno degli strumenti più forti e decisivi per articolare la democrazia e garantire l'efficacia del principio democratico. Per decenni, il professor Bobbio (1984) ha riflettuto sui grandi problemi e sfide derivanti dall'adozione della democrazia, ha incentrato la sua costruzione dogmatica attorno a un'idea procedurale di democrazia e ha affrontato i fattori che influenzano la sua configurazione pratica e le minacce che la mettono in pericolo. Costruzioni teoriche e analisi comparative delle esperienze intorno alle connessioni tra la scelta del sistema e la ricostruzione e il consolidamento delle democrazie europee e americane abbondano nel mostrare la virtualità delle regole di procedura e i molteplici fattori che convergono per raggiungere questo obiettivo (NOHLEN, 1988). Uno studio comparato delle norme che regolano la procedura elettorale nei paesi dell'Unione richiede di individuare e affrontare le molteplici e complesse forme che tali norme assumono in coerenza con la cultura politica e le circostanze storiche e sociali in cui si progettano le stesse regole del procedimento e il sistema partitico. Tale obiettivo va oltre le pretese delle pagine che seguono, che cercheranno solo di mostrare una panoramica circa i tratti comuni e alcune notevoli divergenze che possono rilevarsi nei sistemi elettorali europei. In seguito, sulla base di queste premesse teoriche, l'intenzione è quella di rintracciare nuovi

\* La versione in spagnolo di questo testo è stata pubblicata con il titolo "Panorámica sobre los sistemas electorales europeos desde la perspectiva del Estado de derecho" in *La ciudadanía europea*, 2/2020, 61-82. Tradotto da Giacomo Palombino (Università degli Studi di Napoli Parthenope).

fattori interni ed esterni che indeboliscono e mettono in serio pericolo la validità dei valori della democrazia e dello Stato di diritto.

Infatti, da almeno un decennio, ha assunto un particolare rilievo la presenza nel mondo della cosiddetta democrazia illiberale, la quale, senza rinnegare apertamente i principi della democrazia liberale, coniuga pratiche democratiche con pratiche autocratiche che minano i presupposti politici e giuridici del sistema democratico e dello Stato di diritto<sup>1</sup>. È una forma di democrazia che indebolisce il sistema costituzionale dall'interno, dalle istituzioni di potere e attraverso i processi elettorali, mette in discussione principi essenziali del costituzionalismo democratico come la separazione dei poteri, il principio di legalità, i valori di libertà e uguaglianza o rispetto delle minoranze. Accanto a questa importante condizione della democrazia, gli effetti della globalizzazione nell'era della società dell'informazione e della comunicazione aggiungono nuovi agenti esterni (agenzie tecnologiche e finanziarie globali) che interferiscono nei processi elettorali, generando significative dosi di instabilità e incertezza nelle democrazie consolidate<sup>2</sup>. L'esperienza delle ultime elezioni presidenziali statunitensi tenutesi nel novembre del 2020 ha mostrato ancora una volta un fenomeno che si era già manifestato nel 2016 in occasione della precedente chiamata elettorale statunitense o in Europa nel referendum sulla Brexit, i cui dirompenti effetti sulla democrazia pluralista sono evidenti. Dalla messa in discussione della trasparenza e della legalità del processo elettorale da parte dei suoi protagonisti e dall'inferenza degli agenti globali nello sviluppo delle campagne elettorali, si genera un clima di incertezza sulle regole della democrazia e una società della paura (vedi SÁNCHEZ BARRILAO, 2020a e 2020b) che mettono in discussione le fondamenta del sistema democratico e dello Stato di diritto.

Fenomeni dinanzi ai quali l'Europa non solo sembra non essere al sicuro, considerato che è diventata il bersaglio perfetto del discorso illiberale (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (2019, spec. pp. 126 ss.), sottolineano il fallimento della fiducia del sistema che va al di là delle istanze che riguardano i partiti politici e il loro ruolo nella democrazia costituzionale (MORLOK, 2019, 381). La fiducia intesa come categoria fondamentale della democrazia rappresentativa, la quale presuppone che gli attori politici, le regole e le pro-

<sup>1</sup> Come è noto, il termine democrazia illiberale e la identificazione di una sua crescente presenza nel mondo si deve al giornalista F. ZAKARIA (1997).

<sup>2</sup> Il fenomeno è stato analizzato da F. BALAGUER CALLEJÓN (2018; 2019a; 2019b; 2020a y 2020b). In merito alla confluenza della democrazia illiberale e i nuovi agenti esterni nelle attuali democrazie, v. D'ATENA (2020, 33).

cedure conducano al raggiungimento del comune bene e a risolvere la tensione dialettica tra individualismo e impegno collettivo (IDEM, 381-382). Tuttavia, la pratica europea degli ultimi anni mostra debolezze e violazioni della fiducia nel sistema, come esemplificato dai casi unici di Ungheria e Polonia, dove le autorità promuovono pratiche contrarie alle norme e ai principi dello Stato di diritto e della democrazia. Proprio così come il successo elettorale delle formazioni politiche di estrema destra che, installate nelle istituzioni centrali del sistema politico, oggi in ventidue parlamenti e cinque governi europei, difendono posizioni volte a mettere in discussione le norme che regolano la procedura elettorale, la legittimità dei risultati elettorali e le decisioni della maggioranza di governo.

Per l'analisi di queste domande, nel presente studio vogliamo partire dalla visione preferenziale del *teorico del Diritto e della democrazia* (FERRAJOLI, 2010) da un'idea procedimentale di Democrazia che ci guiderà, da un lato, ad individuare alcune delle caratteristiche delle formule che consentono di articolare il processo elettorale nelle democrazie europee. E, dall'altro lato, ad approfondire i fattori che condizionano e addirittura sovvertono le regole di base che hanno segnato lo sviluppo degli ultimi processi elettorali nel contesto dell'Unione Europea. Tali riflessioni intendono sottolineare il ruolo determinante svolto dalle regole del sistema elettorale come espressione del principio democratico e dello Stato di diritto. Per fare ciò, individueremo alcune delle caratteristiche che definiscono e accomunano questi sistemi elettorali e cercheremo di delimitare i fattori interni ed esterni e il loro grado di incidenza negli ultimi processi elettorali. Questi obiettivi, che ci costringeranno a sforzarci di comprendere le circostanze che indeboliscono le regole essenziali per l'articolazione della democrazia nel contesto europeo, sono, a loro volta, diretti a cercare di individuare meccanismi correttivi dell'attuale sistema. Ci si propone, quindi, di riflettere su questi nuovi fantasmi che minacciano i pilastri essenziali del comune patrimonio europeo e indeboliscono i presupposti dello Stato di diritto e di richiamare quelle proposte dogmatiche che puntano verso le norme e la procedura elettorale per fermare questa tendenza e preservare la democrazia costituzionale.

## **2. La preferenza per il sistema proporzionale e altre regole elettorali comuni**

È frequente sottolineare la centralità della procedura elettorale nell'articolazione del pluralismo sociale e della democrazia rappresentativa.

È lo strumento destinato a tradurre il pluralismo sociale espresso nelle elezioni e trasferirlo nella sfera parlamentare. Le regole e la procedura elettorale, quindi, non hanno solo una valenza tecnica, ma svolgono anche una funzione istituzionale in quanto predisposte a definire la rappresentanza politica e con essa la forma di governo (cfr. GAMBINO, 1995; 1996; 1997; 2009, 20-22). I sistemi democratici europei poggiano sul sistema elettorale e sulle garanzie e meccanismi che consentono la conformazione parlamentare del pluralismo. Sono note anche le grandi difficoltà che circondano la progettazione dell'ingranaggio di un sistema che rispecchi fedelmente il pluralismo e le condizioni storiche e politiche che determinano la scelta finale del modello elettorale. La configurazione dei sistemi elettorali europei detiene queste condizioni e dimostra una netta preferenza per il sistema proporzionale rispetto alla formula maggioritaria, con l'adeguamento delle regole generali a ciascun caso particolare. La preferenza per l'uno o per l'altro modello mostra, in ogni caso, un interessante e classico dibattito tra governabilità e rappresentatività, tra stabilità, responsabilità e pluralismo che oggi deve essere rivisitato tenendo conto dei nuovi fattori interni ed esterni che influenzano lo sviluppo dei processi elettorali.

I sistemi elettorali della maggior parte degli Stati membri dell'Unione Europea rispondono in via preferenziale alla logica proporzionale piuttosto che a quella maggioritaria, sebbene sia difficile rilevare l'esistenza di un modello puro o chiaramente coincidente con uno solo di questi modelli. Il primo tratto distintivo dei sistemi elettorali in ambito comunitario è dunque la preferenza per il sistema proporzionale modulato con tecniche del sistema maggioritario tese a favorire la governabilità (in particolare attraverso il "premio di maggioranza", previsto ad esempio nel sistema italiano<sup>3</sup>) fino ai casi estremi in cui a volte le regole di entrambi sono combinate per formare un modello misto. Approfondire l'approccio normativo adottato in queste pagine per offrire questa panoramica dei sistemi elettorali in Europa ci pone nuovamente dinanzi alle teorie della democrazia e del buon governo (cfr. NOHLEN, 1984; 2002, 12). In particolare, nel dibattito tra governabilità e rappresentatività, tra stabilità e responsabilità, e uguaglianza di suffragio e pluralismo. Ma come vedremo in seguito, le regole che compongono i sistemi elettorali individuati non risolvono il dilemma che sembra porre la scelta di

<sup>3</sup> Come è noto, introdotta con la riforma della legge elettorale del 6 maggio del 2015, n. 52, promossa dal governo di M. Renzi, fu confermata dalla Corte costituzionale italiana il 25 gennaio del 2017. Per un approfondimento, v., tra gli altri, R. D'ALIMONTE (2015); I. DELGADO (2016); C. FUSARO (2016).

formule studiate nell'ultima legislatura nella trasformazione dei voti in seggi secondo i principi di rappresentanza (preferibilmente) maggioritario o (preferibilmente) proporzionale.

L'esempio emblematico della presenza del sistema maggioritario a collegio uninominale in ambito europeo è il caso britannico, ormai esteso a causa della Brexit ma altrettanto valido e utile per mostrare i diversi modi di concepire il diritto e in particolare la logica comune nel diritto anglosassone (MOCCIA, 2005/2013). Un altro caso unico è quello francese, dove i due sistemi elettorali coesistono. Da un lato, bisogna evidenziare l'opzione per il sistema maggioritario relativamente alle elezioni legislative francesi, i cui rappresentanti sono eletti in un collegio uninominale a doppio turno e, dall'altro, il sistema proporzionale per le elezioni dei rappresentanti nei medi e grandi comuni, senatori dipartimentali, le assemblee legislative della Corsica e dei territori d'oltremare e il Parlamento europeo (v. DARANAS PELÁEZ, 2014a; e LEQUQCQ, 2020). Nell'opzione per il sistema maggioritario si osserva che le regole che governano il sistema sono volte a garantire stabilità e governabilità dopo il processo elettorale. Sono sistemi che privilegiano la stabilità e la responsabilità, rafforzando le tecniche che assicurano la formazione del governo, anche se questo mette a rischio l'uguaglianza nel conteggio dei voti, ma anche il pluralismo e la presenza di minoranze parlamentari.

Tuttavia, i sistemi elettorali devono tendere a raggiungere livelli adeguati di rappresentanza degli interessi di maggioranza e dei gruppi sociali nelle istituzioni, ma anche delle minoranze nella società. Tale obiettivo, che appare più certo nelle formule proporzionali, richiede tuttavia un raffinato esame che lo faccia dipendere dalla reale partecipazione dell'elettorato e dall'efficacia del voto e della trasparenza nello svolgimento del processo elettorale e, in definitiva, della legittimità politica e dell'accettazione sociale del sistema elettorale (NOHLEN, 2002, 15-18). Questi ultimi aspetti concentrano l'analisi teorica sui molteplici obiettivi a cui è diretto il disegno del sistema elettorale e la cui stabilità nel tempo varia notevolmente da paese a paese a seconda del contesto politico, sociale e delle circostanze politiche di ciascuno Stato<sup>4</sup>. In ogni caso, l'opzione prevalente negli Stati europei per definire le regole della procedura elettorale e che come tale viene accolta come norma comune per l'elezione al Parlamento europeo è il sistema di rappresentanza proporziona-

<sup>4</sup> Su questo aspetto, è significativa la riforma del sistema elettorale dei paesi dell'Est, v. *ad ex.* C. FLORES JUBERÍAS (1992; 2003). Merita di essere menzionato anche il dinamismo del caso italiano a cui intensa attività legislativa in materia di regime elettorale negli ultimi anni è un ostacolo alla sua consolidazione (cfr. F. CLEMENTI, 2020).

le<sup>5</sup>. Infatti, il disegno della mappa elettorale in Europa, pur essendo polimorfico (NOHLEN, 2005), converge sul principio di proporzionalità (cfr. ARNALDO ALCUBILLA, 2020; AZPITARTE SÁNCHEZ, 2020; BASTIDA FREIJEDO, 2020; BIGLINO CAMPOS, 2020; BLANCO VALDÉS, 2020; GÁLVEZ MUÑOZ, 2020; GARCÍA MAHAMUT, 2020; GAVARA DE CARA, 2020) ormai sancito tra le regole minime comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati, che avanza, seppur lentamente, verso l'attuazione della legislazione elettorale comune<sup>6</sup>. Nell'ottica di offrire una panoramica dei sistemi elettorali europei, può essere utile focalizzare l'attenzione su quattro aspetti che possono essere considerati centrali nel disegno della procedura elettorale, ovvero la circoscrizione elettorale, la soglia di sbarramento per il processo elettorale, l'assegnazione dei seggi, il riconoscimento della titolarità e l'esercizio del diritto di suffragio passivo e, infine, le tipologie di candidatura e la struttura del voto.

In primo luogo, il collegio elettorale nella maggior parte degli Stati membri è plurinominali, seguendo la tendenza che lega il sistema proporzionale a questa ripartizione territoriale ai fini elettorali. L'efficacia della formula proporzionale è fortemente correlata al numero di seggi assegnati a una circoscrizione, ma la complessità e la diversità dei fattori coinvolti nella definizione della circoscrizione e del numero di seggi assegnati è una delle questioni più controverse e complesse in materia di regole di voto a causa delle variabili che possono essere lanciate rispetto ai risultati finali. Un esempio della varietà e complessità di questo parametro si osserva nelle diverse opzioni nazionali previste per definire il collegio elettorale nelle elezioni del Parlamento europeo: la maggior parte degli Stati agisce come un collegio unico, sebbene anche il territorio nazionale sia suddiviso in circoscrizioni che possono variare tra le quattordici della Polonia, le cinque dell'Italia, quattro in Irlanda o tre in Belgio.

In secondo luogo, può essere interessante evidenziare un secondo criterio radicato e generalizzato nelle formule proporzionali nazionali, che consiste nell'istituire una soglia di sbarramento. Le leggi elettorali coincidono per lo più nel fissare il 5% come soglia minima di sbarramento nelle elezioni dei parlamenti nazionali, anche se può essere abbassata al 3% (Grecia, Spagna,

<sup>5</sup> In virtù dell'Atto del 20 settembre 1976, relativo all'elezione dei deputati al Parlamento europeo tramite suffragio universale diretto modificato in ultimo dalla Decisione (UE, Euratom) 2018/994 del Consiglio, il 13 luglio 2018.

<sup>6</sup> Circa l'ampia dibattito sul punto, J. SANTAMARÍA OSSORIO, J. MARÍA RENIU, (1995). Per lavori più recenti, tra gli altri, v. V. M. CUESTA LÓPEZ, (2019); M. J. GARCÍA GARCÍA, (2019); S. ALONSO DE LEÓN, (2019); e ancora prima, P. MELLADO PRADO (2014).



Italia) o al 4% (Austria e Svezia) e, in virtù della riforma della legislazione elettorale europea fino al 2% in caso di elezioni del Parlamento europeo<sup>7</sup>. Si possono tracciare alcuni punti di confluenza anche nello spazio elettorale europeo in relazione al diritto al suffragio passivo, poiché esiste una certa resistenza alla confluenza delle norme nazionali (MELLADO PRADO, 2014-2015). Si segnalano tuttavia solo alcune eccezioni riguardanti la titolarità del diritto dall'età di diciotto anni (Austria e Malta, 16 anni e Grecia, 17 anni) e il legame preferenziale al concetto di nazionalità, salvo il notevole riconoscimento del diritto ai cittadini europei alle elezioni comunali e che, in molti Stati membri, è esteso ai residenti di Stati terzi, seppur in modo limitato e condizionato (Belgio, Danimarca, Slovacchia, Slovenia, Estonia, Finlandia, Ungheria, Irlanda, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi o Svezia)<sup>8</sup>. La qualità del voto ha qualche particolarità in alcuni Stati come la sua obbligatorietà (Belgio, Bulgaria, Cipro, Grecia e Lussemburgo) o la possibilità di esercitare il diritto dall'estero, ammessa in quasi tutti gli Stati (eccetto Repubblica Ceca, Irlanda, Malta e Slovacchia).

Per quanto riguarda la struttura del voto e la libertà dell'elettore nel determinare il voto per i candidati presentati nella lista, la maggior parte degli Stati membri lascia agli elettori la libertà di modificare l'ordine dei candidati (voto di preferenza) tranne che in sei Stati (Germania, Spagna, nelle elezioni al Congresso dei Deputati, Francia, Ungheria, Portogallo e Romania) a liste chiuse. Irlanda e Malta prevedono la graduatoria dei membri della candidatura in ordine di preferenza (voto unico trasferibile)<sup>9</sup>. L'effetto unificante che la riforma del regolamento elettorale europeo ha ottenuto per alcuni aspetti si proietta anche nei poteri statali sulle modalità di voto (anticipato, per corrispondenza, telematico e online) con l'adozione di misure volte a garantire l'affidabilità del risultato elettorale, come la segretezza del voto e la protezio-

<sup>7</sup> Una delle principali novità della riforma della legge elettorale europea è quella prevista nella Decisione (UE, Euratom) 2018/994 del Consiglio, il 13 luglio 2018, che fissa una soglia di sbarramento minima tra il 2% e il 5% per l'attribuzione di seggi nelle circoscrizioni che contano più di 35 seggi (art. 3, co. 2). In pratica, questa disposizione comporterà, per esempio, che la Spagna dovrà adattare le sue norme elettorali interne per la prossima tornata elettorale del Parlamento europeo prevista per il 2024.

<sup>8</sup> In merito a tale questione e alla tendenza alla espansione del riconoscimento del diritto alle persone straniere residenti, v. *Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General* del 24 febbraio 2009, soprattutto pp. 40 ss.

<sup>9</sup> Su questa modalità di voto, v. lo studio di M. GARROTE DE MARCOS (2020).

ne dei dati personali<sup>10</sup>. Infine, c'è un elemento singolare per quanto riguarda il sistema di elezione delle candidature perché, sebbene il sistema delle liste chiuse sia il più frequente come opzione più vicina al sistema proporzionale, il sistema di candidatura per i partiti politici coesiste con le candidature aperte in quasi la metà degli stati dell'Unione<sup>11</sup>. Alle elezioni del Parlamento europeo, la maggior parte degli Stati consente di scegliere un candidato o di sceglierlo in una lista aperta<sup>12</sup>, dinanzi a coloro che presentano candidature a partiti politici (Germania, Spagna, Francia, Grecia, Ungheria, Portogallo e Romania).

È facile verificare la pluralità di formule che confluiscono nel disegno dei sistemi elettorali europei e la difficoltà di estrarre categorie generali che descrivano un modello elettorale comune. Tuttavia, è possibile individuare alcuni dei pilastri del patrimonio comune europeo in materia elettorale sulla base della proporzionalità come principio ispiratore pressoché unanime nella definizione delle regole del gioco delle democrazie europee. La ricerca di una maggiore rappresentanza del pluralismo sociale nelle istituzioni democratiche porta alla regola della proporzionalità prevalente nei sistemi europei. Ma la definizione di norme e procedure sfumate dalla cultura politica e dal contesto sociale adegua la proporzionalità con regole volte a garantire il governo del sistema politico e a controllare ed esigere la responsabilità dai rappresentanti. E ciò in quanto, di fatti, è nella definizione del sistema elettorale che ogni Paese proietta la sua idea di rappresentanza e governo democratico secondo una tradizione storica, culturale e sociale. Nello spazio culturale europeo tale definizione è stata espressa in termini di proporzionalità, uguaglianza e pluralismo in quanto si rileva la presenza di variabili del sistema maggioritario come fattori di governo e stabilità del sistema. Avendo consolidato queste formule elettorali negli Stati e proiettato alcune regole comuni

<sup>10</sup> V. il nuovo art. 4 *bis* della Decisione (UE, Euratom) 2018/994 DEL CONSIGLIO del 13 luglio 2018 che modifica l'atto relativo all'elezione dei deputati al Parlamento europeo tramite suffragio universale diretto, annesso alla Decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio del 20 settembre 1976: «Gli Stati membri possono prevedere la possibilità del voto anticipato, per corrispondenza, elettronico e via Internet per le elezioni del Parlamento europeo. In tal caso, adottano misure adeguate per garantire, in particolare, l'affidabilità dei risultati, la segretezza del voto e la protezione dei dati personali conformemente al diritto dell'Unione applicabile.»

<sup>11</sup> Austria, Belgio, Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Lettonia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Slovacchia, Slovenia e Svezia.

<sup>12</sup> Austria, Belgio, Bulgaria, Danimarca, Slovacchia, Slovenia, Estonia, Finlandia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Polonia e Svezia.

nel quadro elettorale europeo, la questione centrale sarebbe ora chiedersi se raggiungano i risultati attesi in termini di rappresentanza, partecipazione politica e integrazione sociale. Cioè, i risultati dei sistemi elettorali dovrebbero essere esaminati in accordo con le istituzioni e i principi fondamentali che esprimono la qualità della democrazia e, con essa, la forza dello Stato di diritto. Per questo motivo, in seguito, il focus del lavoro è rivolto all'individuazione delle più recenti e chiare espressioni degli effetti delle condizioni interne al sistema che riducono significativamente la qualità delle democrazie europee e indeboliscono i pilastri dello Stato di diritto.

### **3. Le norme elettorali e i meccanismi europei dello Stato di diritto come garanzia della democrazia pluralista**

La neutralità e la trasparenza delle procedure elettorali, il rispetto della legalità e l'indipendenza dei poteri pubblici nello sviluppo della procedura elettorale sono pilastri essenziali dello Stato di diritto e fattori determinanti per la democrazia. Inoltre, libertà di espressione, libertà di associazione, garanzia nell'esercizio del diritto di voto, veridicità e neutralità dell'informazione, parità di voto e partecipazione e integrazione delle minoranze. Questi diritti, principi e garanzie procedurali che sono presupposti delle democrazie pluraliste sono stati contestati negli ultimi anni dai poteri pubblici nazionali o da formazioni politiche con una crescente rappresentanza politica nelle istituzioni democratiche nazionali e nel Parlamento europeo. Come espressione di un fenomeno globale, le democrazie costituzionali europee e l'Unione europea come organizzazione politica stanno attualmente affrontando la sfida di garantire i diritti, i principi e i valori essenziali del costituzionalismo europeo. Dai rinnovati parametri costituzionali, l'attuale contesto politico esige una risposta efficace alle minacce o all'erosione dei principi e dei valori fondanti della democrazia. La necessità di garantire il rispetto dello Stato di diritto come valore comune dell'Unione e, con essa, della democrazia è assunta come obiettivo prioritario dalle principali istituzioni dell'Unione europea. E ciò in quanto negli ultimi anni nello spazio costituzionale europeo si è assistito all'esistenza di pratiche che interferiscono con la qualità della democrazia, talvolta minando, a volte dall'interno e altre dall'esterno, la piena manifestazione del principio democratico, attraverso l'intervento di agenti esterni nei processi elettorali che distorcono e minacciano la legittimità dei risultati elettorali e, in questo modo, lo stesso sistema democratico. In una duplice prospettiva, vengono di seguito presentate le

attuali espressioni di un problema costituzionale che deve essere affrontato da una visione garantista e procedurale della democrazia pluralista.

### **3.1. I meccanismi europei dello Stato di diritto dinanzi alle democrazie illiberali**

Come si ricorderà, una delle prime manifestazioni dell'erosione in Europa dei valori e principi essenziali del patrimonio comune europeo attraverso l'uso delle molle del sistema democratico si è verificata due decenni fa in Austria con l'ascesa del Partito della Libertà di Haider. La situazione che a quel tempo avrebbe potuto aiutare a riflettere sulle democrazie europee<sup>13</sup>, lungi dall'essere aneddotica e con poca esperienza, appare oggi come una tendenza preoccupante e come un primo riscontro di debolezze sistemiche dello Stato di diritto, oggi chiaramente individuate nei casi ungheresi e polacco. È noto che dall'inizio del secondo decennio di questo secolo, le manifestazioni di situazioni critiche, di debolezze sistemiche nel contesto europeo sono più che tendenze. In primo luogo, con la vittoria in Ungheria del partito Fidesz nel 2010 e cinque anni dopo in Polonia, il ritorno al governo del partito Diritto e Giustizia nel 2015 con un sostegno sociale crescente, obbliga le istituzioni dell'Unione a rispondere alle azioni che dagli Stati metta in discussione e in pericolo i valori espressi nell'articolo 2 TUE. Le motivazioni politiche, culturali e sociali che potrebbero essere alla base di queste reazioni (cfr. KRASDEV e HOLMES, 2019) possono aiutare a contestualizzare le azioni dei governi statali che, dopo processi di democratizzazione simultanei e interconnessi<sup>14</sup>, promuovono misure che limitano le libertà fondamentali in una democrazia. In entrambi i sistemi politici, le sfide ai pilastri del costituzionalismo europeo si traducono in riforme della legislazione elettorale e della Costituzione<sup>15</sup> dove si proiettano ideali contrari al progetto europeo. Esistono infatti gravi limitazioni alla libertà di espressione e di informazione sotto l'iperregolamentazione e il controllo dei media<sup>16</sup>, la limitazione della

<sup>13</sup> Vid M. FLORENTÍN (1999). Con una visione più generale sulla riapparizione storica di movimenti ultranazionalisti e la loro minaccia per la democrazia europea, v. J. L. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ (2004).

<sup>14</sup> Sul punto, C. FLORES JUBERÍAS (1992; 2003). In ogni caso, si segnalano anche approcci distinti, cfr. C. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (1993).

<sup>15</sup> V. F. VECCHIO (2010). Per un esame più dettagliato della riforma della Costituzione ungherese, v. A. JAKAB Y P. SONEVEND (2014); M. DARANAS PELÁEZ, (2014b); A. JAKAB (2019).

<sup>16</sup> V. l'analisi degli strumenti di controllo introdotti dalla Legge dei Mezzi di comunicazione approvate dal Parlamento ungherese il 21 dicembre 2010 realizzata dal Parlamento euro-

libertà di espressione, la difesa di misure contrarie alla dignità umana e all'uguaglianza, particolarmente concentrate contro l'uguaglianza delle donne e i gruppi LGTBQ, il divieto del matrimonio tra persone dello stesso sesso, l'esclusione delle minoranze (DE LA GUARDIA e PÉREZ SÁNCHEZ, 2019). Sono state approvate modifiche del sistema giudiziario che ledono l'indipendenza giudiziaria e la separazione dei poteri<sup>17</sup> e la limitazione costituzionale dei poteri della Corte costituzionale e modifiche nella procedura per la nomina dei suoi membri. Insieme a queste misure, vengono approvate riforme della legislazione elettorale volte a minare l'esercizio del diritto di voto e a favorire la maggioranza al potere.

La preoccupazione per queste lesioni ai diritti e ai principi centrali da parte delle autorità nazionali e, con essa, l'autoaffermazione delle democrazie illiberali che dall'interno degli Stati membri minacciano lo Stato di diritto costituzionale e i pilastri centrali del costituzionalismo europeo (Azpitarre SÁNCHEZ, 2018) innescherà risposte istituzionali e legali nello spazio europeo. Si attivano i meccanismi di prevenzione e sanzione previsti dalla normativa originaria agli artt. 7 TUE e 258 TFUE<sup>18</sup> e che promuovono l'approvazione del quadro europeo per il rafforzamento dello Stato di diritto<sup>19</sup>, ad integrazione dei meccanismi già esistenti nel diritto europeo e come dialogo strutturato di fronte alle minacce sistemiche allo Stato di diritto. Le misure adottate dal Parlamento europeo e il controllo giuridico esercitato dalla CGUE sottolineano anche un potenziale costituzionale senza preceden-

peo nella Risoluzione del 10 marzo 2011 (DO C 199 E del 7.7.2012).

<sup>17</sup> Come la controversa riduzione dell'età pensionabile dei giudici della Corte suprema a 65 anni come stabilito dalla legge giudiziaria polacca dell'8 dicembre 2017 (in vigore dal 3 aprile 2018). La questione ha riguardo alla presidenza del più alto organo giudiziario il cui mandato costituzionale di 6 anni doveva essere prorogato fino al 2020. Inoltre, la legge polacca attribuisce al Presidente della Repubblica il potere discrezionale di estendere o meno le funzioni dei giudici di questo organo giudiziario. Sul punto, A. MENDEL-NYKOROWYCZ y P. BURAS (2018). Nello stesso senso, J. F. LÓPEZ AGUILAR (2016; 2019).

<sup>18</sup> Da un lato, la procedura d'infrazione prevista dall'art. 258 TFUE, attivata nei casi C-286/12, Commissione contro Ungheria; C-518/07, Commissione contro Germania y C-614/10 (Commissione contro Austria). Ancor più degna di nota è l'attivazione dei meccanismi previsti dall'art. 7 TUE, di natura preventiva in caso di "evidente rischio di violazione grave" (comma 1), e del meccanismo sanzionatorio nei casi di "violazione grave e persistente di uno Stato membro" (comma 2 TUE) dei valori di cui all'articolo 2 TUE.

<sup>19</sup> V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, "Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho", COM(2014) 158 final, de 11 de marzo, ([https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0005.01/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0005.01/DOC_1&format=PDF)), p. 2.

ti (cfr. VON BOGDANDY, BOGDANOWICZ, CANOR, TABOROWSKI, SCHMIDT, 2018; von Bogdandy, 2018), il rilievo dello Stato di diritto come patrimonio costituzionale europeo comune e il rapporto intrinseco tra Stato di diritto, democrazia e diritti fondamentali. Ma anche l'attivazione di questi meccanismi e controlli mostra la limitata capacità di influenza dell'Unione Europea sui paesi dell'Est (BECERRIL ATIENZA, 2020).

In ogni caso, d'accordo con un'adeguata comprensione di questo quadro di azione, va ricordato che lo Stato di diritto definito come la "spina dorsale della democrazia europea" è considerato nella sua prospettiva materiale come un veicolo per garantire il rispetto dei valori dell'articolo 2 TUE di fronte a minacce strutturali o sistemiche nell'ordinamento politico, istituzionale o giuridico di uno Stato membro<sup>20</sup>. E con ciò bisogna sottolineare, da un lato, che il concetto di debolezza sistemica risponde a una costruzione dogmatica (VON BOGDANDY e IOANNIDIS, 2014) sviluppata a partire da criteri individuati dalle istituzioni europee che mostrano una situazione critica che richiede una risposta giuridica basata su una "scelta costituzionale di fondo" nel diritto originario: il rispetto dei valori dell'articolo 2 TUE e la responsabilità derivante dalla loro inosservanza, oltre all'uguaglianza di tutti gli Stati dinanzi al diritto europeo (articolo 4 TUE) (IBIDEM, p. 29). E dall'altro, che l'articolo 2 TUE afferma che l'Unione "si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani", valori che identificano l'Unione Europea come organizzazione e anche i suoi Stati membri, obbligati a rispettarli e garantirli.

In questo contesto e di fronte all'erosione e al deterioramento dei valori democratici e dello Stato di diritto, nel corso del decennio 2010-2020 si è aperto un nuovo scenario di azione per le istituzioni europee. Da un lato, il Parlamento ha lanciato continui avvertimenti sulla situazione ungherese e polacca, richiedendo la necessità di attivare con urgenza i cosiddetti meccanismi di *Rule of Law Warning* y *Rule of Law Mechanism*<sup>21</sup>. Nel 2016 la Commissione ha attivato il meccanismo dello Stato di diritto secondo la pro-

<sup>20</sup> Per uno studio di questo ambito normativo, tra gli altri, v. C. PÉREZ BERNÁRDEZ (2016); M. D. BLÁZQUEZ PEINADO (2019).

<sup>21</sup> Al riguardo, le conclusioni contenute nella "Risoluzione sull'Ungheria" e nel Report della delegazione dei deputati al Parlamento europeo sulla visita a Budapest dal 24 al 26 di settembre del 2012; la Risoluzione del Parlamento Europeo, del 16 dicembre del 2015, sulla situazione in Ungheria (2015/2935(RSP)). Allo stesso modo, la risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta che chiede al Consiglio, d'accordo con l'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione Europea, di verificare l'esistenza di un chiaro rischio di grave violazione da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione.

cedura avviata d'accordo con il "nuovo quadro UE per rafforzare lo Stato di diritto" che promuove un rafforzamento dello Stato di diritto, concentrandosi sul suo aspetto sostanziale, sui principi che lo configurano intrinsecamente come un valore costituzionale comune: legalità, sicurezza giuridica, interdizione dell'arbitrarietà dei pubblici poteri, uguaglianza, imparzialità e indipendenza giudiziaria, tutela giurisdizionale effettiva. Allo stesso tempo, viene sottolineato il suo aspetto formale, grazie al quale la democrazia e il rispetto dei diritti si realizzano attraverso il rispetto delle norme che regolano il processo elettorale<sup>22</sup>. Ebbene, si tratta di assicurare le garanzie della procedura elettorale, di un sistema soggetto a norme e regole che assicurino lo sviluppo delle campagne elettorali e dei risultati con tutte le garanzie di trasparenza, indipendenza e neutralità delle democrazie pluraliste. La successione di misure di dialogo strutturato volte a rafforzare lo Stato di diritto che la Commissione ha mantenuto da allora si unisce alla difesa giudiziaria della CGUE. E ciò insieme alle proposte di intervento formalizzate<sup>23</sup>, all'attivazione di procedure per inosservanza del diritto europeo (art. 258 TUE) e l'adozione di misure cautelari di sospensione delle norme statali impugnate che dal 2017 collocano la CGUE nel quadro istituzionale in difesa dello spazio giuridico europeo e contro le minacce allo Stato di diritto<sup>24</sup>, in particolare a tutela dell'indipendenza giudiziaria negli Stati membri.

In breve, le evidenti azioni lesive dei diritti, dei principi e dei valori essenziali per la democrazia e la separazione dei poteri e, quindi, gli evidenti segni di debolezza del *Rule of Law* in Ungheria e Polonia hanno innescato meccanismi di risposta politica e giuridica. L'Unione agisce con meccanismi che consolidano nello spazio europeo una comprensione dello Stato di diritto costituzionale basata sui valori della fiducia reciproca e della democrazia pluralista. Si tratta, insomma, di rispondere efficacemente ai fenomeni che dall'interno del sistema erodono le fondamenta del comune patrimonio costituzionale e culturale europeo. Tuttavia, la reazione europea a queste minacce può solo parzialmente raggiungere gli obiettivi di consolidamento di sistemi costituzionali segnati da eredità culturali (JAKAB, 2019, 165 ss.) che si ripropongono in un contesto politico che favorisce instabilità sociale e istituziona-

<sup>22</sup> Sul punto, v. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio, "Il nuovo quadro dell'Unione europea per rafforzare lo Stato di diritto", cit., pp. 4 y 5.

<sup>23</sup> Sviluppato ulteriormente dalla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, "Rafforzamento dello Stato di diritto nell'Unione europea", COM(2019) 343, de 17.07.2019.

<sup>24</sup> Sulla recente giurisprudenza della CGUE, tra gli altri, v. A. KRZYWON (2020); J.M. CORTÉS MARTÍN (2020).

le. Gli esempi dei casi polacco e ungherese mostrano uno scenario di dimensioni globali in cui i valori della democrazia e dello Stato di diritto sono messi in discussione dalle istituzioni centrali dello Stato. Questo nuovo scenario, emerso in quasi tutti gli Stati europei dall'emergere di tendenze ultranazionaliste e populiste che si mostrano come nuovi fattori destabilizzanti delle democrazie europee attraverso il loro intervento nei processi politici, ci pone di fronte a un nuovo spazio di regolamentazione in materia elettorale.

### **3.2. Le norme elettorali dinanzi alle minacce interne alla democrazia pluralista**

Negli ultimi dieci anni il boom elettorale in tutti gli stati europei di partiti politici di estrema destra e talvolta di ideologia euroscettica è tale che solo cinque stati non assistono alla presenza di partiti ultraconservatori nei loro parlamenti: Irlanda, Malta, Lussemburgo, Croazia e Romania. L'attuale mappa politica europea e, con essa, la presenza di narrazioni e messaggi politici contrari alla democrazia e all'Unione stessa offre un quadro politico e sociale incerto e senza speranza. Dal 2017, in Germania il partito Alternativa per la Germania (*AfûrD*) è la terza forza politica del Bundestag, in Francia, la leader del Fronte Nazionale, Marine Le Pen è riuscita ad andare al secondo turno delle elezioni presidenziali 2017 (*ex multis*, PEEPERKORN, 2012; MAYER, 2018), in Austria il Partito della Libertà austriaco (FPÖ) è riuscito a essere la prima forza nelle elezioni del 2017, nonostante oggi rappresenti la quarta forza nel parlamento austriaco. Il Partito per la Libertà (PVV) è la seconda forza politica nel parlamento olandese, la Lega Nord (oggi Lega) rifondata intorno a Matteo Salvini in Italia o la forte presenza dell'estrema destra spagnola di VOX che ha 52 seggi al Congresso dalle elezioni del 2019 che ne fanno la terza forza politica del Paese (cfr. FERREIRA, 2019). Questa configurazione dell'attuale mappa politica mostra il preoccupante aumento di tendenze e ideali nazionalisti, populistici, ultraconservatori ed euroscettici che, con strategie diverse<sup>25</sup>, destabilizzano le democrazie europee attraverso le loro istituzioni e svalutano i valori culturali che definiscono il progetto europeo<sup>26</sup>. Di fronte a queste tendenze e movimenti interni di involuzione democratica, è sempre più necessaria l'esistenza di meccanismi di controllo e

<sup>25</sup> Tra la ricca letteratura pubblicata è di grande utilità la lettura di F. DELLE DONNE, A. JEREZ (2019); G. FERNÁNDEZ VÁZQUEZ (2019); J. L. VILLACAÑAS BERLANGA (2018).

<sup>26</sup> Cfr. J. BORRELL FONTELLES (2014); allo stesso modo, F. ZAKARIA (2017). Sempre sulla nascita di questi partiti in Europa occidentale, B. ACHA UGARTE (2017).



di salvaguardia del sistema democratico. Inoltre, è necessario stabilire vincoli efficaci ai nemici del costituzionalismo (F. BALAGUER CALLEJÓN, 2020b; 2020c) attraverso meccanismi nazionali che garantiscano la trasparenza e la legittimità dei processi democratici di fronte a interferenze interne o esterne che intendano condizionare o guidare le campagne elettorali e con esse i risultati elettorali. Il contesto attuale richiede quindi una maggiore tutela dei processi politici che passa attraverso una revisione delle norme elettorali volta ad aumentare i controlli a garanzia del sistema democratico.

Come è stato ricordato all'inizio di queste pagine, l'articolazione della democrazia pluralista si avvale delle regole che regolano in modo significativo la procedura elettorale. Siamo partiti da una definizione procedurale, minimale di democrazia, che ci pone dinanzi a "un insieme di regole (primarie o fondamentali) che stabiliscono chi è autorizzato a prendere decisioni collettive e con quali procedure" (BOBBIO, 1986, 21). Il rispetto delle regole procedurali è essenziale per la garanzia della democrazia e i fattori che da diversi aspetti possono intervenire nella configurazione delle regole del sistema democratico sono molteplici e mutevoli, determinati da elementi culturali, sociali e storici di diversa natura. La democrazia è quindi condizionata dal mutamento delle norme, modulata dalle circostanze che regolano i processi democratici e finalizzata a garantire la trasparenza e la legittimità dei risultati elettorali.

Il dinamismo del contesto globale segna la necessaria reinterpretazione delle norme del sistema elettorale. La complessità e la diversità dei fattori che guidano l'espressione istituzionalizzata di ideali contrari alle regole di base del sistema democratico che dall'interno usano il sistema per indebolirlo (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2019, spec. 125-129), suggerisce di insistere sulla necessità di rafforzare i meccanismi e le molle della democrazia e dello Stato di diritto. Di fronte alle minacce alla cultura e ai valori democratici, è necessaria una reazione sociale, politica e legale per preservare gli ideali della democrazia. Ogni sistema politico può, attraverso le sue strutture e istituzioni e l'azione del potere pubblico, preservare l'essenza e il valore della democrazia. Sulla base di un solido quadro costituzionale e legislativo di istituzioni pubbliche forti e oneste, il patrimonio culturale europeo può essere adeguatamente formato e può essere instillata la necessaria fiducia nel sistema<sup>27</sup>. Ebbene, la capacità dell'azione statale di rafforzare il sistema costituzionale è notevole, così come l'intervento di organismi esterni in circostanze di minaccia o debolezza del sistema.

<sup>27</sup> Come avvenuto al tempo della ricostruzione della Germania occidentale dopo la seconda guerra mondiale: cfr. A. JAKAB (2019, 166).

Per questo, oltre agli strumenti europei e nazionali di tutela dello Stato di diritto, devono essere riattivati meccanismi normativi a garanzia del processo elettorale, che dalle norme che articolano la rappresentanza politica e il processo elettorale preservino i valori e la stabilità delle democrazie europee. L'attuale contesto di offuscamento delle regole che governano lo spazio politico non può servire ad abbassare i livelli di trasparenza e neutralità dei processi elettorali. Anche i nuovi scenari, piattaforme o format in cui si svolgono i processi elettorali richiedono ancora più controlli e tramite questi rivedere il sistema di garanzie procedurali che consentano, attraverso gli strumenti dello Stato di diritto, di fermare l'erosione della democrazia (cfr. BALAGUER CALLEJÓN, 2019a; 2019b; 2020a; 2020b). L'obbligo di trasparenza e neutralità delle istituzioni democratiche, l'uso ponderato dei mezzi di informazione per l'articolazione della volontà popolare negli ambiti di rappresentanza politica si accentua nei nuovi scenari della competizione elettorale. Deve essere garantito il legittimo utilizzo dei diritti di partecipazione politica e dei mezzi di informazione, tecnologici e informatici messi al servizio del processo elettorale. Oltre a controllarne l'uso legittimo e, se del caso, sanzionare quelle azioni o campagne di disinformazione che cercano di condizionare e influenzare la direzione del voto, plasmano un'opinione pubblica basata su falsità o violazioni illegittime della privacy. Lo scenario elettorale è cambiato e quindi devono cambiare anche i sistemi di tutela del sistema per preservare neutralità, trasparenza ed uguaglianza nello sviluppo dei processi elettorali. Di fronte alla possibile interferenza o rottura delle regole elettorali attraverso l'uso abusivo delle tecnologie, l'invasione della privacy o le campagne di disinformazione, il sistema democratico deve rispondere con maggiori garanzie e controlli interni attraverso la legislazione elettorale<sup>28</sup>. Come è stato precedentemente sottolineato dalla dottrina, a tal fine il legislatore spagnolo ha cercato di introdurre l'obbligo di stabilire ulteriori misure di garanzia nell'uso e nella protezione dei dati personali a fini elettorali da parte dei partiti<sup>29</sup>. Tuttavia, tale provvedimento è stato dichiarato incostituzionale proprio perché non aveva giuridicamente previsto le misure specifiche a sua garanzia<sup>30</sup>. In attesa della riattivazione di provvedimenti legislativi a livello europeo, ven-

<sup>28</sup> V. F. BALAGUER CALLEJÓN (2019a). Ancora sul punto, R. GARCÍA MAHAMUT (2015); L. M. GONZÁLEZ DE LA GARZA (2019; 2020).

<sup>29</sup> D'accordo con l'art. 58 bis della *Ley Orgánica 5/1985*, 19 giugno, del *Régimen Electoral General* secondo quanto previsto nella *Ley Orgánica 3/2018*, del 5 dicembre, in materia di *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*.

<sup>30</sup> STC 76/2019 del 22 maggio. Per un commento sugli aspetti di costituzionalità esposti nella sentenza, v., tra gli altri, F. PASCUA MATEO, (2019).

gono adottate misure per combattere la disinformazione online: un intervento europeo<sup>31</sup>, così come a livello nazionale, anche se con una visione più limitata, quello del governo spagnolo<sup>32</sup>. Diversamente, senza la previsione di meccanismi atti a garantire la trasparenza e la legittimità nell'uso e nella trasmissione delle informazioni, la formazione di una libera opinione pubblica in una società democratica e la libertà dell'elettorato vengono sostanzialmente ridotte e con essa la qualità della democrazia.

#### 4. Conclusioni

Questa panoramica sui sistemi elettorali e i processi politici sviluppata negli ultimi anni nello spazio pubblico europeo focalizza l'attenzione sui sistemi di garanzia e controllo come risorse necessarie per preservare i valori centrali del costituzionalismo democratico. Una mera approssimazione dell'attuale mappa politica in Europa ha l'obiettivo di sottolineare il ruolo determinante delle norme e della procedura elettorale e, con essa, degli strumenti dello Stato di diritto a garanzia della partecipazione politica e della democrazia pluralista. E sta di fatto che le esperienze di involuzione democratica osservate nel contesto europeo negli ultimi anni mostrano l'esistenza di condizioni interne al sistema che indeboliscono, dall'interno, valori e principi fondamentali della democrazia e dello Stato di diritto. Queste nuove condizioni irrompono nello spazio pubblico europeo, alterando le regole procedurali dei processi elettorali e con esso i risultati elettorali o addirittura l'uso delle istituzioni pubbliche per sovvertire i pilastri della democrazia e dello Stato di diritto costituzionale. Attualmente vi è una sorta di fallimento della fiducia del sistema nella misura in cui gli attori politici, le regole e la procedura elettorale vedono condizionato il loro obiettivo di raggiungere un'adeguata rappresentanza politica e la difesa degli interessi e dei valori della democrazia pluralista. Come esemplificato dai casi unici di Ungheria e Polonia o dal sostanziale aumento dei populismi nelle democrazie europee, le istituzioni centrali del sistema politico promuovono pratiche contrarie alle

<sup>31</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Lotta alla disinformazione online*, COM(2018) 236 final, 26.4.2018.

<sup>32</sup> Al riguardo, un intento di garanzia si rintraccia nella recente iniziativa normativa del governo spagnolo approvata con l'Ordinanza PCM/1030/2020, del 30 ottobre 2020, che pubblica la del *Procedimiento de actuación contra la desinformación* approvato dal *Consejo de Seguridad Nacional*.

norme e ai principi dello Stato di diritto e della democrazia pluralista. Le autorità pubbliche difendono posizioni volte a mettere in discussione le norme che regolano la procedura elettorale, la legittimità dei risultati elettorali e le decisioni della maggioranza di governo. Dal punto di vista del diritto costituzionale, le risposte alle debolezze e alle violazioni della fiducia nel sistema, alle interferenze nello sviluppo dei processi elettorali, possono essere ottenute attraverso l'adeguamento dei meccanismi di garanzia e controllo del sistema finalizzati, in ultima analisi, a preservare la legittimità delle procedure elettorali. Insomma, a partire da questa panoramica dove si sottolinea il rilievo degli ideali di rappresentanza politica, uguaglianza, pluralismo e integrazione sociale nelle formule elettorali europee, si è cercato di riflettere sui meccanismi di risposta che dalle norme elettorali possono arginare le minacce ai pilastri essenziali del patrimonio comune europeo.

## 5. Bibliografía

- ACHA UGARTE, B. (2017). *Nuevos partidos de ultraderecha en Europa Occidental: El caso de los Republikaner alemanes en Baden-Württemberg*. Tesis doctoral.
- ALONSO DE LEÓN, S. (2019). Crónica de la reforma electoral europea. *Revista de las Cortes Generales*, núm. 106, pp. 229-267.
- ARNALDO ALCUBILLA, E. (2020). Encuesta sobre el sistema electoral, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 19 ss.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2020). Encuesta sobre el sistema electoral, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 19 ss.
- (2018). La erosión del Estado constitucional. D.J. Liñán Noguera (dir.),
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2018). Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI. *Revista de derecho constitucional europeo*, núm 30.
- (2019a). Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia. *Revista de derecho constitucional europeo*, núm 32.
- (2019b). Social network, società tecnologiche e democrazia. *Nomos | Le attualità nel diritto*, n. 3.
- (2020a) Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia. En P. Häberle, F. Balaguer Callejón, I. W. Sarlet, A. Aguilar Calahorra, *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro homenaje a Jörg Luther*. Civitas-Thomson, pp. 107-1128.
- (2020b). L'Unione europea di fronte alla Brexit e ad altri processi disgregativi nel contesto globale. *Federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, n. 13/2020.

- (2020c). Interpretación constitucional y populismo, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 33.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J. (2020). Encuesta sobre el sistema electoral, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 19 ss.
- BECERRIL ATIENZA, B. (2020). Las instituciones europeas ante la crisis del Estado de Derecho en Hungría y Polonia. *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, núm 44, pp. 113-144.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2020). Encuesta sobre el sistema electoral, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 19 ss.
- BLANCO VALDÉS, R.L. (2020). Encuesta sobre el sistema electoral, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 19 ss.
- BLÁZQUEZ PEINADO, M.D. (2019). La UE ante las vulneraciones del Estado de Derecho por parte del Estado polaco: panorámica general y estado actual de la cuestión. *Revista General de Derecho Europeo*, núm 48.
- BOBBIO, N. (1984). *Il futuro della democrazia*. Torino, Einaudi. (1986) *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica, México D.F. Traducción de J. Fernández Santillán.
- BORRELL FONTELLES, J (2014). El populismo en Europa. *Temas para el debate*, núm 240 (Ejemplar dedicado a: Los populismos), pp. 17-20.
- CLEMENTI, F. (2020). El sistema electoral italiano y su reforma el desafío de la consolidación. *Teoría y realidad constitucional*, núm. 45, (Ejemplar dedicado a: Sistema electoral), pp. 185-206.
- CORTÉS MARTÍN, J. M. (2020). Sorteando los inconvenientes del artículo 7 TUE: el advenimiento del control jurisdiccional del Estado de derecho. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 66, pp. 473-517.
- CUESTA LÓPEZ, V.M. (2019). La actualización del régimen jurídico de las elecciones al Parlamento Europeo. *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 47.
- D'ALIMONTE, R. (2015). The new Italian Electoral System: majority-assuring but minority-friendly. *Contemporary Italian Politics*, 7 (3), pp 286-292. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/23248823.2015.1093280>
- D'ATENA, A. (2020). Democracia iliberal y democracia directa en la era digital. En P. Häberle, F. Balaguer Callejón, I. W. Sarlet, A. Aguilar Calahorra, *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel Libro homenaje a Jörg Luther*. Civitas-Thomson.
- DARANAS PELÁEZ M. (2014a). Francia. Código electoral. *Revista de las Cortes Generales*, núm. 92/93
- (2014b) Constitución de Hungría: reformas de 25 de marzo y de 26 de septiembre de 2013. *Revista de las Cortes Generales*, núm. 91, pp. 337-416.
- DE LA GUARDIA, M., PÉREZ SÁNCHEZ, G. A. (2019). Democracia sin liberalismo: el nacional-populismo en Hungría y Polonia (1990-2018). En Álvaro Soto

- Carmona (coord.). *La democracia herida: la tormenta perfecta*, Marcial Pons, pp. 179-217.
- DELGADO, I (2016). La búsqueda de la proporcionalidad y la gobernabilidad en las reformas de los sistemas electorales: los casos de Nueva Zelanda e Italia. *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, 11, pp. 109-131.
- DELLE DONNE, F., JEREZ, A. (coord.) (2019). *Epidemia ultra: la ola reaccionaria que contagia a Europa*, 2ª ed.
- FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, G. (2019). Dos estrategias para la extrema derecha. *Política exterior*, Vol. 33, núm. 188, pp. 68-75.
- FERRAJOLI, L. (2010). Norberto Bobbio, Teórico del Derecho y de la Democracia, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 60, núm. 253, pp. 31-45.
- FERREIRA, C. (2019). Vox como representante de la derecha radical en España: un estudio sobre su ideología. *Revista española de ciencia política*, núm. 51, pp. 73-98.
- FLORENTÍN, M. (1999). Terremoto Haider: El ascenso de la ultraderecha populista sacude los cimientos políticos de Austria. *Tribuna de actualidad*, núm. 599.
- FLORES JUBERÍAS, C (2003). Nuevas consideraciones en torno a la transformación de los sistemas electorales en la Europa del Este: el caso de los nuevos socios comunitarios, 1995-2003. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerriol*, núm 41-42, pp. 75-96.
- (1992). Modelos de transición y sistemas electorales en la Europa del Este. *Revista de estudios políticos*, núm. 77, pp. 169-218.
- FUSARO, C. (2016). La nueva ley electoral italiana de 2015, un reto para el parlamentarismo débil. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, pp. 547-574.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L.A. (2020). Encuesta sobre el sistema electoral, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 19 ss.
- GAMBINO, S. (a cura di) (1995). *Forme di governo e sistemi electoral*. CEDAM, Padova.
- (1996). Elezioni primarie e rappresentanza política: alcune osservazioni introduttive. En S. Gambino (a cura di), *Elezioni primarie e rappresentanza política*. Rubbettino, Soveria Mannelli.
- (1997). Elecciones primarias y representación política: algunas reflexiones para el debate. *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm 1, pp. 117-138. Traducido del italiano por R. Blanco Valdés.
- (2009). Relaciones entre sistema electoral, formato de partidos y forma de gobierno en la experiencia parlamentaria española. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, pp. 11-47.
- GARCÍA GARCÍA, M.J. (2019). El sistema electoral europeo: cuando el todo no equivale a la suma de las partes. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 74, pp. 3-29.
- GARCÍA MAHAMUT, R. (2020). Encuesta sobre el sistema electoral, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 19 ss.

- (2015). Partidos políticos y derecho a la protección de datos en campaña electoral: tensiones y conflictos en el ordenamiento español. *Teoría y realidad constitucional*, núm. 35, pp. 309-338.
- GARROTE DE MARCOS, M. (2020). Circunscripciones de baja magnitud y proporcionalidad en Europa. Una panorámica selectiva. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, 451-478.
- GAVARA DE CARA, J.C. (2020). Encuesta sobre el sistema electoral, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 19 ss.
- GONZÁLEZ DE LA GARZA, L.M. (2020). Por qué las campañas electorales cognitivas basadas en la posverdad pueden erosionar las democracias de opinión: Cómo afecta a este tipo de campañas las mentiras profundas de base audiovisual basadas en redes neuronales generativas. *Revista general de derecho constitucional*, núm. 32.
- (2019). El Big Data como la gran herramienta de pronóstico de tendencias en los sistemas electorales. del salto del paradigma demoscópico a los datos de comportamiento real. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (1993). Sistemas electorales y estabilidad política en Europa del Este. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, pp. 401-431.
- Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General de 24 de febrero de 2009.
- JAKAB, A. (2019). El fracaso en Hungría del fortalecimiento institucional constitucional: los elementos institucionales informales como precondiciones y como consecuencias de la eficacia formal de las normas jurídicas. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, pp. 161-191.
- JAKAB A. Y SONEVEND P (2014). Continuidad con carencias: la nueva ley fundamental de Hungría. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, pp. 379-398.
- KRASTEV, I., Holmes S. (2019). Europa del Este, imitación y repugnancia. *Política exterior*, vol. 33, núm. 188, pp. 52-66.
- KRZYWON, A. (2020). La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea. *Revista española de derecho constitucional*, núm. 119, pp. 85-117.
- LECUCQ, O (2020), El sistema electoral francés. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, pp. 163-184.
- LÓPEZ AGUILAR, J.F. (2019). De nuevo (y todavía) Polonia: Rule of Law y art.7 TUE en el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, pp. 138-176.
- (2016). El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de derecho y «dilema de Copenhague». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, pp. 101-142.

- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2019). La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho. *Teoría y realidad constitucional*, núm 43, pp. 121-159.
- MARTÍN RODRÍGUEZ P.J. (dir.), *Estado de Derecho y Unión Europea*, Tecnos, pp. 345-364.
- MAYER, N. (2018). El auge de la extrema derecha en Europa, el caso del frente nacional en Francia”, *Anuario internacional CIDOB*, núm. 1, pp. 241-249.
- MELLADO PRADO, P. (2014-2015). El derecho de sufragio en las elecciones municipales y europeas: las resistencias a la armonización de las legislaciones nacionales. *Revista de derecho de la Unión Europea*, núm. 27-28.
- (2014). El sistema de representación del Parlamento Europeo cuestionado: La ausencia de un procedimiento electoral uniforme. *Teoría y realidad constitucional*, núm. 33, pp. 219-242.
- MENDEL-NYKOROWYCZ, A.; BURAS P. (2018). Carta de Europa: Contrarreloj en Polonia. *Política exterior*, Vol. 32, núm. 185, pp. 28-33.
- MOCCIA, L. (2005/2013). *Comparazione giuridica e diritto europeo*. Milano, Giuffrè, 2005. Consultado en la versión castellana *La formación del Derecho europeo. Una perspectiva histórico-comparada*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2013.
- MORLOK, M. (2019). La función de los partidos políticos y el Parlamento. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, pp. 375-382.
- NOHLEN, D. (2005). ¿Cómo elige Europa? El polimorfo sistema electoral para el Parlamento europeo. *Justicia electoral*, núm. 20, pp. 47-57. Texto disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/20/drl/drl4.pdf> (último acceso 9/12/2020).
- (2002). Sistemas electorales diez diferenciaciones y una recomendación. *Elecciones*, núm. 1, pp. 11-19.
- (1988). Sistemas electorales, redemocratización y consolidación de la democracia. *Revista de Ciencia Política*, núm. 2, pp. 23-43.
- (1984). Los sistemas electorales entre la ciencia y la ficción: Requisitos históricos y teóricos para una discusión racional. *Revista de estudios políticos*, núm. 42, pp 7-32.
- PASCUA MATEO, F. (2019). Un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: Los datos de contenido político: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 29 de mayo, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1405-2019 (BOE Núm. 151, 25 de junio de 2019). *Revista de las Cortes Generales*, núm. 106, pp. 549-558.
- PEEPERKORN, F. (2012). Francia, el populismo y Europa. *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, núm. 61, pp. 57-66.



- PÉREZ BERNÁRDEZ, C. (2016). La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco. *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 40, pp. 48-95.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, J. L. (2004). *La extrema derecha europea*, Alianza.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2020a). El Internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad. *Estudios en derecho a la información*, núm. 9, pp. 49-84.
- (2020b) Sociedad del miedo y desafección constitucional. *Revista de derecho político*, núm. 108, pp. 97-126.
- SANTAMARÍA OSSORIO, J., MARÍA RENIU, J (1995). Los debates sobre el procedimiento electoral uniforme y las características diferenciales de las elecciones europeas. *Revista de estudios políticos*, núm. 90, pp. 11-44.
- VECCHIO, F. (2010). Los ordenamientos constitucionales de Hungría, Polonia y Eslovenia. *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 14, pp. 175-223.
- VILLACAÑAS BERLANGA, J.L. (2018). Europa: de Habermas a Kant pasando por el populismo. *European papers: a journal on law and integration*, vol. 3, núm. 2, pp. 605-622.
- VON BOGDANDY, A. (2018). Ways to Frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace. *European Constitutional Law Review*, 14(4), 675-699. doi:10.1017/S157401961800041X.
- VON BOGDANDY A. Y IOANNIDIS M. (2014). La deficiencia sistémica del Estado de Derecho. Qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 165, pp. 19-64.
- VON BOGDANDY, A. BOGDANOWICZ, P. CANOR, I., TABOROWSKI, M., SCHMIDT M. (2018). A potential constitutional moment for the European rule of law the importance of red lines. *Common market law review*, vol. 55, núm. 4, pp. 983-995.
- ZAKARIA, F. (1997). The Rise of Illiberal Democracy. *Foreign Affairs*, núm. 76, pp. 22 ss.
- (2017). El avance del populismo: por qué Occidente está en problemas. *Foreign affairs: Latinoamérica*, vol. 17, núm. 1.



MATRIMONIO Y PAREJAS DEL MISMO SEXO ANTE  
LOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES DEL ENTORNO EUROPEO:  
EL LARGO CAMINO HACIA LA AFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO  
DE IGUALDAD EN EL ANÁLISIS  
DE TRES ETAPAS FUNDAMENTALES\*

SILVIA ROMBOLI

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El primer momento de cambio: la sentencia del TEDH de 2010, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*. – 3. El segundo punto de inflexión: la sentencia del TEDH de 2015, asunto *Oliari y otros c. Italia*. – 4. El tercer momento decisivo: la sentencia del TJUE de 2018, asunto *Coman*. – 5. Consideraciones finales.

## 1. Introducción

Desde ángulos y perspectivas distintas, tanto la doctrina jurídica como diferentes instituciones<sup>1</sup> luchan desde hace años, cada una con sus propios medios, para que en materia de derecho de familia se actualicen aquellos ámbitos básicos y esenciales para garantizar unos estándares mínimos de protección a las personas que pertenecen a determinadas tipologías de núcleo familiar. En muchos casos, la falta de estos niveles mínimos se debe a la entrada en escena, al lado de la familia «tradicional», cuyo régimen jurídico ya está regulado por ley, de nuevos modelos familiares que el legislador (nacional o supranacional) está tardando en reconocer y proteger adecuadamente.

En estos casos, la ausencia de reconocimiento jurídico de estas familias provoca, en primer lugar y de la forma más evidente, la vulneración del prin-

\* El presente trabajo ha sido desarrollado en el marco de los Proyectos: “The constitutional bases of Europe: building a «common European constitutional culture»”, Erasmus+ Programme – Jean Monnet Activities, 599490-EPP-1-2018-1-ES-EPPJMO-PROJECT, y “The Constitutional Bases of Europe: «Towards the Citizens of Europe»”, Erasmus+ Programme – Jean Monnet Activities, 621157-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO-PROJECT. Una versión de este trabajo ha sido publicada en el libro homenaje al profesor Roberto Romboli, Gonzales Mantilla, G. (coord.), *Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, Tribunal Constitucional del Perú, 2021.

<sup>1</sup> Entre ellas, pueden mencionarse las numerosas asociaciones para la protección de los derechos de las personas LGBTI, las instituciones nacionales e internacionales, algunos partidos políticos nacionales, etc.

cipio de igualdad y de no discriminación de los sujetos que forman parte de los núcleos familiares «inéditos»<sup>2</sup>, en razón de la imposibilidad, para estos individuos, de acceder a determinados instrumentos jurídicos y poder, en consecuencia, gozar de los mismos derechos respecto de los miembros de las familias «tradicionales». Uno de los ejemplos más claros y probablemente entre los más comentados de violación del principio de no discriminación en este ámbito es, sin duda, el caso del acceso al matrimonio por parte de las parejas homosexuales.

Es difícil no estar de acuerdo con cuanto afirmado por Vallières respecto del matrimonio: ciertamente este constituye uno de aquellos temas en los que los individuos, al discutir y debatir sobre ello, terminan por conectar sus afirmaciones con valores fundamentales, con ideas que se ven influenciadas por los sentimientos, las creencias y la tradición<sup>3</sup>.

Sin embargo, de otro lado, no puede afirmarse que, en particular desde el punto de vista jurídico, el matrimonio sea un rito que pertenece exclusivamente a la religión o a la tradición, en particular cuando se razone sobre matrimonio civil; se trata de un acuerdo entre dos partes que crea un vínculo entre estas, con consecuencias jurídicas precisas. Por esta razón, en las sociedades del siglo XXI en las que se reconozca el principio de igualdad y se rechace cualquier discriminación en razón del sexo o de la orientación sexual, puede resultar contradictorio que se siga debatiendo sobre el derecho de las parejas *same-sex* al acceso al mencionado vínculo jurídico<sup>4</sup>.

A pesar de esta paradoja, evidente para muchos, pero incomprensibles para algunos otros, el debate sobre la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo se ha convertido en una de las expresiones de la «exigencia de protección» del colectivo gay solo de reciente. En honor a la verdad, prácticamente todas las normativas relativas a la protección de las personas homosexuales frente a la discriminación representan intervenciones relativamente nuevas. Los ordenamientos jurídicos del entorno europeo hoy en día reconocen entre las causas de prohibición de discriminación la orientación sexual (algunos países de una forma expresa, otros gracias a su reconocimiento jurisprudencial por parte de los tribunales constitucionales<sup>5</sup>),

<sup>2</sup> Para un estudio detallado sobre los nuevos modelos familiares y las problemáticas a las que estas se enfrentan por la falta de regulación, puede verse, entre otros PALAZZO (2021). Muy interesante también, desde un punto de vista no estrictamente jurídico: RUIZ SEISDEDOS, S. Y MARTÍN CANO (2012).

<sup>3</sup> VALLIÈRES (2007).

<sup>4</sup> De esta opinión, por ejemplo: SPERTI (2018).

<sup>5</sup> Las Constituciones de primera y de segunda generación (como, respectivamente y entre

pero no hay que olvidar que hasta hace unas décadas muchos países perseguían las conductas homosexuales a través de una regulación específica en el código penal<sup>6</sup>. O que, durante la segunda guerra mundial, la limpieza étnica directa a la exterminación del pueblo judío se dirigió, entre otros, también contra los homosexuales.

El fenómeno de la homosexualidad a finales de los años 80 seguía siendo algo desconocido, oculto, incluso ilegal, o por lo menos inmoral.

La situación hoy ha cambiado considerablemente, por lo menos en la mayoría de los países occidentales. En primer lugar, claramente, en todo lo que concierne a las políticas de protección de las personas homosexuales frente a posibles discriminaciones. Y, además, respecto del tema del que trata este trabajo, en relación con el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio o a formas equivalentes de uniones registradas. En efecto, ya son muchísimos los países de Europa y de las Américas que reconocen un conjunto de derechos y deberes a las parejas *same-sex*, aunque la evolución de este reconocimiento no haya seguido siempre el mismo recorrido y las mismas modalidades en todos los países<sup>7</sup>.

otras, la italiana y la española) no reconocen entre las causas expresas de prohibición de discriminación la orientación sexual, que fue incorporada posteriormente gracias a la doctrina de las Cortes constitucionales. Entre las Carta de Derechos de naturaleza supranacional citadas en este trabajo, solo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea hace mención expresa a la orientación sexual en su art. 21, que declara “1. *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.* 2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados*”.

<sup>6</sup> Se ha querido precisar al principio de este párrafo que mis reflexiones se refieren exclusivamente al “entorno europeo”. Como es notorio, la discriminación y la persecución de las personas homosexuales sigue siendo una realidad en muchos países ubicados en otros continentes.

<sup>7</sup> En efecto, en algunos casos el legislador ha ampliado el derecho al matrimonio también a las parejas homosexuales, en otros ha aprobado una regulación paralela al matrimonio «tradicional» denominada en muchos casos «unión civil» o «parejas de hecho». Asimismo, en relación con estos dos últimos casos, en determinados países la nueva normativa se aplica solo en caso de uniones homosexuales, en otros también para las parejas heterosexuales que no quieran casarse, pero quieran crear un vínculo jurídico entre ellos. Hay que añadir que, en ciertas ocasiones, después de la aprobación de estas regulaciones, las minorías parlamentarias han planteado recursos de inconstitucionalidad ante las respectivas Cortes constitucionales. Caso distinto, por ejemplo, constituye la experiencia italiana: la Corte constitucional se pro-

Los tribunales supranacionales, en particular – para las finalidades de esta investigación – el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), no han quedado extraños a este debate que algunos comentaristas han definido de «dimensión global»<sup>8</sup>.

Es mi intención, por lo tanto, dedicar este trabajo de investigación al examen de los que, en mi modesta opinión, pueden considerarse los tres puntos de inflexión, esto es, tres momentos trascendentes en la creación de un estándar común de protección de las parejas homosexuales en Europa, en un camino que tiende a la equiparación de los derechos de las parejas heterosexuales respecto de las *same-sex*. Este camino pasa, a mi parecer, necesariamente por la ampliación del derecho al matrimonio a las parejas homosexuales, que sigue siendo una de las causas más evidentes de discriminación de las personas homosexuales<sup>9</sup>.

Los «momentos» que se irán analizando se refieren a la emisión de determinadas sentencias del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal de Luxemburgo. No hay duda de que la evolución de la jurisprudencia de estos dos tribunales supranacionales esté jugando un papel fundamental en la construcción de un estándar común de protección para las personas y las parejas homosexuales en el entorno europeo. En efecto, los contenidos de cada una de estas decisiones han orientado sensiblemente las posteriores actuaciones de los legisladores nacionales o inspirado la jurisprudencia de las jurisdicciones ordinarias y constitucionales de los Estados miembros del Consejo de Europa y de la Unión Europea, en un virtuoso dialogo entre tribunales<sup>10</sup>.

nunció debido al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que tenía por objeto una omisión del legislador (según ROMBOLI, R. (2010) este objeto de enjuiciamiento fue “creado” por la misma Corte; véase también SPERTI (2013); además, el legislador italiano intervino para regular las uniones *same-sex* solo después de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenara a Italia por no proteger con ningún instrumento jurídico este tipo de familias. Para una visión general referida a Europa sobre esta materia puede consultarse, entre otros, el trabajo de María Martín Sánchez (MARTÍN SÁNCHEZ, 2016). Sin embargo, tratándose de un trabajo del 2016, incluye datos que necesitarían ser actualizados (entre otros: Alemania y Austria, mientras tanto, han pasado de reconocer el derecho a las uniones civiles al derecho al matrimonio para las parejas *same-sex*, pp. 244-245). Más reciente, sobre el mismo tema, MASCIOTTA (2019).

<sup>8</sup> SPERTI (2015, 107).

<sup>9</sup> De la misma opinión, pero reflexionando sobre la situación norteamericana, también: YOSHINO (2015).

<sup>10</sup> Por razones inherente a la extensión de este trabajo, no será posible aludir a los efectos

## 2. El primer momento de cambio: la sentencia del TEDH DE 2010, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*

Como es sabido, el art. 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas (CEDH) no reconoce expresamente la orientación sexual entre las causas de no discriminación. Pese a ello, la Comisión Europea de Derechos Humanos reconocerá la misma entre los motivos que tienen que fundar la prohibición de discriminación en ocasión del caso *Sutherland c. UK* ya a mitad de los años noventa del siglo pasado<sup>11</sup>.

Los primeros movimientos de la comunidad internacional en la dirección de una efectiva igualdad de trato entre personas hetero y homosexuales fueron lentos y poco significativos durante muchos años, en los cuales la protección de las personas *gays* se asoció únicamente con la necesidad de respetar su vida privada, su «privacidad». La homosexualidad constituía una elección personal e íntima relativa a un ámbito exclusivo de cada persona, ajena a la intromisión de los poderes públicos o de terceros.

Un paso verdaderamente fundamental en este camino se hará, por tanto, cuando la orientación sexual dejará de significar únicamente como circunstancia personal para tener una proyección también colectiva. Me refiero al momento en el que la homosexualidad empieza a tener relevancia como factor «relacional», esto es, a constituir una situación digna de protección no solo como elemento de la vida privada, sino también, como factor que constituye la vida «familiar». Este punto de inflexión fundamental deriva de la muy conocida sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Schalk y Kopf c. Austria*, de 2010.

Tratándose del *leading case* en materia de protección de las parejas homosexuales, muy noto a la mayoría de los estudiosos, se resumirán brevemente los hechos y se pondrá el foco de atención en los contenidos más relevante para los fines de esta investigación. El caso trae origen de la denegación, por parte de las autoridades competentes austriacas, de la solicitud de matrimonio de dos personas del mismo sexo (*Schalk y Kopf*). Los dos señores recurrieron en vía judicial ordinaria la denegación en cuestión (fundada en la necesidad de la diferencia de sexo entre los cónyuges) hasta llegar al Tribunal Constitucional austriaco, que desestimó la cuestión y afirmó que no existe una obligación de reconocer el derecho al matrimonio a las parejas del

que estas importantísimas decisiones han tenido en los diferentes Estados europeos.

<sup>11</sup> Decisión de la Comisión EDH (Pleno) n. 25186/94, asunto *Sutherland c. UK*, de 21 de mayo de 1996, analizado también por SPERTI (2013).

mismo sexo. Schalk y Kopf recurrieron entonces ante el TEDH. Merece la pena mencionar un suceso que constituirá un elemento esencial para la decisión del Tribunal de Estrasburgo: en enero de 2010 entró en vigor en Austria la Ley de Uniones Registradas, que reconoce a las parejas *same-sex* muchos de los derechos y deberes que tienen las personas que integran una pareja casada, sin equiparar, sin embargo, del todo el reconocimiento jurídico y sus efectos al matrimonio<sup>12</sup>.

Volviendo a los acontecimientos judiciales, los recurrentes alegan ante el TEDH, de un lado, una situación de desprotección debida a la denegación de la autorización a casarse y por lo tanto una discriminación respecto de las personas y parejas heterosexuales (arts. 14 y 12 CEDH) y la vulneración de su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Pero, de otro, que, aunque ahora las parejas del mismo sexo pueden obtener una forma de tutela con la entrada en vigor de la Ley de 2010 de Uniones Registradas, la misma no equipara los derechos de las personas homosexuales a aquellos de los heterosexuales, vulnerando igualmente sus derechos *ex* arts. 8, 12 y 14 CEDH. Asimismo, alegan una situación de desprotección que ha perdurado desde su petición a acceder al matrimonio hasta la entrada en vigor de la Ley austriaca.

La respuesta del Tribunal Europeo es esencial para el tema analizado en estas páginas, a saber, el estudio de la construcción de un estándar común de protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación.

En primer lugar, la Corte de Estrasburgo declara que la interpretación literal pero también evolutiva o viviente del Convenio y en particular de su art. 12 (derecho al matrimonio) no obliga a los Estados miembros del Consejo de Europa a reconocer el acceso al matrimonio también a las parejas homosexuales. No obstante, se añade, el Convenio tampoco prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. El Tribunal opta por no proporcionar una interpretación definitiva y tajante sobre el asunto y afirma que, dado que todavía no hay consenso en Europa sobre este tema, la elección con respecto al acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio debe permanecer dentro del margen de apreciación estatal<sup>13</sup>.

La Sentencia *Schalk y Kopf* es fundamental, en segundo lugar y como se ha aludido antes, porque por vez primera el Tribunal de Estrasburgo afirma

<sup>12</sup> Por ejemplo, no se reconocen a las parejas registradas el derecho a adoptar un menor, el hijastro, ni el acceso a las técnicas de inseminación artificial.

<sup>13</sup> Sobre la doctrina del margen de apreciación estatal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véanse, por ejemplo: GARCÍA ROCA (2010 y 2007).



que las parejas homosexuales se encuentran exactamente en la misma situación que las heterosexuales en cuanto a la necesidad de reconocerles el derecho al respeto de su vida familiar (por lo tanto, la homosexualidad tiene relevancia en la vida pública porque también las uniones homosexuales – *de facto* o de derecho – constituyen una familia). No obstante todo lo que precede, el Tribunal Europeo afirma que, dado que el art. 12 CEDH no obliga a los Estados a abrir el acceso al matrimonio también a este tipo de pareja, no es discriminatorio establecer un tipo diferente de reconocimiento legal para estas uniones. La regulación de las uniones civiles y del matrimonio son ámbitos estrechamente vinculados con las tradiciones y la cultura de cada país y, por lo tanto, todos sus contenidos quedan en la discrecionalidad del legislador nacional.

Ninguna violación, entonces, de los derechos de los recurrentes reconocidos en los artículos 12 (derecho al matrimonio), 14 (prohibición de discriminación) e incluso el art. 8 (vida privada y familiar), porque, mientras tanto, Austria había aprobado una legislación sobre las uniones civiles a la que podían acceder también las parejas homosexuales.

Parece oportuno evidenciar algunos elementos muy positivos de esta decisión del Tribunal de Estrasburgo y otros, se podría decir, «mejorables» en relación con la necesidad de afirmar un estándar común de protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en el acceso al matrimonio. Empezando con los segundos, resulta patente que el TEDH «decide deliberadamente de no decidir», esto es, decide no proporcionar un nivel básico y esencial de tutela del principio de igualdad en este ámbito específico. El Tribunal, en efecto, opta por dejar todas las decisiones al margen de apreciación estatal; y me refiero, en particular, a las decisiones respecto de los tiempos de intervención estatal (cuándo aprobar una ley sobre el matrimonio u otra tipología de unión para las personas homosexuales), y también a aquellas relativas a las modalidades y a los contenidos de estas intervenciones (cada Estado elegirá «qué conceder» a los homosexuales y con qué diferencias respecto del régimen aplicable a los heterosexuales). Es evidente la quiebra del principio de igualdad y no discriminación en la que pueden incurrir los Estados miembros del Consejo de Europa, al no recibir con la sentencia sobre el caso *Schalk y Kopf* ninguna directriz precisa, ni una justificación sólida que pueda fundamentar la diferencia de trato entre personas con distintas orientaciones sexuales en el acceso a un negocio jurídico como es el matrimonio civil<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> En efecto, en los apartados 96-99 de la Sentencia, el TEDH analiza la queja de los demandantes en lo que concierne a la violación del art. 14 CEDH, pero no proporciona absolu-

Del otro lado, tiene también que resaltarse el elemento que convierte la Sentencia *Schalk y Kopf c. Austria*, de 2010 en el *leading case* en materia de protección de las parejas homosexuales: la homosexualidad tiene relevancia como elemento personal y también en su dimensión relacional, siendo las parejas homosexuales merecedoras de protección por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales tanto como las parejas heterosexuales<sup>15</sup>. El art. 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar), desde ese momento, también incluye la necesidad de reconocimiento legal y protección de las relaciones homosexuales.

### 3. El segundo punto de inflexión: la sentencia del TEDH de 2015, asunto *Oliari y otros c. Italia*

El segundo momento fundamental, a mi parecer, en la construcción de un estándar común de protección contra la discriminación para las parejas homosexuales en Europa, es la progresión desde la afirmación, por parte del TEDH, de la existencia de un amplio margen de apreciación estatal sobre este argumento (como se ha examinado en la Sentencia de 2010) a la condena por parte del mismo tribunal de aquellos Estados que no hayan aprobado aún una legislación que reconozca la unión homosexuales como familia, y que proteja consecuentemente los derechos de las personas que formen parte de ella<sup>16</sup>. A renglón seguido, el Tribunal de Estrasburgo empezará a condenar también a los Estados que haya aprobado una regulación de las uniones *same-sex*, pero que lo hayan hecho después de mucho tiempo desde la Sentencia *Schalk y Kopf* sin un justificado motivo<sup>17</sup>.

La postura del TEDH es clarísima, y descende en buena medida de su anterior doctrina sentada justo en la sentencia de 2010 analizada en las páginas anteriores: los Estados miembros del Consejo de Europa no están obligados a permitir el acceso al matrimonio también a las parejas homosexuales; no obstante, deben reconocer a través de sus legislaciones los derechos y

tamente ninguna conclusión que avale la falta de discriminación, sino, antes bien, se limita a reconocer el amplio margen de discrecionalidad estatal en este ámbito.

<sup>15</sup> Sentencia del TEDH, asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, apartado 94.

<sup>16</sup> Sentencia del TEDH, asunto *Oliari y otros c. Italia*, de 21 de julio de 2015.

<sup>17</sup> Puede consultarse, a este respecto, la Sentencia del TEDH, asunto *Orlandi y otros c. Italia*, de 14 de diciembre de 2017.

regular los deberes de tales parejas, en cuanto «agrupación» que ejerce el derecho a la vida familiar protegida por el art. 8 del CEDH.

Este segundo paso en adelante en la protección antidiscriminatoria de las parejas *same-sex* tiene lugar con la Sentencia del Tribunal Europeo *Oliari y otros c. Italia*, de 2015. En este caso, tres parejas formadas por personas del mismo sexo plantearon un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que la legislación italiana no les otorgaba la posibilidad de casarse o efectuar otro tipo de unión civil y que, como consecuencia de eso, se les estaban vulnerando varios derechos contenidos en el Convenio (en concreto, arts. 8, 12 y 14 CEDH).

El Tribunal de Estrasburgo empieza su razonamiento diferenciando el caso *Oliari y otros* del caso *Schalk y Kopf*. En el primero, los recurrentes se encuentran en una situación de total desprotección, pues la legislación italiana no preveía, en el momento del recurso, ninguna fórmula de unión entre parejas hetero u homosexuales distinta del matrimonio. Asimismo, en Italia las personas homosexuales no podían (y siguen sin poder) acceder al matrimonio según jurisprudencia reiterada, incluso constitucional<sup>18</sup>. Por lo contrario, en el asunto *Schalk y Kopf*, Austria había aprobado, durante los sucesos judiciales y antes de la sentencia del TEDH, una legislación sobre la materia; en aquella ocasión el Tribunal Europeo solo tuvo que decidir si hubo vulneración de los derechos de los recurrentes en el plazo entre la petición de matrimonio y la aprobación de la ley, y si una ley que no reconociera exactamente los mismos derechos y deberes a las parejas «registradas» respecto de las casadas era discriminatoria. En el asunto *Oliari y otros c. Italia*, y después de que tanto el TEDH en su doctrina como los demás órganos del Consejo de Europa a través de Recomendaciones o Resoluciones habían exhortado a los Estados a regular la condición jurídica de las parejas homosexuales, los recurrentes, ciudadanos italianos, seguían sin ver protegidas sus condiciones personales y como pareja.

Una vez dejadas claras esas premisas, la Corte de Estrasburgo reitera que, aunque no exista una obligación para los Estados de dar acceso al matrimonio a las parejas homosexuales *ex* arts. 12 y 14 CEDH, las mismas están protegidas por el art. 8 CEDH. En Italia, en ausencia de una regulación específica, los tribunales ordinarios se encuentran ante la necesidad de decidir caso por caso sobre específicas pretensiones o derechos, muchas veces proporcio-

<sup>18</sup> Véanse las Sentencias n. 138/2010, de 14 de abril y 170/2014, de 11 de junio, de la Corte constitucional italiana; en doctrina, sobre el tema, puede consultarse, entre otros, ROMBOLI, S. (2021).

nando soluciones diferentes. Esto provoca la existencia de un obstáculo para el reconocimiento y el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar de las personas homosexuales, así como una protección carente y no suficiente de los derechos de estas personas<sup>19</sup>.

El TEDH, en los apartados 174 y siguientes de la sentencia, reitera cuanto ya afirmado en el 2010 en términos generales, esta vez refiriéndose al caso italiano: dado que en Italia no se permite el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, es necesario que se establezcan formas alternativas de protección para este fenómeno que cada vez tiene más visibilidad y aceptación social. No valen, por lo tanto, las alegaciones del Gobierno italiano, que afirma que regular esa materia entra dentro del ámbito de discrecionalidad y apreciación del legislador italiano, que puede elegir los tiempos y modalidades para hacerlo, sin explicar nada más sobre las razones de la inactividad del legislador sobre este tema. En efecto, el TEDH confirma parte de las afirmaciones del Gobierno italiano, pero añade y precisa que la amplitud del margen de apreciación depende de muchos factores. Declara el juez de Estrasburgo que, en este caso, el legislador italiano no tiene ninguna justificación por su inactividad. Ya había sido exhortado por las máximas jurisdicciones nacionales (incluida su Corte constitucional) y por las autoridades internacionales, sin que actuara. Las estadísticas, asimismo, demuestran el respaldo de la mayoría de los italianos a las políticas antidiscriminatoria hacia las personas homosexuales, entre las cuales el reconocimiento de las uniones civiles. Pues el TEDH concluye que: «Al no haber el Gobierno italiano especificado un interés colectivo prevaleciente en relación con el cual equilibrar los intereses muy importantes de los demandantes, como se identificó anteriormente, y en vista del hecho de que las conclusiones de los tribunales internos en este asunto siguen siendo una letra muerta [no atendidas], la Corte concluye que el gobierno italiano ha excedido su margen de discrecionalidad y no ha cumplido con la obligación positiva de garantizar que los solicitantes tuvieran un marco legal específico que permitiera el reconocimiento y la protección de sus uniones homosexuales.[...]. Por lo tanto, ha habido una violación del artículo 8 de la Convención»<sup>20</sup>.

Por lo que atañe a la violación de los arts. 12 y 14 CEDH, la Corte de Estrasburgo reitera la doctrina *Schalk y Kopf*, y declara que, pese a la evolución

<sup>19</sup> Sentencia del TEDH, asunto *Oliari y otros c. Italia*, de 21 de julio de 2015, apartados nn. 171 y 172.

<sup>20</sup> Sentencia del TEDH, asunto *Oliari y otros c. Italia*, de 21 de julio de 2015, apartados nn. 185 y 187.

gradual de los Estados en esta materia<sup>21</sup>, el artículo 12 del Convenio no impone al gobierno demandado la obligación de conceder el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, y esta diferencia de trato no supone una discriminación a los efectos del art. 14 CEDH.

La condena al Estado italiano, en definitiva, se funda únicamente en la violación del derecho a la vida familiar de los demandantes (art. 8 CEDH), dado que este, sin justificar adecuadamente las razones, no había aún aprobado una normativa que regulara la vida familiar de las parejas homosexuales, contraviniendo las indicaciones tanto del Tribunal Europeo como de la Corte constitucional italiana, que habían declarado en reiteradas ocasiones la necesidad de predisponer una regulación de reconocimiento y protección de estas familias. Por lo tanto, el legislador italiano (como cualquier otro legislador de un Estado miembro del Consejo de Europa) no estaba obligado a permitir el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, pues no existe aún consenso sobre esta cuestión entre los Estados; pero sí tiene el deber de proporcionar un marco legal específico que establezca el reconocimiento y la protección de las uniones homosexuales, recibir incurrir en la vulneración del art. 8 del Convenio Europeo.

Es, cuando menos, llamativo que un órgano esencial del Consejo de Europa como el TEDH no vincule la falta de una regulación de las uniones homosexuales también a la violación del principio de no discriminación (art. 14 CEDH), comparando la situación de las parejas homosexuales con cualquier otra pareja heterosexual, que puede acceder al matrimonio civil. En muchos textos sin valor vinculante del Consejo de Europa (recomendaciones, resoluciones, etc.) se exhortan a los legisladores de los Estados miembros para que eliminen la diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales. Solo como ejemplo, la Resolución 1728 de 2010, titulada «Discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género», la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa invitaba los Estados miembros «a asegurar el reconocimiento jurídico a las uniones homosexuales en aquellos países en los que la legislación nacional regule dicho reconocimiento [para las parejas heterosexuales]».

Asimismo, en la Recomendación CM /Rec (2010) 5 sobre medidas dirigidas a la lucha contra la discriminación por orientación sexual o identidad

<sup>21</sup> En 2015, fecha de emisión de la Sentencia *Oliari*, once Estados miembros del Consejo de Europa habían reconocido el matrimonio homosexual, véase el apartado n. 192 de la sentencia.

de género<sup>22</sup>, el Comité de Ministros ha recomendado a los Estados miembros, entre otras cosas, de reflexionar sobre la posibilidad de proporcionar a las parejas del mismo sexo, sin ninguna discriminación, los medios jurídicos o de otra naturaleza que suelen aplicarse a las parejas del mismo sexo, para resolver los problemas prácticos conexos con la realidad social en la que viven, si la legislación nacional no reconoce derechos y deberes a las parejas del mismo sexo<sup>23</sup>.

El Tribunal Europeo, de su lado y a pesar de lo que se acaba de exponer, se mantiene firme en su decisión de dejar la posibilidad de equiparar de verdad los derechos de las parejas homosexuales con aquellos de las heterosexuales (que pueden acceder al vínculo matrimonial) en las manos del legislador nacional, apuntando a la falta de un consenso común en Europa sobre la cuestión. Ese margen de apreciación nacional, sin embargo, se ve restringido de una forma bastante penetrante a la luz de doctrina *Oliari* según la cual los Estados que no regulan la situación familiar de las parejas same-sex incurren en la violación del art. 8 CEDH.

Queda preguntarse si este avance puede considerarse suficiente o si, una vez más, el estándar mínimo de protección para las parejas del mismo sexo según el CEDH «es el reconocimiento, y no la igualdad»<sup>24</sup>.

#### 4. El tercer momento decisivo: la sentencia del TJUE de 2018, asunto *Coman*

La tercera y última etapa a la que se hará referencia se acerca, sin duda, a un tratamiento totalmente igualitario entre parejas homosexuales y heterosexuales casadas y concierne a un caso resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) con la Sentencia de 5 de junio de 2018, en el asunto *Coman*<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Recomendación CM / Rec (2010) 5 del Consejo de Europa para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, Recomendación adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el pasado 31 de marzo de 2010.

<sup>23</sup> Recomendación n. 25: «Cuando la legislación nacional no reconoce ni confiere derechos u obligaciones en el registro de parejas del mismo sexo y parejas de hecho, los Estados miembros a que consideren la posibilidad de prestar, sin discriminación de ningún tipo, incluyendo a las parejas de distinto sexo, las parejas del mismo sexo con jurídica u otros medios para resolver los problemas prácticos relacionados con la realidad social en que viven», Recomendación CM / Rec (2010) 5 del Consejo de Europa.

<sup>24</sup> POPPELWELL-SCEVAK, (2018); y también SPERTI (2018).

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de

Esta decisión no tiene por objeto el acceso al matrimonio de las parejas *same-sex*, pero es igualmente importante para el tema analizado en este trabajo porque, como se dejará de manifiesto, conlleva la obligación para los Estados miembros de la Unión Europea del reconocimiento del vínculo matrimonial entre homosexuales también en aquellos Estados en los que se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, cuando concurren ciertas circunstancias: en particular, si de ello depende el ejercicio de derechos reconocidos por los Tratados de la Unión Europea. Como es evidente, una decisión semejante constituye un significativo paso en adelante en la realización de un estándar común de protección de las parejas *same-sex* en el entorno europeo, además de una señal trascendente de la voluntad de equiparar la condición de las personas que conforman una pareja homosexual con las que forman parte de una familia heterosexual.

La citada sentencia del Tribunal de Luxemburgo resuelve una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la Unión planteada por el Tribunal Constitucional rumano para obtener la interpretación auténtica de algunos artículos de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y sus familiares para desplazarse y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

La solicitud de interpretación auténtica surge del caso de dos hombres, el Sr. Coman (de nacionalidad rumana) y el Sr. Hamilton (de nacionalidad norteamericana), pareja durante muchos años (desde 2002). Después de vivir durante 4 años en los Estados Unidos, los dos se separaron por razones de trabajo (Coman en Bélgica y Hamilton en los Estados Unidos), pero en ese período (precisamente en 2010) se casaron en Bélgica de acuerdo con la legislación belga, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Una vez terminados los compromisos de trabajo de Coman en Bélgica, él decide regresar a Rumania y solicita un permiso de residencia por un período superior a 3 meses para Hamilton, en concepto de reagrupación familiar. El permiso será, sin embargo, negado por las autoridades rumanas, con la justificación que en Rumania el art. 277 del Código Civil prohíbe explícitamente el matrimonio entre personas del mismo sexo y, con igual previsión expresa, no reconoce aquellos celebrados en el extranjero<sup>26</sup>. No obstante, el apartado

2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*.

<sup>26</sup> El artículo 277, apartados 1, 2 y 4, del *Codul Civil* (Código Civil rumano) afirma: «1. Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. 2. Los matrimonios entre personas del

4 del mismo artículo declara que «serán de aplicación las disposiciones legales relativas a la libre circulación en el territorio rumano de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo».

En razón de dicha actuación, Coman y otros interpusieron un recurso contra la jurisdicción competente (*Judecătoria Sectorului 5 București*), denunciando ser víctimas de una discriminación por razón de la orientación sexual por lo que respecta al ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la Unión. Asimismo, plantearon una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 277, apartados 2 y 4, del Código Civil, al estimar que «el no reconocimiento, a efectos del ejercicio del derecho de residencia, de los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos en el extranjero infringe las disposiciones de la Constitución rumana que protegen los derechos a la vida privada y familiar y a la intimidad, así como las disposiciones relativas al principio de igualdad»<sup>27</sup>. El Tribunal Constitucional rumano (*Curtea Constituțională*) advierte que, para poder resolver la cuestión de inconstitucionalidad, deberá antes acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que solucione sus dudas acerca de la correcta interpretación de algunos contenidos de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2004/38/CE, a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE, o «Carta») y de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Corte rumana, por tanto, plantea sus preguntas al Tribunal de Luxemburgo que se centran, principalmente, en la interpretación de los términos «cónyuge», «familiar» y «partner» contenidos en la Directiva 2004/38/CE<sup>28</sup>. El TJUE, de su lado, termina por modificar sensiblemente

mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía. [...] 4. Serán de aplicación las disposiciones legales relativas a la libre circulación en el territorio rumano de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo».

También puede ser útil citar el art. 259, apartados 1 y 2, del *Codul Civil*: «1. El matrimonio es la unión libremente consentida entre un hombre y una mujer, celebrada según los requisitos establecidos por la ley. 2. Los hombres y las mujeres tienen el derecho a casarse con el fin de fundar una familia».

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartado 14.

<sup>28</sup> Estas las cuatro cuestiones de interpretación, que se citan en el apartado 17 de la sentencia *Coman*: «(1) ¿Comprende el concepto de “cónyuge” en el sentido del artículo 2, punto 2, letra a), de la Directiva 2004/38, leído en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 de la Carta, a un



dichas cuestiones, «transformándolas» completamente en dos preguntas<sup>29</sup> que pueden ser resumidas en una: si un ciudadano de la UE ejerce su derecho de circular y residir libremente en Europa y, mientras reside en un Estado de la Unión, establece una relación afectiva con una persona del mismo sexo ciudadano no europeo que se convierte en un vínculo familiar, matrimonial incluso, (dado que el Estado en el que se encuentran permite el matrimonio *same-sex*), una vez que esta persona – el ciudadano europeo – quisiera continuar ejerciendo dos derechos fundamentales de la UE (circulación y vida familiar) y regresar a su país de origen, ¿puede verse obstaculizado en

nacional de un Estado que no es miembro de la Unión, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión con el que ha contraído legalmente matrimonio con arreglo a las leyes de un Estado miembro distinto del Estado de acogida? 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, ¿obligan los artículos 3, apartado 1, y 7, apartado [2], de la Directiva 2004/38, leídos en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 de la Carta, al Estado miembro de acogida a conceder el derecho de residencia en su territorio por un período superior a tres meses al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la Unión? 3) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, ¿puede calificarse a un nacional de un Estado que no es miembro de la Unión, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión con el que ha contraído matrimonio legalmente con arreglo a las leyes de un Estado miembro distinto del Estado de acogida, como “otro miembro de la familia” en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/38 o como “pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada” en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra b), de dicha Directiva, con la obligación subsiguiente del Estado miembro de acogida de facilitar la entrada y la residencia del interesado, aun cuando dicho Estado no reconozca los matrimonios entre personas del mismo sexo ni contemple ninguna otra forma alternativa de reconocimiento jurídico, como la unión registrada? 4) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión prejudicial, ¿obligan los artículos 3, apartado 2, y 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38, leídos en conexión con los artículos 7, 9, 21 y 45 de la Carta, al Estado miembro de acogida a conceder el derecho de residencia en su territorio por un período superior a tres meses al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la Unión?»

<sup>29</sup> Las razones de esta intervención del Tribunal de Justicia son múltiples: en primer lugar, el TJUE recuerda al Tribunal Constitucional rumano que ha planteado una cuestión prejudicial respecto de una Directiva, la 2004/38, que no puede aplicarse en el caso concreto, dado que la misma regula el derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE y de sus familiares en los países de la UE. La Directiva no reconoce esos mismos derechos a los ciudadanos de países no europeos (como es el caso del señor Hamilton), aunque sea familiar de un ciudadano UE. En segundo lugar, considero que pueda afirmarse que el Tribunal de Justicia decide igualmente intervenir por dos razones principales: de un lado, evidentemente, para proporcionar «todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto de que conoce, con independencia de que el órgano jurisdiccional remitente haya hecho o no referencia a ellos en el enunciado de sus cuestiones prejudiciales» (apartado 22 de la sentencia); y, de otro, para no dejar pasar la ocasión de pronunciarse a favor de la tutela antidiscriminatoria respecto de las parejas homosexuales.

este ejercicio por la decisión del Estado miembro de origen de prohibir la residencia prolongada (más de 3 meses) a su esposo por la única razón de que el matrimonio entre personas del mismo sexo está prohibido en ese territorio?

El Tribunal de Justicia es tajante en su respuesta: absolutamente no. Todos los Estados miembros, declara el TJUE, deben garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados en la Carta y en los Tratados de la Unión. El derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo no está entre ellos, pero sí lo están el derecho a la libre circulación y el derecho a la vida familiar. Si se permitiera, razona el TJUE, que los Estados miembros pudieran conceder o denegar la entrada y la residencia en su territorio a un nacional de un tercer Estado que ha contraído matrimonio con un ciudadano UE del mismo sexo en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado en función de que las disposiciones de Derecho nacional contemplen o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión que ya hayan hecho uso de esta libertad variaría de un Estado miembro a otro, según esas disposiciones de Derecho nacional. Una situación semejante no puede aceptarse, pues entraría en conflicto con la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia<sup>30</sup>. De todo ello desciende que la circunstancia que un Estado miembro niegue el reconocimiento, al objeto de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un Estado no UE, del matrimonio de este con un ciudadano de la Unión Europea del mismo sexo, nacional de ese Estado miembro, contraído durante su residencia efectiva en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este último Estado, «puede obstaculizar el ejercicio del derecho de ese ciudadano, consagrado en el artículo 21 TFUE, apartado 1, de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En efecto, tal negativa tiene como consecuencia que dicho ciudadano de la Unión pueda verse privado de la posibilidad de regresar al Estado miembro del que es nacional acompañado de su cónyuge»<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> El TJUE menciona, a este respecto, las reflexiones del Abogado General en el punto 73 de sus conclusiones, según las cuales, «habida cuenta del contexto y de las finalidades que persigue, las disposiciones de la Directiva 2004/38, aplicables por analogía en el presente asunto, no pueden interpretarse de manera restrictiva y no deben, en cualquier caso, ser privadas de su efecto útil (sentencias de 25 de julio de 2008, *Metock* y otros, C-127/08, EU:C:2008:449, apartado 84, y de 18 de diciembre de 2014, *McCarthy* y otros, C-202/13, EU:C:2014:2450, apartado 32)», Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartado 39.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de

Puede ser útil destacar algunos aspectos, en mi opinión, muy importantes para la cuestión de la construcción de un estándar común de protección del derecho a la igualdad y la no discriminación entre parejas hetero y homosexuales. En primer lugar, el Tribunal de Luxemburgo declara que un Estado miembro no puede invocar su propia legislación nacional para oponerse al reconocimiento en su territorio del matrimonio contraído legalmente en un Estado de la Unión entre un ciudadano de la Unión y un ciudadano de un Estado no UE, cuando el reconocimiento del matrimonio solo es funcional a la petición de un permiso de residencia<sup>32</sup>. Ni tampoco invocar, en este supuesto, que la denegación del permiso tiene como finalidad la protección de la identidad nacional<sup>33</sup> y del orden público, pues estos solo pueden invocarse en caso de una amenaza real y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad<sup>34</sup>.

El Tribunal precisa que esto no significa, claramente, que la Unión es competente en materia de matrimonio. Por supuesto, advierte el TJUE, que lo que concierne al «estado civil» sigue siendo un ámbito reservado a los Estados miembros. Ellos son quienes deciden quién puede acceder al matrimonio y con qué condiciones. Pese a ello, continúa el Tribunal de Luxemburgo, los Estados (como prescribe la jurisprudencia consolidada) están obligados a respetar el Derecho de la UE y, por tanto, en el ejercicio de la competencia mencionada (permiso de residencia, libre circulación etc.), la Rumania debe respetar el Derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad reconocida a todos los ciudadanos de la Unión para circular y residir en el territorio de los Estados miembros<sup>35</sup>.

En última instancia, con respecto a la interpretación del término «cónyuge», el Tribunal declara que los derechos garantizados por la Carta de los

2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartado 40.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartado 36.

<sup>33</sup> Sobre el respeto de la «identidad nacional» por las instituciones de la Unión Europea, pueden verse: RUBIO LLORENTE (2013); MORGADES GIL (2012).

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartados 42-46.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartado 38.

Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el caso en cuestión el art. 7 CDFUE (respeto de la vida privada y familiar), serán interpretados de acuerdo con las afirmaciones del derecho análogo reconocido por el CEDH (Artículo 8 CEDH): para el Tribunal de Estrasburgo las parejas del mismo sexo tienen el mismo derecho a la vida privada y familiar que las parejas heterosexuales<sup>36</sup>.

El Tribunal de Justicia concluye su decisión afirmando que Rumania tiene que otorgar un permiso de residencia por un período de más de 3 meses al cónyuge de uno de sus ciudadanos, ya que: 1. debe respetar el derecho a la libre circulación y la vida familiar de este ciudadano de la UE; 2. las parejas homosexuales son familias, tienen derecho al respeto de la vida familiar; 3. dentro del término «cónyuge» hay que incluir también a la pareja del mismo sexo legalmente casada en un Estado de la UE que reconozca el matrimonio *same-sex*.

A tenor de lo expuesto, se desvela en toda su evidencia que la intervención del Tribunal de Justicia reduce y acota aún más el margen de apreciación del Estado en materia de igualdad entre las personas que ejercen su derecho a la vida familiar, ya sean hetero u homosexual, hasta no permitir que un Estado de la Unión no reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro Estado de la Unión<sup>37</sup>. La Unión Europea, a través del máximo intérprete de su Derecho, no impone el matrimonio *same-sex*, pero obliga al reconocimiento de aquellos matrimonios que se hayan celebrados en uno de los Estados miembros, si este reconocimiento es necesario para que los ciudadanos de la Unión puedan ejercer libremente los derechos reconocidos en los Tratados de la Unión Europea o en la Carta DFUE.

<sup>36</sup> «[D]e la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta que la relación que mantiene una pareja homosexual puede estar comprendida en el concepto de “vida privada” y en el de “vida familiar” del mismo modo que la de una pareja heterosexual que se encuentre en la misma situación (TEDH, sentencia de 7 de noviembre de 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia*, § 73, y TEDH, sentencia de 14 de diciembre de 2017, *Orlandi y otros c. Italia*, § 143)», Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C - 673/16, *Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros*, apartado 50. Además, ya en el apartado 35 de la Sentencia, el TJUE había afirmado que «debe recordarse ante todo que el concepto de “cónyuge” en el sentido de la Directiva 2004/38 es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate».

<sup>37</sup> No hay que olvidar que el TJUE, en numerosas ocasiones a lo largo de la Sentencia *Coman*, remarca que la obligación del reconocimiento del matrimonio homosexual celebrado legítimamente por un ciudadano UE en un Estado de la Unión tiene que considerarse «al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado».

## 5. Consideraciones finales

El tema del acceso de las parejas homosexuales al matrimonio, y a los derechos y posibilidades que de ello descenden, es evidentemente un ámbito que concierne a la aplicación del principio de igualdad y a la protección frente a las discriminaciones. Sin embargo, como se ha dejado de manifiesto, el Tribunal de Estrasburgo ha dado pocas argumentaciones respecto de la vulneración o no vulneración del principio de igualdad en el ámbito del reconocimiento del derecho al matrimonio a las parejas *same-sex* (aunque se tratara de uno de los parámetros invocados por los recurrentes), basando sus decisiones en otros principios o valores fundamentales. Este elemento, en mi opinión, constituye uno de los más decepcionantes de la doctrina de esta trascendente jurisdicción. El Tribunal de Justicia, de su lado, y en el respeto de sus competencias (muy diferentes respecto de las del TEDH), ha podido actuar en los últimos años de una forma más penetrante e incisiva en la lucha frente la discriminación por orientación sexual, como ha evidenciado el análisis del asunto *Coman*.

Las tres sentencias examinadas, no obstante las limitaciones aludidas, han constituido unos puntos de inflexiones importantes en el camino hacia la igualdad sustancial entre parejas heterosexuales y homosexuales, como han demostrado las medidas abordadas en muchos de los Estados miembros del Consejo de Europa<sup>38</sup>.

La «Europa de los derechos», esto es, la Europa que protege los derechos, según el punto de llegada expuesto, va evidentemente en la dirección de un reconocimiento efectivo de la igualdad entre parejas heterosexuales y homosexuales, hacia la construcción e incluso una suerte de imposición de un estándar común de protección que ve superada la idea de que siga siendo necesaria una diferenciación entre parejas casadas y parejas de otro tipo, con el pretexto que tradicionalmente el matrimonio es un instrumento cuya característica fundamental es la diferencia de sexo entre los cónyuges.

<sup>38</sup> Como se ha dicho, por razones obvias no se han podido, en el ámbito de este breve trabajo, observar las múltiples pruebas de los efectos de las decisiones *Shalk*, *Oliari* y *Coman* en los Estados Europeos, tanto desde el punto de vista de las intervenciones legislativas como de aquellas de las respectivas Cortes constitucionales. Solo para citar una de las más evidentes, los miembros del Parlamento italiano han conseguido encontrar un acuerdo sobre la aprobación de una regulación de las uniones civiles homosexuales (Ley de 20 de mayo de 2016, n. 76, sobre «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», en vigor desde el 5 de junio de 2016) solo porque «empujados» por la condena del TEDH a través de la Sentencia *Oliari* y por la amenaza de condenas futuras.

Considero que se trate de la dirección adecuada, pues no hay que olvidar que el matrimonio civil, entendido como un contrato, como un instituto jurídico que crea derechos y deberes, y no como un sacramento, ya ha sufrido cambios profundos en su significado; esto sucedió, por ejemplo, con la introducción del divorcio, que ha revolucionado otra característica hasta entonces considerada esencial como la indisolubilidad del vínculo.

El matrimonio civil es un negocio jurídico regulado por el legislador y, como tal, debe respetar principalmente los valores y principios constitucionales. Ciertamente, el respeto de las tradiciones puede considerarse un valor constitucional<sup>39</sup>; sin embargo, vista también la jurisprudencia europea ahora analizada, no debería considerarse un valor constitucional que prevalezca sobre la necesidad de construir un estándar común de protección del principio de igualdad o de protección del principio de no discriminación por razón de sexo y orientación sexual.

De acuerdo con una parte de la doctrina<sup>40</sup> y con lo que se ha afirmado con antelación, parece por lo tanto «llamativo», que el Tribunal Europeo afirme que no hay discriminación por orientación sexual si un Estado no permite el matrimonio homosexual, pero sí la hay si se trata a los homosexuales de una forma diferente respecto de los heterosexuales en el acceso a otros negocios jurídicos menos arraigados en la cultura y en la tradición. Creo que es oportuno preguntarse si es razonable considerar que la diferencia de sexo sea una característica esencial del matrimonio civil, regulado con una ley del Estado (que, en Europa, en la mayoría de los casos son Estados aconfesionales), y que esto no constituya una causa de discriminación fundada en la orientación sexual. ¿No es discriminatorio permitir el acceso a un determinado negocio jurídico a determinadas personas, fundando esa decisión solo en la orientación sexual o en el sexo? El matrimonio civil es un negocio jurídico en el que se desarrolla la personalidad del individuo, siendo la familia la formación social «primaria» en la que cada persona desarrolla su personalidad y ejerce sus derechos. Crear un vínculo conyugal permite a dos personas conseguir un estatus distinto en la sociedad, con el que se adquiere un conjunto de derechos y deberes que no pueden ser asumibles a través de ningún otro negocio jurídico. El derecho a casarse o no, y sobre todo a casarse con quien uno quiera, concierne a la esfera de la autonomía individual en la que el Estado no puede entrometerse, a menos que sea necesario para tutelar otros bienes o intereses prevalentes, circunstancia que, a mi modesto parecer, no concurren en este caso.

<sup>39</sup> Véase, por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución española de 1978.

<sup>40</sup> SPERTI (2013 y 2018).

El derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial de expresión de la dignidad humana, y no puede por lo tanto ser reservado a determinados sujetos en razón de su orientación sexual sin incurrir en una evidente discriminación por dicha razón. En caso de darse discriminaciones de esta naturaleza, el Estado debería intervenir para que todos puedan ejercitar ese derecho en condiciones de igualdad. Algunos Tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Estrasburgo se han opuesto a la creación de un estándar común de protección en este sentido, acudiendo al margen de apreciación estatal o al respeto de la identidad nacional y de las tradiciones constitucionales. No parece, sin embargo, proporcional el sacrificio de los derechos e intereses de las personas homosexuales frente al mantenimiento de un requisito histórico y tradicional como es la diferencia de sexo entre los cónyuges.

Resultan especialmente oportunas en este contexto las afirmaciones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (TSEEUU, en adelante) en la Sentencia de 26 de junio de 2015, asunto *Obergefell vs. Hodges* [...], aunque sea evidentemente un Tribunal con naturaleza y propósito distintos respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y cuyas resoluciones tienen un alcance diferente. Se trataría, en mi opinión, de las declaraciones que deberían esperarse del TEDH (y del TJUE en menor medida, siendo, como es sabido, sus competencias más limitadas en materia de derechos fundamentales) en un tema tan trascendente como la discriminación por orientación sexual.

El TSEEUU, al encontrarse ante la situación en la que algunos Estados de la Federación reconocían el matrimonio homosexual y otros no, afirmó lo siguiente: «*El deniego del derecho al matrimonio a las parejas homosexuales causaba un daño grave y continuado y la imposición de esta prohibición a gay y lesbianas contribuía a faltarles al respeto y a ponerlos en una condición de subordinación*».

El Tribunal Supremo, a renglón seguido, reconoció el derecho fundamental de las parejas homosexuales a casarse en todos los Estados de los EEUU, y a que, mientras tanto que las regulaciones nacionales se actualizasen, dicho matrimonio celebrado en un Estado en concreto, se reconociera en todos los demás Estados. Ante una situación de falta de homogeneidad en las regulaciones y en el consenso respecto de las uniones homosexuales, el TSEEUU opta por imponer él mismo una homogeneidad que garantice el nivel más alto de goce de los derechos a las personas homosexuales y la plena realización del principio de igualdad, actitud opuesta respecto de la del TEDH<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> DELGADO RAMOS (2017); JAEGER-FINE (2016).

Muy interesantes, también, las afirmaciones que siguen: si se trata de proteger unos derechos fundamentales, los jueces ordinarios no tienen que esperar a que el legislador actúe regulando aquellos, sino que pueden aplicar directamente la Constitución y el principio de igualdad<sup>42</sup>. Declara el Tribunal Supremo: “*Dado que [...] las personas no deben esperar la actuación del legislador para poder ejercitar un derecho fundamental, el Tribunal Supremo ha considerado que, si este no hubiera actuado [...], esta misma habría negado una vez más a gays y lesbianas muchos derechos y responsabilidades conexas con el matrimonio*”. Por tanto, ante la inercia del legislador, el TSEEUU aplica directamente la Constitución<sup>43</sup>.

Como he aludido en la introducción, es difícil no estar de acuerdo con cuanto afirmado por Vallières<sup>44</sup> sobre que en los debates que atañen al matrimonio, las ideas terminan por conectarse con valores fundamentales, sentimientos, creencias y tradición. Sin embargo, los Tribunales supranacionales (en particular aquellos que tienen encargada la protección de los derechos) tiene la obligación de interpretar las Cartas reconocedoras de derechos fundamentales en sentido evolutivo y lo más posible garantista de los derechos de todos, para evitar que sus contenidos queden petrificados y para demostrar que, parafraseando a Walt Whitman<sup>45</sup>, no nos perjudica que las personas diferentes de nosotros tengan nuestros mismos derechos; para nuestros derechos es indispensable, antes bien, que todos puedan disfrutarlos y ejercerlos exactamente como nosotros.

<sup>42</sup> YOSHINO (2015, 153-154).

<sup>43</sup> En Italia, por ejemplo, ni la Corte constitucional ni los jueces ordinarios se atrevieron a aplicar directamente la Constitución para garantizar la realización del principio de igualdad entre parejas gays y parejas heterosexuales en el acceso al matrimonio. Solo algunos alcaldes lo intentaron, pero el Gobierno emitió una orden ministerial prohibiendo la actuación de estos órganos locales. En otro contexto sensible y relativo a la protección de determinados derechos fundamentales reconocidos por la Constitución italiana (CI), los jueces ordinarios italianos sí que actuaron para responder a la inercia del legislador. Fueron los notorios casos de aplicación directa del art. 32 CI, sobre el derecho a la salud, para autorizar la interrupción de medidas que suponían ensañamiento terapéutico. El supuesto más famoso es el caso de Eluana Englaro.

<sup>44</sup> VALLIÈRES (2007, 297-298).

<sup>45</sup> «Of Equality – As if it harm'd me, giving others the same chances and rights as myself – As if it were not indispensable to my own rights that others possess the same». WHITMAN (2011, 355).



## Referencias bibliográficas

- DELGADO RAMOS, D. (2017). “Obergefell contra Hodges: la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”. *Revista de derecho político, UNED*, n. 99, pp. 325-356.
- GARCÍA ROCA, J. (2007). “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, pp. 117-143.
- GARCÍA ROCA, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derecho Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- JAEGER-FINE, T. (2016). “Marriage equality in the United States: a look at Obergefell and beyond”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 3, n. 1, pp. 7-41.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M. (2016). “Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 107, pp. 219-253.
- MASCIOTTA, C., (2019). *Costituzione e Cedu nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze.
- MORGADES Gil, S. (2012). “El principio de respeto de la identidad nacional y de las funciones esenciales de los estados miembros de la Unión Europea”. En Olesti Rayo, A. (dir.), *La administración autonómica y el Tratado de Lisboa*, pp. 75-110.
- PALAZZO, N. (2021). *Legal recognition of non-conjugal families*, Hart, Oxford.
- POPPELWELL-SCEVAK, C. (2018): “Oliari, Orlandi and Homophobic Dissenting Opinions: The Strasbourg Approach To The Recognition Of Same-Sex Marriages”. *Strasbourg Observers blog*, 2 de febrero.
- ROMBOLI, R. (2010). “Il diritto ‘consentito’ al matrimonio ed il diritto ‘garantito’ alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice ‘troppo’ e troppo poco””. *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2, pp. 1-21.
- ROMBOLI, S. (2021). “¿La más bella del mundo es también la más igualitaria? Reflexiones al hilo de la jurisprudencia constitucional italiana en materia de acceso al matrimonio para las parejas *same-sex*”. En Ríos Vega, L. E. y Spigno, I., (dirs.), *Estudios de casos líderes nacionales. Vol. XVII. Los Derechos Humanos en La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana*, Tirant lo Blanch, México.
- RUBIO LLORENTE, F. (2013). “Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Euro-

- pea". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 17, pp. 515-528.
- RUIZ SEISDEDOS, S. Y MARTÍN CANO, M. del C. (2012). "Nuevas formas de familia, viejas políticas familiares: las familias monomarentales". *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, n. 33, pp. 159-175.
- SPERTI, A. (2013) *Omosessualità e diritti*, Pisa University Press, Pisa.
- SPERTI, A. (2015). "Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso e il c.d. 'divorzio imposto'". En Catelani, E. *et al.* (coords.), *Profili attuali di diritto costituzionale*, Pisa University Press, Pisa, p. 107.
- SPERTI, A. (2018). "Il riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza". *Studium Iuris*, núm 10, pp. 1155-1164.
- VALLIÈRES, A (2007). "La prohibición del matrimonio entre cónyuges del mismo sexo como discriminación por razón de orientación sexual (un comentario a la Sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo del Tribunal Supremo de Canadá)". *Revista de Derecho Político - UNED*, n. 68, pp. 297-312.
- WHITMAN, W. (2011). *Foglie d'erba (Leaves of Grass, 1855)*, Newton Compton Ed., Roma.
- YOSHINO, K. (2015). "A New Birth of Freedom? Obergefell v. Hodges". *Harvard law review*, Vol. 129, n. 1, pp. 147-179.

L'AZIONE EUROPEA IN MATERIA DI DISABILITÀ:  
LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA DELLA CORTE  
DI GIUSTIZIA E I SUOI EFFETTI INDIRETTI E SECONDARI\*

FERNANDO PÉREZ DOMÍNGUEZ

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del trattamento giuridico della disabilità da parte dell'Unione europea. – 2. La particolare posizione dell'Unione europea con riguardo al sistema multilivello di tutela dei diritti delle persone con disabilità. – 3. L'interpretazione (estensiva) del concetto di disabilità messa a punto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea alla luce della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. – 3.1. Elemento oggettivo o tecnico. – 3.2. Elemento relazionale o contestuale. – 3.3. Elemento finalista o funzionale. – 3.4. Elemento temporale. – 3.5. Elemento formale. – 4. Conclusioni.

**1. L'evoluzione del trattamento giuridico della disabilità da parte dell'Unione europea**

L'attuale modello di trattamento giuridico della disabilità è uno degli esempi più evidenti e sviluppati di costruzione di un sistema multilivello di tutela dei diritti umani. Inoltre, è generalmente riconosciuto che lo sviluppo di detto sistema è decisamente dovuto all'azione normativa sorta all'interno dell'ONU dalla fine degli anni '70 del XX secolo (BIEL PORTERO, 2009), la cui pietra miliare più rappresentativa sarebbe stata l'approvazione della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (CDPD) nel 2006. La Convenzione costituisce il primo strumento internazionale per la protezione dei diritti umani di portata universale del XXI secolo e, per di più, il primo ad essere aperto alla firma e alla ratifica da parte di organizzazioni regionali di integrazione (*ex art. 44 CDPD*), di cui l'Unione europea è stata la prima ad usufruire di questa possibilità<sup>1</sup>.

\* Tradotto dallo spagnolo da Paola Bonfanti (Università degli Studi di Milano). Il presente lavoro costituisce la versione evoluta ed adattata in italiano dall'articolo pubblicato in spagnolo alla *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 36, 2021; e fa parte dei risultati dei progetti di ricerca: "Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social" (Proyectos I+D+i FEDER Andalucía 2014-2020, Referencia: US-1264479) e "La Carta Social Europea y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales: su impacto en España" (Proyectos de I+D «Generación de Conocimiento», Referencia: PGC2018-094527-B-I00).

<sup>1</sup> Il 30 marzo 2007 l'allora Comunità europea firmò la Convenzione sui diritti delle perso-

Il processo promosso dalle Nazioni Unite ha comportato l'evoluzione e il transito tra due modalità di trattare la disabilità che, partendo dalle diverse concezioni della stessa, hanno determinato regolazioni internazionali e nazionali differenti (BIEL PORTERO, 2009, 12-19). Per sintetizzare<sup>2</sup>, il primo di questi – il modello medico – considera la disabilità come una caratteristica o un attributo individuale che deriva, senza ombra di dubbio, da una determinata condizione di salute che limita, inabilita o invalida la persona a svolgere le differenti funzioni vitali a livello individuale o sociale. A fronte di ciò, da parte del Diritto e dello Stato, si ricorre ad un'attuazione riparatrice, compensatrice o protettrice della persona colpita – diversa a causa del suo deficit – per adattarla, quanto possibile, alla dinamica sociale normale o generale. Dall'altro lato, secondo il modello sociale, la situazione di esclusione o gli impedimenti di una persona disabile non derivano dalle sue condizioni individuali o funzionali, ma dagli atteggiamenti, dal contesto e dalla dinamica sociale che non prendono in considerazione le necessità delle persone disabili, le quali in assenza di tali situazioni potrebbero svilupparsi e partecipare interamente a tutti gli ambiti di vita essendo questa percezione sociale – e non la propria condizione di salute – la causa dell'esclusione o la mancanza di integrazione per queste persone. Di conseguenza, le persone con disabilità sono membri della società pari agli "altri" per quanto riguarda i loro diritti e possibilità di sviluppo e partecipazione. Quindi, dovrebbe essere la società che, accettando le diversità di quelle persone, elimina le barriere che le escludono e dispone delle misure di assistenza e di sostegno necessarie per rendere possibile il pieno ed effettivo godimento dei loro diritti e, in più, un'integrazione completa con normalità ed uguaglianza.

L'evoluzione tra un modello e l'altro ha comportato un lungo ed importante processo di riforma delle norme sia dal punto di vista tecnico<sup>3</sup> sia dal

ne con disabilità. Il 23 dicembre 2010 l'Unione europea ratificò la decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009, relativa alla conclusione da parte della Comunità europea, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità.

<sup>2</sup> La letteratura scientifica relativa a questa evoluzione nella risposta giuridica e sociale alla disabilità è vastissima e varia nelle prospettive. A titolo illustrativo, si vedano PADILLA-MUÑOZ (2010), PALACIOS e BARIFFI (2007), PALACIOS (2008), VICTORIA MALDONADO (2013), CABRA DE LUNA (2004).

<sup>3</sup> A tale proposito, si deve sottolineare l'attenzione dell'Organizzazione mondiale della sanità (anche nel quadro delle Nazioni Unite) alla questione della concezione e del trattamento della disabilità a causa del rapporto di quest'ultima con una determinata condizione di salute. L'OMS ha elaborato – con una volontà unificante – due classificazioni successive che evidenziano, sul piano medico, l'evoluzione da un modello o concezione ad un altro: la classificazione delle menomazioni, delle disabilità e degli handicap (ICIDH) del 1980, e la classificazione

punto di vista giuridico<sup>4</sup>, avvertendosi una stretta influenza tra di loro. Partendo dal piano giuridico, la trasformazione si è riflessa in strumenti internazionali generali<sup>5</sup>, e soprattutto, specifici<sup>6</sup> per la protezione dei diritti umani,

internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute (ICF) del 2001. Da quest'ultima deriva la generalizzazione del termine disabilità come comprensiva della complessa realtà che essa racchiude attualmente. Seguendo BIEL PORTERO (2009, 22-25), la Classificazione internazionale delle Menomazioni, delle Disabilità e degli Handicap segue il modello delle conseguenze delle malattie, attraverso una sequenza lineare. In questa sequenza, è la malattia o disturbo che provoca l'insorgenza di una carenza, che darà luogo ad una deficienza che, a sua volta, determinerà l'esistenza di una disabilità nell'individuo; mentre CIF si riferisce alla disabilità non come componente, ma come termine generico globale che determina il fenomeno multidimensionale derivante dall'interazione delle persone con il loro ambiente fisico e sociale. Si veda anche CÁCERES RODRÍGUEZ (2004, 74-77).

<sup>4</sup> Un'analisi dettagliata e sistematica di tale processo in seno all'ONU, al Consiglio d'Europa e all'Unione europea si ritrova in BIEL PORTERO (2009, 37-172, 172-238 e 240-300 rispettivamente).

<sup>5</sup> Il cambiamento di approccio giuridico nei confronti della disabilità è relativamente evidente se si confrontano i silenzi e i riferimenti ad essa negli strumenti generali di protezione dei diritti umani precedenti il processo guidato dall'ONU alla fine del XX secolo. Tra i silenzi, spicca la non inclusione della disabilità nei divieti generali di discriminazione di cui agli articoli 7 Dichiarazione Universale dei diritti umani, 26 Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, 2.2 Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, nel quadro dell'ONU; gli articoli 1.1 Convenzione americana sui diritti umani e 3 del Protocollo di San Salvador, nel quadro normativo proprio dell'OSA (Organizzazione degli stati americani); e l'articolo 14 CEDU insieme al protocollo 12 e anche l'art. E della Carta sociale europea riveduta, nel contesto regionale del Consiglio d'Europa. L'eccezione si troverebbe proprio nel quadro normativo più attuale dell'Unione europea, dove sia l'art. 19 TFUE, sia l'art. 21.1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, invece, considera la disabilità tra le cause di discriminazione proibite. Maggiore importanza pratica -dato il carattere aperto delle clausole generali antidiscriminatorie- hanno i riferimenti espliciti che i testi internazionali classici fanno alla disabilità in occasione del riconoscimento di taluni diritti a particolari prestazioni o del mandato conferito agli Stati parti di svolgere una particolare azione assistenziale, protettiva e compensatore della disabilità. Questo sarebbe il caso degli artt. 25 Dichiarazione universale dei diritti umani o 9.1 del Protocollo di San Salvador, che riconoscono diritti di sostituzione dei redditi dal lavoro sotto il regime di sicurezza sociale o altri. Tali precetti sottendono una concezione economicista e riduzionistica della disabilità, poiché l'unica disabilità giuridicamente rilevante sembra essere quella che, per la sua entità, impedisce alle persone di ottenere da sole i mezzi economici per mantenersi e svilupparsi. In relazione a quest'ultimo, il contrasto lo porrebbe l'art. 15 della Carta sociale europea riveduta del 1996 (rispetto alla redazione della Carta originale del 1960), che riconosce alle "persone portatrici di handicap" un più ricco e più ampio "diritto all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità".

<sup>6</sup> Oltre alla paradigmatica azione normativa condotta in seno all'ONU stessa, il cui processo culminerebbe con la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, tra gli strumen-

così come nel successivo recepimento e sviluppo sul piano degli ordinamenti nazionali; ciò ha comportato l'esistenza di un processo tuttora in atto.

L'apertura dell'Unione europea e del suo ordinamento giuridico nell'affrontare la realtà che attinge alle persone con disabilità costituisce un processo con particolarità proprie ed ulteriori rispetto alla già complessa assunzione progressiva del modello sociale della disabilità (BIEL PORTERO, 2009, 240- 300). Queste particolarità derivano, da un lato, dalla natura originaria marcatamente economica dell'UE, con l'obiettivo di costruire un mercato unico. Da questa prospettiva, l'attenzione ad una questione sociale come la disabilità si percepiva, in origine, come qualcosa di estraneo all'ambito di azione delle istituzioni comunitarie. Dall'altro lato, ma in relazione diretta con il precedente, le competenze limitate dell'Unione in materia di diritti, in generale, e dei diritti e delle politiche sociali, in particolare, ha comportato comunque un ostacolo per l'azione europea in materia di disabilità, anche dopo essere iniziato il processo di evoluzione dal modello medico a quello sociale (BIEL PORTERO, 2009, 241- 244).

Il monitoraggio dell'azione europea in materia di disabilità richiede di affrontare parallelamente le varie iniziative di carattere politico emanate dalle diverse istituzioni europee con strumenti di carattere non vincolante, e le meno numerose – però di maggiore impatto giuridico – riforme normative di diritto originario e derivato ispirate alle prime (LÓPEZ ÁLVAREZ, 2012; BLANCO EGIDO, 2012; GARRIDO PÉREZ, 2001). In linea con questa appros-

ti internazionali di tutela dei diritti umani che riguardano specificamente la disabilità meritano di essere presi in considerazione, da un lato, le risoluzioni e le raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa di portata generale sull'integrazione e la partecipazione delle persone con disabilità [la risoluzione AP(84)3 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, del 17 settembre 1984, su una politica coerente per la riabilitazione dei minorati è spesso indicata come punto di svolta verso l'adozione del modello sociale di disabilità, a cui hanno fatto seguito due raccomandazioni nel 1992 e nel 2006 e altri atti adottati dal Consiglio d'Europa sulla questione disponibile in <https://www.coe.int/en/web/disability/adopted-texts>]. D'altro canto, si possono notare strumenti specifici limitati alla lotta contro la discriminazione fondata sulla disabilità, come la Convenzione interamericana sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle persone con disabilità, adottata il 6 luglio 1999; o altri strumenti relativi alla disabilità nel settore specifico del lavoro e dell'occupazione, come nel caso di talune convenzioni e raccomandazioni dell'OIL [per esempio la raccomandazione n. 99 sull'adattamento ed il riadattamento professionale degli invalidi del 1955 e la convenzione n. 159 sul reinserimento professionale e l'occupazione (persone disabili) del 1983, tra l'altro] e della stessa direttiva 2000/78/CE, del Consiglio, del 27 novembre 2000, relativa all'istituzione di un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, nel quadro normativo dell'Unione europea.

simazione bifocale, il primo traguardo giuridico con riferimento all'attenzione dell'UE alla disabilità non si avrà fino al 1997 con l'approvazione del Trattato di Amsterdam; il che non toglie che vi siano ulteriori sviluppi rilevanti nella configurazione della politica sociale europea; settore in cui la disabilità è stata inquadrata dalla metà degli anni '70.

Le prime attuazioni europee riferite alle persone disabili si inseriscono nell'azione sociale comunitaria e hanno come oggetto limitato l'accesso al lavoro e la reintegrazione e riadattamento professionale dei portatori di handicap<sup>7</sup>. Concepite conformemente al modello medico, queste prime misure hanno come scopo primario quello di prevenire l'acquisizione o l'apparizione di handicap nel contesto lavorativo e, secondariamente, vogliono riparare, riabilitare, adattare o normalizzare le persone disabili compensando, con misure assistenziali, la differenza con lo standard di normalità.

All'inizio degli anni '80, grazie diverse iniziative dell'ONU<sup>8</sup>, si osserva un'evoluzione dell'azione comunitaria in materia di disabilità. In particolare, si amplia l'ambito di attuazione materiale considerando la necessità di integrazione sociale, economica e lavorativa, delle persone con disabilità. Insieme all'ampliamento delle finalità dell'azione comunitaria (servizi per una vita indipendente, mobilità, alloggio, ...), iniziano ad evolversi anche le misure la cui adozione è sollecitata dagli Stati con un orientamento più effettivo. In particolare, si punta al riconoscimento di condizioni o regimi speciali di esercizio dei loro diritti da parte delle persone con disabilità considerando le loro necessità particolari, in modo tale che possano superare gli ostacoli che li condannarono all'esclusione<sup>9</sup>. Questo approccio presuppone di allontanarsi dalla loro considerazione di mero oggetto di misure assistenziali e di iniziare ad affermare – anche se timidamente – lo status di soggetti titolari degli stessi diritti di tutti gli altri non disabili.

<sup>7</sup> Si veda la Risoluzione del Consiglio del 21 gennaio 1974, relativa ad un programma di azione sociale (GU N° C 13, 12 febbraio 1974) e la Risoluzione del Consiglio del 27 giugno 1974, che stabilisce il primo programma d'azione comunitaria per il riadattamento professionale dei minorati (GU N° C 80, 9 luglio 1974). Per un'analisi più dettagliata si veda BIEL PORTERO (2009, 244 ss.)

<sup>8</sup> In particolare, l'impulso suscitato dalla proclamazione del 1981 come anno internazionale dei disabili.

<sup>9</sup> Tra le iniziative prese in tal senso si segnala la risoluzione del Parlamento europeo dell'11 maggio 1981 sull'integrazione economica, sociale e professionale dei minorati nella Comunità (GU N° C 77 del 6 aprile 1981) e la comunicazione della Commissione al Consiglio, del 4 novembre 1981, sulle linee direttrici di un'azione comunitaria per l'inserimento sociale dei minorati (GU N° C 347 del 31 dicembre 1981). Un'analisi più dettagliata a BIEL PORTERO (2009, 246 ss.)

Fatto salvo quanto precede, l'attenzione all'occupazione delle persone con disabilità continuerà ad essere di primaria importanza. Anche senza il sostegno di strumenti giuridici vincolanti, a partire dalla metà degli anni '80 le misure relative all'occupazione dei disabili sono state estese a tutte le vicende della vita lavorativa (formazione, accesso, conservazione e promozione dell'occupazione) superando l'obiettivo iniziale di riadattamento<sup>10</sup>. Ma soprattutto, si apre la strada ad una nuova strategia di tutela basata sull'esigenza di un trattamento equo delle persone con disabilità nel settore dell'occupazione (BIEL PORTERO, 2009, 249-251). Ciò si traduce in un processo di depurazione ed eliminazione delle misure discriminatorie negative adottate nelle legislazioni nazionali in materia di lavoro e si concilia con l'introduzione di misure di azione positiva orientate a salvare la tradizionale esclusione delle persone con disabilità nell'ambito dell'occupazione.

Gli anni '80 termineranno con l'impulso, da parte del Parlamento e del Consiglio, di iniziative relative a necessità concrete delle persone disabili con riferimento ad aspetti come il trasporto o l'integrazione in scuole ordinarie (BIEL PORTERO, 2009, 251) e, in termini generali, con il consolidamento di un piano di azione sociale a favore dei "minorati" più completo, affrontando la loro integrazione sociale, economica ed occupazionale<sup>11</sup>. L'affermarsi di questa evoluzione si evidenzierà nel punto 26 Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori<sup>12</sup>, del 9 dicembre 1989, ispirata all'art. 15 della Carta Sociale Europea del 1961. Anche se di carattere meramente politico e simbolico, la Carta Comunitaria prestò un'attenzione specifica alle persone con disabilità, identificandole come un insieme con particolari difficoltà di integrazione e, di conseguenza, destinatari di misure concrete addizionali e speciali in materia di formazione professionale, accessibilità, mobilità, trasporto e alloggio.

Negli anni 90 si realizzano alcuni dei cambi più determinanti per l'assunzione da parte dell'Unione europea di un'attenzione basata sulla completezza e uguaglianza dei diritti delle persone con disabilità coerentemente al modello sociale. Contribuiscono a tale scopo l'approvazione da parte delle

<sup>10</sup> A ciò risponde, ad esempio, la raccomandazione del Consiglio del 24 luglio 1986 sull'occupazione dei minorati nella Comunità (GU N° L 225, 379 del 12 agosto 1986).

<sup>11</sup> Decisione del Consiglio, del 18 aprile 1988, che adotta un secondo programma d'azione della Comunità a favore dei minorati (HELIOS) (GU N° L 104, 231 del 23 aprile 1988).

<sup>12</sup> "Ogni persona handicappata, a prescindere dall'origine e dalla natura dell'handicap, deve poter beneficiare di concrete misure aggiuntive intese a favorire l'inserimento sociale e professionale".



Nazioni Unite delle Regole standard delle Nazioni Unite per l'uguaglianza di opportunità delle persone handicappate<sup>13</sup> (1993), il consolidamento di un potente movimento associativo di persone con disabilità e le sue famiglie a livello europeo, e la percezione della disabilità come una questione con un'identità propria rispetto all'insieme della politica sociale europea e di proiezione o portata trasversale (BLANCO EGIDO, 2012, 102-104; BIEL PORTERO, 2009, 253 ss.). In connessione con quest'ultima, la constatazione che gli ostacoli per la piena integrazione delle persone con disabilità si trovano in tutti gli ambiti della realtà (sociale, economica, culturale, eccetera) porta ad evidenziare l'insufficienza dell'approccio assistenzialista, stabilendosi come alternativa l'esigenza di uguaglianza effettiva dei diritti e delle condizioni con le altre persone.

La comunicazione della commissione sulla parità di opportunità per i disabili del 30 luglio del 1996, si identifica di solito come il documento politico che fissa la direzione dell'azione comunitaria sulla disabilità nel riconoscimento effettivo dei diritti delle persone con disabilità (LÓPEZ ÁLVAREZ, 2012, 124; BLANCO EGIDO, 2012, 104-105; BIEL PORTERO, 2009, 257). La necessità di abbattere le barriere che, nel terreno sia pubblico che privato, impediscono il pieno esercizio di questi diritti in una condizione di uguaglianza con il resto delle persone, spiega la centralità che la previsione della discriminazione occupa nell'azione comunitaria in materia di disabilità. Questa strategia si consolida a livello di diritto primario con la riforma introdotta dal trattato di Amsterdam nell'art. 13 del Trattato della Comunità europea (ora art. 19 TFUE).

Senza introdurre un divieto generale di discriminazione per motivi di disabilità, tra altri motivi, la riforma dell'art. 13 TCE autorizzava la Comunità europea ad adottare misure (in senso lato) di diritto derivato per combattere la discriminazione in base alla disabilità. Lo fece con due condizioni che limitavano in modo certo il potenziale di questo primo riferimento alla disabilità nei trattati istitutivi<sup>14</sup>: la prima, l'esigenza di unanimità di tutti i membri del Consiglio e, la seconda, la limitazione dell'ambito materiale delle misure alle competenze assunte dalla comunità (principalmente: occupazione, mercato comune e trasporti).

Sulla base del precedentemente citato art. 13 del TCE si adotterà, all'inizio del XXI secolo, la seconda delle previsioni di natura giuridica dell'Unione Eu-

<sup>13</sup> Per uno studio dettagliato, BIEL PORTERO (2009, 67 ss).

<sup>14</sup> Per un'analisi più dettagliata si veda BIEL PORTERO (2009, 206 ss.) e BLANCO EGIDO (2012, 107 ss.).

ropea in materia di disabilità: la Direttiva 2000/78 del Consiglio, relativa all'introduzione di un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (BIEL PORTERO, 2009, 270 ss.; BLANCO EGIDO, 2012, 108 ss.). Pur limitandosi al settore del lavoro e dell'occupazione, questa norma di diritto derivato prevede un divieto generale per motivi di disabilità (e altri motivi) vincolante per gli Stati membri. Tale divieto ha raggiunto livelli elevati di efficacia sia attraverso la sua trasposizione nelle legislazioni nazionali, sia attraverso il lavoro della Corte di giustizia dell'Unione nel l'applicazione della Direttiva (di cui si tratterà *infra*).

Nonostante gli evidenti progressi compiuti dalla Direttiva 2000/78, la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla fine del 2000 ha evidenziato le difficoltà e le esitazioni che hanno caratterizzato la configurazione del trattamento giuridico della disabilità da parte dell'UE (BIEL PORTERO, 2009, 275 ss.). Il lato positivo è il divieto generale di discriminazione dell'art. 21.1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che include la disabilità tra le nuove cause<sup>15</sup> (quali le caratteristiche genetiche, il patrimonio, l'età o l'orientamento sessuale) che si uniscono alle tradizionali (sesso, razza, religione e opinione politica); il che conferisce alla non discriminazione in base alla disabilità una portata trasversale. Anche se la Carta non acquisirà carattere giuridico vincolante fino alla sua piena incorporazione nei trattati in occasione del trattato di Lisbona (attuale art. 6 TUE), la previsione dell'art. 21 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea supera quella dell'art. 13 TCE, dato che riconosce la non discriminazione fondata sulla disabilità come un diritto di portata generale, effettivo in qualsiasi settore, e non come il semplice fondamento di misure normative concrete per combatterla.

Al contrario, l'altro riferimento alla disabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, contenuto nell'art. 26, solleva nuovamente dubbi sul l'approccio europeo al trattamento della disabilità. Effettivamente, benché l'art. 26 si riferisca all'autonomia, integrazione sociale e professionale e alla partecipazione alla vita della comunità delle persone con disabilità<sup>16</sup>, non lo fa come un diritto autentico delle stesse, ma come un obiettivo che risulta dall'accesso e dal beneficio delle misure (assistenziali, prestazionali...)

<sup>15</sup> Sul processo di sviluppo, arricchimento e messa a punto che caratterizza il concetto di discriminazione e quindi le sue cause si veda FERNÁNDEZ LÓPEZ (2009).

<sup>16</sup> "L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità".

che ogni Stato può stabilire in ogni situazione. In questo modo, *ex* l'art. 26 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea l'approccio sembra essere quello di considerare le persone con disabilità come collettività oggetto di protezione e di assistenza specializzata piuttosto che come titolari di diritti reali ed effettivi su un piano di parità con gli altri<sup>17</sup>.

Da parte sua, il Trattato di Nizza modificherà l'art. 13 TCE nel 2001 aggiungendo al l'abilitazione iniziale per l'adozione al l'unanimità di misure legislative, una seconda abilitazione per l'adozione, secondo la procedura legislativa ordinaria (senza necessità di unanimità), di misure di incentivazione (senza portata armonizzata) e di appoggio alle azioni di lotta contro la discriminazione da parte degli Stati membri, ovviamente in materie (in particolare di carattere sociale) che non rientrano nell'ambito di azione diretta ed esclusiva dell'Unione europea (LÓPEZ ÁLVAREZ, 2012, 126). Questa previsione si trova nell'attuale art. 19.2 TFUE a seguito della riforma operata dal trattato di Lis-bona del 2007. Infine, gli altri riferimenti agli attuali trattati sulla disabilità si troverebbero nelle previsioni generali sulla parità come valore dell'Unione comune ai suoi Stati membri, come principio dell'azione dell'Unione nei confronti dei suoi cittadini e la citazione della lotta contro la discriminazione tra le finalità del l'UE (artt. 2, 3 e 9 del TUE). Più concreta e pertinente risulta, da parte sua, la conferma a livello di diritto originario del carattere trasversale della lotta contro la discriminazione fondata sulla disabilità nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'UE nell'art. 10 TFUE; ciò è coerente con il riconoscimento generale del diritto alla non discriminazione *ex* art. 21.1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>17</sup> A questo punto, la CDFUE (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) segue la via del citato punto 26 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, che a sua volta si ispirava all'art. 15 della Carta sociale europea del 1961. Ciò determina che l'art. 26 CDFUE sia troppo riduttivo e limitato nel suo approccio alla disabilità. Al contrario, l'art. 15 della Carta sociale europea riveduta del 1996, il cui riferimento sarebbe stato più appropriato per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ha invece rappresentato un importante passo avanti nel fondare questo diritto specifico delle persone con disabilità nella piena considerazione della loro dignità umana integrandone la loro diversità, e nel concepire la sua realizzazione effettiva, come regola generale, nella prospettiva della parità di trattamento e, solo secondariamente, nella prospettiva della differenziazione e dell'azione positiva. Sulla rilevanza della formulazione di questo diritto come riflesso di una considerazione della disabilità come attributo della condizione umana non diminuita o svalutata, ma dalla diversità inerente alla dignità umana, si veda il dettagliato studio di JIMENA QUESADA (2012, 1393-1486).

Oltre alle riforme e alle previsioni vigenti nella disciplina giuridica dell'Unione Europea<sup>18</sup> che si sono riferite, dalla fine degli anni 90 si sviluppa, a sua volta, un'intensa azione politica europea in materia di disabilità con la quale si consolida il transito al modello sociale, e con la quale l'Unione assume una maggiore implicazione, assieme al protagonismo degli Stati, nella realizzazione effettiva di una piena integrazione delle persone con disabilità sulla base dell'uguaglianza di opportunità e diritti. Tale azione politica tende ad essere istituzionalizzata sotto forma di piani specifici di carattere pluriennale a partire dai primi anni degli anni 2000<sup>19</sup>, da cui risulta un progressivo ampliamento dei settori d'azione e trasversalizzazione delle azioni europee connesse con la disabilità, fronte alla portata settoriale iniziale (BIEL PORTERO, 2009, 260-266, 284-300; LÓPEZ ÁLVAREZ, 2012, 128-133; BLANCO EGI-DO, 2012, 103-108). Oltre all'impegno prioritario di rendere effettiva la non discriminazione nel l'ambito delle competenze del l'UE, sono state avviate azioni in altri settori, in gran parte ispirati dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, quali: accessibilità, mobilità, partecipazione sociale e politica, l'occupazione, l'istruzione e la formazione, la protezione sociale, i servizi sociali e sanitari, la gestione delle istituzioni e delle risorse umane dell'UE nonché l'azione e la cooperazione esterna (JARABA SÁNCHEZ, 2012). Inoltre, sono state rafforzate le prospettive finanziarie; sono state sviluppate le misure di monitoraggio, valutazione e controllo delle politiche da attuare;

<sup>18</sup> Per un trattamento completo della legislazione europea contro la discriminazione, si veda l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e il Consiglio d'Europa (2018).

<sup>19</sup> Tra le iniziative più importanti si segnalano: Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni del 12 maggio 2000 "verso un'Europa senza ostacoli per i disabili" [COM(2000) 284 finale]; Decisione del Consiglio del 27 novembre 2000 che istituisce un programma d'azione comunitario per combattere le discriminazioni (2001-2006) (DO N° L 303 del 2 dicembre 2000); Decisione 2001/903/CE del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa all'Anno europeo dei disabili 2003 (DO N° L 335 del 19 dicembre 2001); Comunicazione della Commissione del 30 ottobre 2003 al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Pari opportunità per le persone con disabilità: un piano d'azione europeo" [COM(2003) 650 finale]. Quest'ultimo documento ha definito gli obiettivi dell'azione dell'UE in materia di disabilità per il periodo 2003-2010 nel contesto della strategia di Lisbona, seguito dalla nuova strategia europea sulla disabilità 2010-2020: un rinnovato impegno per un'Europa senza ostacoli [COM(2010) 636 finale], nel quadro della strategia UE2020. Seguendo questa stessa dinamica, è stata recentemente approvata la strategia 2021-2030 Comunicazione della Commissione, del 3 marzo 2021, al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Un'Unione della parità: strategia sui diritti delle persone con disabilità 2021-2030 [COM(2021) 101 finale].

e, addirittura, L'Unione europea si è impegnata a sviluppare un'analisi statistica delle questioni relative alla disabilità e alla divulgazione della strategia basata sulla parità dei diritti delle persone con disabilità<sup>20</sup>.

Nei settori specifici in cui l'UE dispone di un chiaro margine d'azione sulla base delle sue competenze (*ex artt.* 2-6 TFUE), benché condivise con gli Stati, le istituzioni europee hanno agito attraverso strumenti giuridici vincolanti<sup>21</sup>; tuttavia, continua a essere richiesta l'adozione di una direttiva orizzontale o generale sul divieto di discriminazione in base alla disabilità (e ad altre cause) che vada oltre l'ambito limitato dell'occupazione e del lavoro per il quale è stata adottata la Direttiva 2000/78<sup>22</sup>. Da parte sua, in tutti gli altri settori, l'UE svolge un ruolo limitato, trattandosi di materie condivise sulle quali le particolarità e il ruolo statale risulta dominante (politica sociale, coesione economica e sociale, giustizia...); oppure di materie per le quali l'UE (*ex art.* 6 TFUE) si limita a sostenere, coordinare o completare l'azione e le iniziative statali (cultura, istruzione, formazione professionale...). Non dovrebbe sorprendere notare che tali settori spesso coincidono con le questioni inerenti alle politiche, ai servizi e alle prestazioni sociali, fortemente compromesse dalle condizioni socioeconomiche di ogni Stato e, soprattutto, dalla disponibilità di bilancio. Un esempio evidente di ciò è l'esclusione dei regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale dal campo di applicazione della

<sup>20</sup> Una rassegna completa sulla diversità delle iniziative attualmente in corso nell'ambito del l'azione dell'UE in materia di disabilità è disponibile al seguente indirizzo: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1137&langId=es>

<sup>21</sup> Tale sarebbe il caso, oltre alla già citata Direttiva 2000/78 in materia di non discriminazione in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (*ex artt.* 19 e 5 TFUE), del Regolamento 1107/2006 sui diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto aereo e di quelli successivi connessi ai vari modi di trasporto, dettati sulla base delle competenze europee in materia di trasporti (artt. 100.2 e 4 TFUE) e diritti dei consumatori e degli utenti. Nella stessa linea si aggiungono anche le Direttive sull'accessibilità adottate negli ultimi anni: Atto europeo sull'accessibilità [Direttiva (UE) 2019/882 sulle prescrizioni in materia di accessibilità per i prodotti e i servizi] e Direttiva (UE) 2016/2102 sull'accessibilità dei siti web e delle applicazioni mobili degli enti pubblici, entrambi sulla base delle competenze dell'UE in materia di mercato interno e libera circolazione (artt. 114, 26 e 4 TFUE).

<sup>22</sup> Si ricorda che la proposta di direttiva del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale [COM (2008)0426 definitivo - CNS (2008)0140] presentata nel 2008 non ha mai avuto successo, nonostante i continui appelli alle sue esigenze da parte delle associazioni europee e nazionali dei disabili e delle loro famiglie, e del riferimento ad essa nelle successive strategie europee in materia di disabilità. Per un'analisi più approfondita della proposta di direttiva, si veda BLANCO EGIDO (2012, 111-116).

Direttiva 2000/78 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro<sup>23</sup> (considerando 13 e art. 3.3).

## **2. La particolare posizione dell'Unione europea con riguardo al sistema multilivello di tutela dei diritti delle persone con disabilità**

Alla luce del percorso compiuto dall'azione normativa e politica dell'Unione europea, si constata che l'adozione del cosiddetto modello sociale di assistenza alla disabilità comporta un rilevante cambiamento di tecnica o di trattamento giuridico, la cui articolazione avviene attualmente a livello internazionale, sovranazionale e nazionale. Tale approccio normativo è chiaramente definito negli artt. 1, 3 e 5 CDPD. D'accordo con loro, l'affermazione – come premessa essenziale – della pari dignità delle persone con disabilità e, di conseguenza, della loro piena autonomia individuale, porta inevitabilmente a una svolta normativa a favore della parità di trattamento in materia di diritti umani rispetto alla tradizionale azione di assistenza basata sulla differenza. Il ricorso alla tutela antidiscriminatoria quale “punta di diamante” e principale garanzia sarebbe al servizio del conseguimento di tale parità di trattamento. Ne è prova anche il rafforzamento del divieto di discriminazione mediante l'obbligo di adottare accomodamento ragionevole e la sua ampia estensione a tutte le forme di discriminazione (artt. 2 e 5.2 CDPD); caratteristiche che possono essere verificate anche nella Direttiva 2000/78 (artt. 1, 2 e 5). In ultima analisi, il modello culmina – a titolo di complemento – con la possibilità di adottare “le misure specifiche che sono necessarie ad accelerare o conseguire *de facto* l'uguaglianza delle persone con disabilità” (art. 5.4 *in fine* CDPD); ciò include le misure di azione positiva (come espressamente indicato nell'art. 7 Direttiva 2000/78).

Le sfumature del cambiamento di trattamento giuridico della disabilità sono ancora più evidenti dal punto di vista dell'ordinamento interno spagno-

<sup>23</sup> Eloquente è anche il reiterato appello della nuova strategia sui diritti delle persone con disabilità per il 2021-2030: “Il diritto dell'UE presenta un vuoto normativo quanto alla garanzia della parità di trattamento delle persone con disabilità al di fuori dell'ambito dell'occupazione, ad esempio a livello di protezione sociale, assistenza sanitaria e istruzione, e all'accesso ai beni e servizi, compreso l'alloggio. In attesa dell'adozione della proposta della Commissione di direttiva del Consiglio sulla parità di trattamento, le persistenti disuguaglianze e discriminazioni sottolineano la necessità di ulteriori progressi nella legislazione dell'UE”; ragione per la quale “la Commissione invita gli Stati membri a adottare la proposta della Commissione di una direttiva orizzontale” (pag. 15-16).

lo. Ciò è possibile grazie alla distinzione delle disposizioni costituzionali relative alla parità di trattamento e di non discriminazione (art. 14 Costituzione spagnola, CS), da un lato, e alla parità reale, materiale, *de facto* o di opportunità (artt. 9.2 e 49 CS), di un altro; oltre alla particolare differenziazione tra i concetti di diritti fondamentali e principi guida della politica sociale ed economica (artt. 39-52 CS). La rilevante evoluzione che, sull'integrazione di queste tre previsioni costituzionali, si può notare anche nel modello costituzionale spagnolo<sup>24</sup> di assistenza alle persone con disabilità è descritta con eloquenza da Rey Martínez quando sottolinea che dal punto di vista concettuale, si è passati da un modello costituzionale iniziale di taglio assistenziale, che viene spesso chiamato «modello medico» perché comprendeva il disabile, fondamentalmente come un malato da proteggere (di fatto, l'articolo 49 CS parla di «minorati», una parola che suona oggi offensiva), ad un altro modello che fa gravitare il regime giuridico intorno all'idea dell'autonomia della persona con disabilità. Nel modello medico, la tutela costituzionale delle persone con disabilità era, dal punto di vista della tecnica giuridica, quella di un principio (art. 49 CS), nel vigente modello di autonomia, siamo in presenza di un autentico diritto fondamentale (art. 14 CS) con un contenuto che in gran parte è esigibile giudizialmente (REY MARTÍNEZ, 2017, 163-164).

Su questa triplice base costituzionale dell'attenzione alla disabilità è possibile individuare anche le diverse tecniche normative di cui sopra sulla base delle previsioni della CDPD e della Direttiva 2000/78. Tali tecniche sono attuate con l'obiettivo comune della piena integrazione delle persone con disabilità in condizioni di parità con gli altri e si concretizzano in: la protezione contro ogni forma di discriminazione come garanzia della parità di trattamento (art. 14 CS) da un lato, e le misure promozionali di protezione, comprese quelle di azione positiva, per assicurare reali pari opportunità (artt. 9.2 e 49 CS).

È comune anche a livello nazionale ed europeo che l'attuazione pratica del l'attuale modello di trattamento giuridico della disabilità presenti uno squilibrio a favore della tecnica del l'azione antidiscriminatoria rispetto al l'adattamento e allo sviluppo delle misure promozionali di protezione in vari settori sociali. In questo senso, occorre notare che il cosiddetto modello sociale della disabilità, di autonomia o basato sui diritti, non esclude di per sé

<sup>24</sup> Su questo punto si veda ÁLVAREZ GARCÍA (2017), BASTIDA FREIJEDO (2013). Inoltre, la Corte costituzionale ha consolidato questo modello di assistenza alla disabilità in recenti decisioni come SSTC (sentenze della corte costituzionale spagnola) 51/2021, 3/2018, dopo averlo segnalato in precedenti risoluzioni come la STC 269/1994.

l'esistenza di misure assistenziali complementari. Questa incompatibilità sorge quando la misura assistenziale si articola, non come strumento, ma come fine in se stesso (BIEL PORTERO, 2009, 285). Al di fuori di tali casi, i servizi, le misure e le prestazioni sociali, assistenziali o economiche complementari si rivelano necessari per conseguire l'obiettivo dell'esercizio effettivo e in condizioni di parità dei diritti che la Convenzione (artt. 5-30 CDPD) riconosce alle persone con disabilità, in modo che si conclude che è questa armonizzazione tra politiche e diritti il che contraddistingue il modello comunitario della disabilità (BIEL PORTERO, 2009, 285).

Come è già stato rilevato, l'articolazione di questa azione sociale complementare trova, a livello degli Stati, il tradizionale vincolo o fattore condizionante delle rispettive situazioni socioeconomiche particolari e del necessario sostegno di bilancio. L'Unione europea, da parte sua, aggiungerebbe a questi ostacoli tradizionali un ulteriore e specifico: la sua particolare (e limitata) competenza sugli aspetti sociali della disabilità; tradizionalmente determinati e influenzati dal ruolo di primo piano degli Stati membri. Questa circostanza spiegherebbe come l'inclinazione antidiscriminatoria del modello d'azione europeo in materia di disabilità sia ancora più marcata<sup>25</sup>.

Il peso del fattore competenza nell'azione dell'Unione europea in materia di disabilità torna a emergere con particolare intensità in occasione della ratifica della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità da parte dell'UE. Lo schema di competenze condivise UE-Stati membri in cui si inseriscono la maggior parte delle questioni relative alla disabilità è stato preso in considerazione nel determinare il momento opportuno in cui la ratifica da parte dell'UE doveva essere effettuata. Rispetto agli approcci che suggerivano che l'UE attendesse le ratifiche di tutti gli Stati membri, è stata infine scelta la ratifica della CDPD da parte dell'UE il 23 dicembre 2010 senza attendere quel momento (a quella data solo 16 Stati membri dell'UE avevano ratificato). In questo modo si intendeva fornire certezza giuridica, efficacia e coerenza alle ratifiche europee già prodotte e a quelle che si sarebbero successivamente realizzata (CABRA e GÜEMES, 2016, 64). Inoltre, si è evitato così un certo dualismo e scompenso nella concezione e nel quadro giuridico dell'azione in materia di disabilità degli Stati parti della CDPD e dell'UE.

Per quanto riguarda i termini della ratifica della convenzione sui diritti delle persone con disabilità da parte dell'UE, sono determinati dalla novità

<sup>25</sup> A tal proposito, BIEL PORTERO (2009, 244) afferma che, infatti, attualmente il modello di azione dell'Unione in materia è stato costruito, in gran parte a causa dei suoi limiti di competenza, su questo diritto.



che presuppone che la CDPD sia il primo strumento internazionale di tutela dei diritti umani che consente l'inserimento di organizzazioni d'integrazione regionale attraverso il meccanismo previsto all'art. 44. Tra le particolarità di questo singolare status di parte della Convenzione<sup>26</sup>, sottolinea – per quanto qui interessa – la necessità che le organizzazioni di integrazione dichiarino “nei propri strumenti di conferma o adesione formale, l'estensione delle loro competenze nell'ambito disciplinato dalla presente Convenzione” (art. 44.1 CDPD).

La dichiarazione di competenza presentata dall'UE – rappresentativa della sua capacità di azione in materia di disabilità ai sensi degli artt. 3-6 TFUE – ha assunto la forma di un elenco dei regolamenti e delle direttive relativi alle materie interessate dalle previsioni della Convenzione. Sostanzialmente, si tratta quindi di una “mappatura” dei diversi atti in cui l'UE ha legiferato in modo diretto ed esplicito su materie che riguardano la disabilità, associando “competenza” con un atto di forza legale (CABRA e GÜEMES, 2016, 69). Questo approccio è considerato poco ambizioso e riduttivo dell'azione dell'UE in materia di disabilità da parte, tra l'altro, del movimento associativo della disabilità a livello europeo, il quale ritiene che la ratifica della Convenzione da parte dell'UE confermi le sue competenze in materia di diritti umani e la autorizzi a promuovere e rinnovare le sue iniziative giuridiche e politiche pubbliche in materia di disabilità, anche al di là dei vincoli di competenza dei trattati. Di fronte a ciò, l'UE – in particolare la Commissione – ha inteso la propria posizione in materia di disabilità dopo la ratifica della

<sup>26</sup> Sulle singolarità del fatto che un'organizzazione d'integrazione regionale aderisca a una convenzione internazionale sui diritti umani si veda CABRA e GÜEMES (2016, 68-78), MARÍN ASÍS (2013). Direttamente collegato alla dichiarazione di competenza, è altresì interessante la celebrazione di un codice di condotta tra il Consiglio, gli Stati membri e la Commissione che stabilisce disposizioni interne per l'attuazione da parte dell'UE della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità e per la rappresentanza dell'UE in detta convenzione (2010/C 340/08). Tale codice è stato elaborato in applicazione della previsione di un meccanismo di coordinamento per l'attuazione e il monitoraggio della convenzione (*ex art.* 33.1 CDPD) e degli artt. 3 e 4 della Decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009, che ha approvato l'adesione dell'UE alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. A fini pratici, esso prevede un meccanismo di coordinamento e relazioni tra le istituzioni europee e gli Stati parti ai fini dell'attuazione e sviluppo delle disposizioni della convenzione. La ripartizione dei compiti, delle iniziative e dei *leaderships* tra la Commissione e gli Stati membri dipende in larga misura dalla ripartizione delle competenze UE-Stati membri, in modo che la dinamica di questo quadro di relazioni e di coordinamento possa favorire il superamento delle rigidità e delle restrizioni in settori di competenza condivisi, ma fortemente radicati a livello statale, come le questioni sociali connesse alla disabilità.

CDPD secondo il tradizionale approccio condizionato al regime di competenza descritto in precedenza (che agisce solo nelle materie della Convenzione di competenza esclusiva o concorrente e trascurando gli aspetti di mero sostegno, coordinamento e impulso). In tal modo, la Convenzione verrebbe intesa più in termini programmatici o di principi che come uno strumento che genera obblighi giuridici e politiche concrete per l'UE (CABRA e GÜEMES, 2016, 66-68, 78, 80).

Nel “braccio di ferro” tra le due posizioni descritte sarebbe intervenuto in modo decisivo e rilevante il Comitato sui diritti delle persone con disabilità -organo di controllo dell'applicazione della Convenzione *ex arts. 34 ss.*- in occasione delle prime Osservazioni finali<sup>27</sup> adottate nell'ottobre 2015 in merito alla prima relazione sull'attuazione e la conformità della CDPD presentata dall'UE. Per quanto riguarda la delimitazione delle competenze, il Comitato raccomanda – in via prioritaria (paragrafo 90) – che l'UE aggiorni la sua dichiarazione di competenza (*ex art. 44.1 CDPD*) per includere gli strumenti di recente approvazione e gli strumenti che potrebbero non riguardare specificamente le persone con disabilità, ma che sono pertinenti per loro (paragrafo 17). L'invito del Comitato ad estendere la dichiarazione dell'UE al di là dei severi atti giuridici emanati nell'ambito delle sue competenze esclusive o condivise è stato interpretato nel senso che l'UE può dispiegare la sua capacità normativa e di definizione delle politiche in tutti gli articoli della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità indipendentemente dal suo livello di competenza (CABRA e GÜEMES, 2016, 80). Pertanto, anche nelle materie (sociali) di tradizionale controllo statale e nelle materie oggetto di mero sostegno da parte dell'UE (art. 6 TFUE), attraverso gli strumenti pertinenti.

Nonostante l'interpretazione tendenzialmente espansiva delle responsabilità dell'UE in relazione all'adempimento della CDPD sostenuta dal suo Comitato, l'azione dell'UE in materia di disabilità è stata mantenuta nell'ambito dei parametri restrittivi tradizionali descritti in base al fattore competenza. Ne sarebbe prova sia il ritardo nell'attuazione della raccomandazione di aggiornamento della dichiarazione di competenza dell'UE nei confronti della Convenzione (inizialmente richiesta per ottobre 2016), come il persistente blocco all'adozione della direttiva orizzontale contro la discriminazione al di là dell'occupazione, la cui proposta risale al 2008. Un timido

<sup>27</sup> Osservazioni conclusive del Comitato sui diritti delle persone con disabilità sulla relazione iniziale dell'Unione europea del 2 ottobre 2015 (CRPD/C/EU/CO/1). Disponibili: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx>

compromesso su entrambe le questioni è ripreso nuovamente nella Strategia sui diritti delle persone con disabilità per gli anni 2021- 2030 (rispettivamente pag. 31-32 e 16).

Alla luce di quanto precede, l'onere del vincolo di competenza per lo sviluppo, da parte dell'UE, del trattamento giuridico della disabilità concepito sotto il cosiddetto modello sociale non sarebbe scomparso o ridotto a causa della ratifica della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. E ciò nonostante il potenziale che essa rappresenta nel l'accogliere al suo interno gli Stati e le organizzazioni d'integrazione.

Al contrario, la ratifica della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità da parte dell'UE si avrebbe un impatto rilevante sulla dimensione dell'azione europea in materia di disabilità che, come precedentemente indicato, è più sviluppata: la tutela antidiscriminatoria. Benché limitata all'ambito dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, il lavoro della Corte di giustizia dell'Unione europea in applicazione della Direttiva 2000/78, ora interpretata alla luce della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, offre argomenti per mettere in guardia non solo un progresso o uno sviluppo di questa particolare tecnica, ma possibili effetti secondari, indiretti o posteriori sulle politiche sociali degli Stati in materia di disabilità che tradizionalmente non rientrano nel campo d'azione dell'Unione, come la sicurezza sociale e la protezione sociale (art. 3.3 Direttiva 2000/78), così come determinati aspetti della legislazione in materia di lavoro.

### **3. L'interpretazione (estensiva) del concetto di disabilità messa a punto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea alla luce della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità**

Il fatto che la Direttiva 2000/78 non contenga una definizione di disabilità<sup>28</sup> nel suo articolato implica che la Corte di giustizia dell'Unione europea abbia dovuto delineare per via interpretativa il concetto di disabilità<sup>29</sup> sotteso, in questo caso, alla sua normativa antidiscriminatoria in materia di occupazione e di lavoro. Tale compito sarebbe stato direttamente influenzato dalla ratifica della Con-

<sup>28</sup> Sulle difficoltà di stabilire un concetto di disabilità a livello europeo di fronte alle differenze tra le nozioni giuridiche degli Stati membri e i tentativi falliti nel tempo nell'Unione europea, si veda BIEL PORTERO (2009, 19-29, 247, 250-251, 254, 272, 282).

<sup>29</sup> In termini più ampi sulla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di non discriminazione e disabilità, si vedano gli studi di Barrero Ortega e Martínez Alarcón nell'opera collettiva diretta da LÓPEZ CASTILLO (2019, 645-667 e 789-811).

venzione sui diritti delle persone con disabilità da parte dell'UE, nella misura in cui “le disposizioni di tale convenzione formano parte integrante, a partire dalla sua data di entrata in vigore, dell'ordinamento giuridico dell'Unione”; di conseguenza “ne consegue che detta convenzione può essere invocata al fine di interpretare tale direttiva, la quale deve essere oggetto, nella maggior misura possibile, di un'interpretazione conforme alla medesima convenzione<sup>30</sup>”.

Su tali basi, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato il concetto di disabilità ai sensi della Direttiva 2000/78, alla luce della CDPD, sulla base di un'interessante serie di sentenze<sup>31</sup> che, spesso a causa di questioni pregiudiziali, sollevano il problema del ricondurre (o meno) sotto il concetto di disabilità alcune situazioni personali di salute (malattie di lunga o incerta durata, obesità...) che sono generalmente considerate dalle legislazioni nazionali sul lavoro in categorie giuridiche diverse, come la semplice malattia, l'incapacità temporanea o la particolare sensibilità a taluni rischi del lavoro, tra l'altro. L'estensione del concetto di disabilità a queste altre situazioni avrebbe l'effetto di considerare discriminatorie talune decisioni aziendali o amministrative adottate sotto la corrispondente regolamentazione legale interna (per esempio un licenziamento per assenteismo, sanzioni disciplinari, riduzioni di giornate, non rinnovi, mancato riconoscimento di talune prestazioni...). La conferma di tale scenario metterebbe in evidenza un grave squilibrio o disfunzione tra il modo di concepire la disabilità dalla tutela antidiscriminatoria, da un lato, e da alcune normative nazionali in materia di lavoro e, per estensione, di contingenze della sicurezza sociale, tra altre materie<sup>32</sup>, di un altro.

Nel preambolo della Convenzione si afferma che “la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone

<sup>30</sup> Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 1° dicembre 2016, Mohamed Daouidi contro Bootes Plus SL e a. (causa C-395/15, par. 40 e 41).

<sup>31</sup> Alcune delle pronunce più rilevanti della suddetta linea giurisprudenziale sono, tra le altre: sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'11 luglio 2006, C-13/2005, Chacón Navas; 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11, causa HK Danmark e altri; 18 marzo 2014, Grande Sezione, C-363/12, causa Z. contro A Government department and the Board of management of a community school; 18 dicembre 2014, causa C-354/13, Fag og Arbejde (FOA) contro Kommunernes Landsforening (KL); 1 dicembre 2016, C-395/15, causa Mohamed Daouidi contro Bootes Plus, S.L. e altri; e quella del 9 marzo 2017, C-406/15, causa Petya Milkova contro Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol.

<sup>32</sup> Pur non essendo l'oggetto di questo lavoro, si deve constatare che la dottrina giuslavoristica spagnola ha ampiamente analizzato l'impatto di tali sentenze europee sull'ordinamento e sulla giurisdizione spagnola del lavoro. Tra gli altri, spiccano: MOLINA NAVARRETE (2019, 99-132); MONEREO PÉREZ (2019, 681-746); GOÑI SEIN (2017) o MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA (2018).

con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società” (lettera e), per poi identificare nel suo art. 1 alle persone con disabilità, quali “coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri”. Dal canto suo, e circoscritto al settore dell’occupazione e del lavoro, la Corte di giustizia dell’Unione Europea ha dichiarato che “la nozione di «handicap» ai sensi della Direttiva 2000/78 dev’essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell’interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori<sup>33</sup>”.

Sulla base di tali definizioni, si tratterà in seguito di "decostruire" il concetto di disabilità derivante dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità e dalla sua lettura da parte della Corte di giustizia dell’Unione Europea. Ciò consentirà, da un lato, di spiegare le ragioni che inducono a considerare come disabilità realtà o situazioni personali che non si sono presentate come tali in precedenza; e dall’altro, avvertire la diversa logica con cui si affronta la realtà della disabilità a partire dalla tutela antidiscriminatoria e dall’azione sociale prestazionale complementaria. Sebbene entrambe le prospettive debbano far parte del modello sociale di assistenza generalizzata alla disabilità a partire dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, resta il fatto che l’integrazione, l’adeguamento o l’equilibrio tra le due tecniche giuridiche presenterebbero disfunzioni (che sono alla base di molti dei casi risolti dalla Corte di giustizia dell’Unione europea) probabilmente a causa di un mancato adeguamento delle normative nazionali in materia di lavoro e sociali, ancorate finora in un approccio medico-assistenziale alla disabilità.

### **3.1. Elemento oggettivo o tecnico**

La disabilità è costituita, in primo luogo, da un elemento tecnico od obiettivo che gli strumenti internazionali più recenti identificano con la pre-

<sup>33</sup> La Corte di giustizia dell’Unione europea ribadisce tale definizione nelle sue sentenze dell’11 aprile 2013, HK Danmark, cause riunite C-335/11 e C-337/11, par. 38; del 18 marzo 2014, causa C-363/12, Z., par. 76; del 18 dicembre 2014, causa C-354/13, FOA, par. 53; del 18 gennaio 2018, causa C-270/16, Ruiz Conejero, par. 28; 1 dicembre 2016, Mohamed Daouidi contro Bootes Plus, S.L. e altri, C-395/15, par. 42; 11 settembre 2019, DW contro Nobel Plastiques Ibérica, S.A., C-397/18, par. 41, tra le altre.

senza di “menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali” (art. 1 CDPD) in qualsiasi persona, mentre la definizione della Corte di giustizia dell’Unione Europea si riferisce solo a “menomazioni fisiche, mentali o psichiche”. Si tratta quindi di un elemento attinente all’integrità fisica e alla salute delle persone che comprende ogni perdita o anomalia di una struttura corporea o di una funzione fisiologica. Per quanto riguarda la tipologia di tali carenze, gli strumenti internazionali hanno finito per confermare una considerazione universale di tutte le carenze<sup>34</sup>, sia per esaurire l’enumerazione di tutte le loro classi (fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali *ex art. 1 CDPD*) o prendendo in considerazione la disabilità indipendentemente dalla natura e dall’origine (*ex art. 15 Carta sociale europea*).

In tal senso, non restringe né condiziona la presa in considerazione di questo primo elemento la causa di cui deriva l’esistenza della carenza in questione, di modo che questa possa essere originata da una malattia (curabile o incurabile) congenita o acquisita<sup>35</sup>. Allo stesso modo, non è rilevante, ai fini dell’avvertimento e della risposta alla condizione di disabilità, la partecipazione o il livello di intervento del soggetto alla comparsa della carenza<sup>36</sup>. Alla luce di tali considerazioni, la valutazione di questo primo elemento della nozione di disabilità richiede un criterio tecnico di carattere medico basato sull’esperienza della salute. Di conseguenza, gli operatori giuridici possono soltanto considerare la presenza di una carenza quando la scienza medica lo

<sup>34</sup> Nell’ambito dell’OIL, si è trattato di una considerazione limitata a diminuzioni di capacità o deficienze di carattere fisico e mentale (cfr. Art. 1, lettera b Raccomandazione n. 99 del 1955 e art. 1.1 Convenzione n. 159, 1983). In epoca più recente, la Convenzione interamericana sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle persone con disabilità si riferisce ad una deficienza “fisica, mentale o sensoriale” (art. I.1).

<sup>35</sup> Così si afferma nella sentenza della Corte di giustizia europea dell’11 aprile 2013, HK Danmark, par. 40: “Va inoltre aggiunto che, come rilevato dall’avvocato generale al paragrafo 32 delle sue conclusioni, non risulta che la Direttiva 2000/78 miri a coprire unicamente gli handicap congeniti o derivanti da incidenti, escludendo quelli cagionati da una malattia. Infatti, sarebbe in contrasto con la finalità stessa della direttiva in parola, che è quella di realizzare la parità di trattamento, ammettere che essa possa applicarsi in funzione della causa dell’handicap”. Di conseguenza, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha considerato potenzialmente compatibile, tenendo conto delle circostanze di ogni singolo caso, con il concetto di disabilità ai sensi della direttiva, i casi di obesità dei lavoratori, disabilità mentale, malattie curabili e incurabili, malattie derivanti da infortuni e malattie di lunga e incerta durata.

<sup>36</sup> Su questo punto, e in relazione a un possibile caso di disabilità dovuta all’obesità, la sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea del 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13, par. 56 afferma: “Infatti, la nozione di «handicap», ai sensi della direttiva 2000/78, non dipende dalla questione relativa alla determinazione della misura in cui la persona abbia potuto o meno contribuire all’insorgenza del suo handicap”.

ritenga effettivamente<sup>37</sup>; fatto salvo il fatto che in alcuni casi il criterio medico è evidente (per esempio di fronte alla perdita o all'amputazione di un membro), mentre in altri l'attività probatoria deve essere più approfondita.

### 3.2. Elemento relazionale o contestuale

In secondo luogo, vi è un elemento relazionale o contestuale che introduce in modo essenziale nella concezione della disabilità l'interazione delle persone con disabilità con il loro ambiente o contesto fisico e sociale. La considerazione di tale interazione è la principale conseguenza dell'assunzione del modello sociale della disabilità, in virtù del quale questa non deriva esclusivamente dalla condizione di salute che costituisce la carenza di una persona – qualunque essa sia –, ma dal contesto fisico e sociale e dal modo in cui esso la percepisce, la gestisce, risponde o reagisce ad essa. Le definizioni fornite dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità e dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea concordano nel sottolineare l'idea di un rapporto o di un'interazione tra la carenza o l'infermità subita e l'ambiente fisico o sociale, il che suggerisce una certa bidirezionalità e maggior dinamismo<sup>38</sup>.

Infatti, questa prospettiva relazionale o contestuale conferisce alla disabilità un carattere dinamico e di un certo relativismo che, pur potendo generare difficoltà di interpretazione e di qualificazione nell'ambito della pratica giuridica, è coerente con il rifiuto dell'effetto stigmatizzante della disabilità e l'affermazione della diversità come caratteristica intrinseca della dignità umana. L'introduzione decisiva di questo elemento contestuale presuppone che non tutte le carenze siano di per sé invalidanti o, in altri termini, che la presenza isolata di una carenza sia una condizione necessaria, ma non sufficiente, per valutare l'esistenza di una disabilità. Di conseguenza, la valutazione dell'ambiente e dell'effetto condizionante che esso comporta sul pieno esercizio dei diritti della persona con disabilità è ciò che darà la chiave di valutazione di una disabilità e della sua intensità o portata. Di conseguenza, la Corte di giustizia dell'Unione europea non ha proceduto ad estendere, per

<sup>37</sup> A titolo illustrativo, la Corte di giustizia dell'Ue si avvale persino delle definizioni di carenze elaborate dall'OMS per evidenziare la presenza di questo primo elemento. Ciò vale in particolare per l'obesità nella sentenza del 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13, par. 18.

<sup>38</sup> In tal senso, alcuni autori sottolineano che la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità accoglie un modello evoluto del modello sociale. Si tratterebbe dell'approccio "biopsicosociale" o "prospettiva ecologica" che, ponendo l'accento sull'interazione dell'individuo e dell'ambiente, cerca di ottenere una visione coerente delle diverse dimensioni della salute da una prospettiva biologica, individuale e sociale. BIEL PORTERO (2009, 18 e 25).

via interpretativa, i motivi di discriminazione vietati dalla Direttiva 2000/78 a casi come la malattia o l'obesità, ma è considerato che, in determinate circostanze, queste ultime possono comportare una limitazione che, nella loro interazione con l'ambiente fisico o sociale, costituisce una disabilità<sup>39</sup>.

Per quanto riguarda il contesto o l'ambiente, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità non fornisce indicazioni o precisazioni e quindi gestisce una nozione aperta di contesto e ambiente che comprende tutti i fattori ambientali esterni all'individuo, siano essi di natura fisica o naturale, come se fosse il risultato di un'organizzazione o di una dinamica sociale (fattori comportamentali). La Direttiva 2000/78, invece, come è noto, considera soltanto il contesto lavorativo o professionale<sup>40</sup>, sia nel settore pubblico che in quello privato, conformemente alla delimitazione del suo campo di applicazione (art. 3.1). Di fronte a ciò, la Convenzione e la Direttiva concordano nel ritenere che anche i fattori personali presenti nell'individuo al di là della sua deficienza, come l'età, la razza o il sesso, siano parte integrante del contesto. Questi fattori personali interagiscono anche con le carenze e possono portare a situazioni di disuguaglianza e di esclusione più complesse e impegnative<sup>41</sup>.

### 3.3. Elemento finalista o funzionale

In relazione diretta con la considerazione del contesto, si rileva un terzo

<sup>39</sup> A tale proposito, si vedano le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, par. 75: "è esclusa un'assimilazione pura e semplice della nozione di «handicap» a quella di «malattia»" e del 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13, par. 58: "lo stato di obesità non costituisce, in quanto tale, un «handicap», ai sensi della direttiva 2000/78, in quanto, per sua natura, non ha quale conseguenza necessaria l'esistenza di una limitazione".

<sup>40</sup> Di conseguenza, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 18 marzo 2014, Z., C-363/12, ha ritenuto, in relazione al caso di una lavoratrice che non poteva concepire e partorire un figlio per mancanza di utero, che tale condizione costituiva effettivamente "una limitazione risultante, segnatamente, da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, e che presenta carattere durevole", nonché "l'incapacità di procreare possa causare a una donna grande sofferenza", ma che, nella misura in cui tale incapacità ad avere un figlio con mezzi convenzionali "non costituisce di per sé, in via di principio, un impedimento per la madre committente ad accedere a un impiego, a svolgerlo o ad avere una promozione", non si tratta di una disabilità ai sensi della Direttiva 2000/78, che non sarebbe applicabile al caso in quanto solleva un problema che esula dal suo ambito di applicazione (par. 78-82).

<sup>41</sup> A ciò rispondono le previsioni specifiche relative alle donne, ai bambini e alle bambine disabili contenute negli artt. 6 e 7 CDPD e il riferimento a situazioni di discriminazione multipla (paragrafo p del preambolo e art. 6.1 CDPD, considerando 3 della Direttiva 2000/78/CE).



elemento integrante della nozione di disabilità. Un elemento finalista o funzionale che si occupa dell'effetto "barriera" o dell'effetto ostacolo che l'ambiente fisico o sociale mette sull'esercizio pieno ed efficace dei diritti delle persone con disabilità e la loro partecipazione sociale. Nel caso della Direttiva, tale effetto barriera si limita alla sua concretizzazione sui diritti di carattere lavorativo elencati nell'articolo 3.1 (accesso e promozione all'occupazione, orientamento e formazione professionale, condizioni di lavoro, affiliazione e partecipazione alle organizzazioni sindacali o dei datori di lavoro) e al particolare ambiente di lavoro o professionale, nel settore pubblico o privato.

Di conseguenza, la disposizione fisica del l'ambiente (luogo di lavoro) o l'atteggiamento collettivo (politica d'impresa, rapporto con gli altri lavoratori) con cui si recepisce o si risponde nell'ambito lavorativo o professionale a menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali del lavoratore deve produrre una conseguenza o un impatto limitativo o differenziato sui diritti specifici del lavoratore e sulla sua piena integrazione professionale<sup>42</sup>. È questa barriera che deriva dall'ambiente o dall'interazione tra l'ambiente e le sue debolezze a generare o a far apprezzare, in ultima analisi, la disabilità. Di conseguenza, l'elemento contestuale e quello funzionale conferiscono alla disabilità una natura dinamica che obbliga ad ammettere che, di fronte ad uno

<sup>42</sup> Per quanto riguarda il caso dell'obesità di cui sopra, esso potrebbe rientrare nel concetto di disabilità della Direttiva: "tale sarebbe il caso, in particolare, se l'obesità del lavoratore ostacolasse la sua piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori in ragione di una mobilità ridotta o dell'insorgenza, in tale persona, di patologie che le impediscono di svolgere il suo lavoro o che determinano una difficoltà nell'esercizio della sua attività professionale" (Sentenza della Corte di giustizia dell'Ue del 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13, par. 60). Inoltre, per quanto riguarda l'applicazione della normativa in materia di prevenzione dei rischi professionali, la Sentenza dell'11 settembre 2019, DW contro Nobel Plastiques Ibérica, S.A., C-397/18, sostiene nel par. 51: "Ciò premesso, occorre rispondere alla prima questione posta dichiarando che la direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che lo stato di salute di un lavoratore riconosciuto come particolarmente sensibile ai rischi professionali, ai sensi del diritto nazionale, che non consente a tale lavoratore di occupare taluni posti di lavoro per il motivo che ciò comporterebbe un rischio per la sua stessa salute o per altre persone, rientra nella nozione di «handicap», ai sensi di tale direttiva, solo qualora tale stato comporti una limitazione della capacità, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori". Infine, "spetta al giudice nazionale verificare se, nel procedimento principale, tali condizioni siano soddisfatte"; per la cui considerazione possono risultare determinanti gli accomodamenti ragionevoli forniti dal datore di lavoro.

stesso tipo di handicap, alcuni ambienti creano barriere e altri no, la tipologia e l'intensità di queste ultime variano e ogni ambiente può creare barriere diverse (influenzando o impedendo il pieno esercizio di diritti diversi) in funzione della carenza con cui interagiscono<sup>43</sup>.

Per quanto riguarda la valutazione della barriera e la sua portata, appare evidente che sia sufficiente che l'effetto di impedimento o di ostacolo sui diritti e la piena partecipazione delle persone con disabilità determini una violazione o una disparità di trattamento diretto o indiretto (*ex artt.* 2.2 Direttiva e 2 CDPD) in qualsiasi aspetto del diritto interessato (facoltà specifica, condizione di esercizio, garanzie...) nei confronti delle altre persone; di conseguenza non è esigibile il rifiuto assoluto al riconoscimento e al l'esercizio del diritto<sup>44</sup>. Pertanto, la difesa dei diritti delle persone con disabilità si attiverà anche in presenza di perturbazioni e restrizioni parziali, meno intense o condizionali supplementari che le colpiscono solo a causa della loro carenza<sup>45</sup>. Fatto salvo quest'ultimo, nei vari strumenti internazionali specifici si

<sup>43</sup> A titolo illustrativo, si possono individuare settori e attività economiche che presentano maggiori possibilità di integrazione di persone con menomazioni fisiche o sensoriali rispetto ad altri in cui le "barriere" sono forti (ad esempio l'edilizia) e, in alcuni casi, difficili da evitare.

<sup>44</sup> A questo proposito, le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13, par. 54, e dell'11 settembre 2019, DW contro Nobel Plastiques Iberica, SA, C-397/18, par. 43, indicano che la disabilità "dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce non soltanto ad un'impossibilità di esercitare un'attività professionale, ma altresì ad un ostacolo a svolgere una simile attività. Un'interpretazione diversa sarebbe incompatibile con la finalità di questa direttiva, che mira segnatamente a garantire che una persona con disabilità possa accedere ad un lavoro e/o svolgerlo"; "lo stato di salute di una persona disabile idonea a svolgere un lavoro, quand'anche a tempo parziale, può pertanto rientrare nella nozione di handicap".

<sup>45</sup> Di particolare rilevanza in tal senso è l'analisi che la Corte ha fatto del diverso impatto che l'art. 52.d dello Statuto dei lavoratori spagnolo (licenziamento per assenteismo, attualmente abrogato) aveva sui lavoratori disabili e non disabili: "un lavoratore disabile è, in linea di principio, più esposto al rischio di applicazione dell'articolo 52, lettera d), dello statuto dei lavoratori rispetto a un lavoratore non disabile. Infatti, un lavoratore disabile (...) è esposto al rischio supplementare di essere in congedo per malattia connessa alla sua disabilità (...) di accumulare giorni di congedo per malattia e quindi di raggiungere i limiti previsti all'articolo 52, lettera d) (...). Pertanto, (...) la regola stabilita in tale disposizione può (...) comportare una differenza di trattamento indiretto per motivi di disabilità ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78". "Sebbene l'articolo 52, lettera d), stabilisca che determinate assenze non possono essere considerate come assenze intermittenti al lavoro che giustificano la cessazione del contratto, le assenze per malattia del lavoratore non coprono la totalità delle situazioni di «disabilità», ai sensi della direttiva", di modo che "risolvendo la questione in via pregiudiziale, l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), punto i) della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che consente al datore di

può rilevare una certa evoluzione e sfumature nel rigore o nell'intensità con cui essi esigono la concretizzazione o l'esecuzione di tale barriera o effetto impeditivo dell'esercizio di qualsiasi diritto. Dalla realizzazione effettiva, necessaria e materiale di tale effetto che richiedono i testi più lontani nel tempo<sup>46</sup>, la CDPD ritiene che sia sufficiente la possibilità che tale impedimento si verifichi per considerare la disabilità (cfr. art. 1.2 CDPD). Di conseguenza, l'esistenza reale o potenziale di barriere richiederà misure non solo reattive ma anche preventive, promozionali o di altro tipo.

### 3.4. Elemento temporale

Un quarto elemento di carattere temporaneo può essere considerato parte integrante della nozione di disabilità. Sia la Convenzione (art. 1) che la Corte di Giustizia dell'Unione europea richiedono l'identificazione delle persone con disabilità, esigendo che esse presentino menomazioni (di qualsiasi tipo) "durature". In tal modo si pone l'accento sulla durata delle conseguenze e non sulla previsione finale della malattia, carenza o menomazione. Pertanto, gli effetti sulle attività quotidiane individuali e sociali di una deficienza (dovuta ad infortunio, malattia, affezione congenita, ecc.) possono essere permanenti o temporanei, reversibili o irreversibili, progressivi o regressivi, ma il dato rilevante ai fini della considerazione di una disabilità è che la sua durata sia prolungata, indipendentemente dal modo in cui si evolvono o che possono addirittura scomparire.

La considerazione della durata degli effetti della menomazione o carenza è anche coerente con la logica giuridica sottesa al Diritto della disabilità; vale a dire la prevenzione dell'annullamento individuale e dell'esclusione sociale

lavoro di licenziare un lavoratore a causa della mancanza di assistenza di quest'ultimo al lavoro, anche se giustificata ma intermittente, qualora tali assenze siano dovute a malattie imputabili alla disabilità di tale lavoratore, a meno che tale normativa non abbia lo scopo legittimo di combattere l'assenteismo e non vada oltre quanto necessario per raggiungere tale scopo, che spetta al giudice del rinvio" (sentenza Corte di Giustizia dell'Ue del 18 gennaio 2018, Ruiz Conejero, C-270/16, par. 39, 51, 54, 57).

<sup>46</sup> Per quanto riguarda il diritto al lavoro, la raccomandazione 99 e la convenzione 159 dell'OIL intendono per persona invalida qualsiasi persona le cui possibilità di ottenere il mantenimento di un'occupazione adeguata e il suo progresso *siano effettivamente o sostanzialmente ridotti a causa delle carenze riscontrate*. Da parte sua, l'art. I.1 Convenzione interamericana sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione stabilisce che la disabilità è "una menomazione fisica, mentale o sensoriale (...) *che limita la capacità* di esercitare una o più attività essenziali della vita quotidiana, che può essere causata o aggravata dall'ambiente economico e sociale". Il corsivo è stato aggiunto.

delle persone con disabilità e la lotta contro ogni atto o situazione che ne consegua. In questa prospettiva, è evidente che la durata delle conseguenze di una carenza -che nessuno è libero di subire- è uno dei fattori che più determinano la necessità di protezione delle persone con disabilità e, allo stesso tempo, più contribuisce alla svalutazione, stigmatizzazione, isolamento ed espulsione delle stesse. Di conseguenza, questo fattore o elemento temporaneo è parte essenziale del concetto di disabilità, in quanto è la durata prolungata degli effetti delle menomazioni che, in molti casi, fa emergere la barriera che impedisce il pieno esercizio dei diritti delle persone che le subiscono e ne limita la piena partecipazione sociale.

Inteso in questi termini l'elemento temporale della nozione di disabilità, la sua funzione non è quella di tracciare in modo tassativo e preciso il confine tra ciò che è e non è una disabilità in riferimento ad una grandezza temporale esatta. L'importanza del tempo nella nozione di disabilità risiede nel giustificare la necessità di tutela giuridica e nel determinare la concretezza e la portata della stessa. In effetti, la considerazione e la determinazione dell'elemento temporaneo possono variare a seconda della tecnica di tutela regolamentare che viene messa in atto nei confronti delle persone con disabilità. Pertanto, dal punto di vista delle misure di protezione sociale, assistenziale o economica della disabilità, la durata di una disabilità può essere determinante in quanto condizione di accesso per il riconoscimento di alcuni servizi o di altri, o di meccanismi di sostituzione di redditi più o meno elevati. In questo caso, il carattere duraturo della disabilità è preso in considerazione nella progettazione normativa in quanto indicativo di una situazione di esclusione o di difficoltà più grave -per quanto prolungata o irreversibile- che deve essere considerata per offrire misure di protezione proporzionate e adeguate. Di conseguenza, non è strano che, in questo contesto, alcune norme di carattere prestazionale e assistenziale prevedano termini temporali tassativi che definiscono -non la disabilità in sé- ma il presupposto obiettivo della misura di protezione concreta (accesso a taluni servizi sociali, riconoscimento delle prestazioni economiche di sicurezza sociale, ecc.), oppure una forma qualificata di disabilità che giustifichi talune misure protettive.

Dal punto di vista della tutela contro la discriminazione, l'elemento temporaneo della disabilità svolge un ruolo diverso. In particolare, la percezione negativa che si ha della durata prolungata degli effetti delle menomazioni è quella che, in molti casi, fa emergere la barriera che impedisce il pieno esercizio dei loro diritti alle persone che ne soffrono e ne limita la piena partecipazione sociale. Tale calcolo temporale sul prolungamento degli effetti di una carenza che precede e fonda la decisione che incide sui diritti di una per-

sona con disabilità comporta un evidente disprezzo della dignità umana che ne determina il carattere discriminatorio.

Nel contesto della tutela contro la discriminazione, la durata della disabilità non richiede pertanto un'accurata presa in considerazione e accreditalimento, ma la sua valutazione e ponderazione come argomento a sostegno dell'atto discriminatorio. Pertanto, l'essenziale per valutare un comportamento discriminatorio non è tanto che la disabilità sia formalmente accreditata e determinata temporaneamente, ma che la percezione ragionevolmente fondata del prolungamento degli effetti derivanti da una deficienza - qualunque sia la causa o l'origine (una malattia, un infortunio...) - sia il motivo di una decisione che comporti un trattamento diverso della persona con disabilità rispetto agli altri.

È questa comprensione dell'elemento temporaneo della nozione di disabilità a fini discriminatori che è alla base di alcune delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione Europea che hanno ampiamente motivato queste pagine. Decisioni giudiziarie che hanno considerato inclusi nella causa di discriminazione fondata sulla disabilità alcuni casi di malattia dei lavoratori o limitazioni derivanti da infortuni sul lavoro che non offrivano una prospettiva ben definita quanto alla loro cessazione nel breve termine, o che presentavano sufficienti indizi di prolungamento e di carattere duraturo<sup>47</sup>. Le deci-

<sup>47</sup> Per quanto riguarda la considerazione di una malattia di lunga durata, si può fare riferimento alla sentenza della Corte dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, par. 41-42, la quale afferma che: "Pertanto, si deve constatare che, se una malattia, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e se tale limitazione è di lunga durata, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78. Per contro, una malattia che non comporti una simile limitazione non rientra nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78. Infatti, la malattia in quanto tale non può essere considerata un motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali la direttiva 2000/78 vieta qualsiasi discriminazione". Sul carattere duraturo dell'obesità come elemento da considerare per valutare la disabilità nel caso specifico di una persona, si veda la sentenza del 18 dicembre 2014, FOA, C-354/13, par. 59-61. Sul caso del licenziamento di un lavoratore, fino a quel momento ben considerato professionalmente, per il solo fatto di essere temporaneamente inabile - reversibile ma di durata incerta - a causa di un infortunio sul lavoro e mentre beneficiava di assistenza sanitaria e di prestazioni economiche di sicurezza sociale, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue del 1 dicembre 2016, Mohamed Daouidi contro Bootes Plus, S.L., e altri, C-395/15, par. 51-57, contiene importanti affermazioni sull'elemento temporale della nozione di disabilità e la sua valutazione nel caso concreto: "Ne discende che il fatto che il sig. Daouidi rientri nel regime giuridico nell'invalidità «temporanea», ai sensi del diritto spagnolo, non è tale da escludere che la

sioni aziendali di estinzione dei contratti di tali lavoratori, adottate sulla base del (impreciso) calcolo temporale sopra descritto – relativo al prolungamento degli effetti della malattia – hanno portato alla loro qualificazione come discriminatorie.

Questa linea di interpretazione e di sviluppo del divieto di discriminazione fondata sulla disabilità è confermata, già a livello interno, da recenti sentenze giudiziarie come la sentenza della Corte superiore di giustizia della Galizia 975/2021, del 13 aprile 2021. Questa risoluzione porta la tutela antidiscriminatoria al punto di considerare una discriminazione per “disabilità apparente”, o per “apparenza di disabilità” in caso di licenziamento da parte di un datore di lavoro il giorno stesso in cui il lavoratore licenziato ha subito un infortunio sul lavoro la cui previsione -nota dal datore di lavoro- indicava una lunga e duratura convalescenza e un incerto recupero<sup>48</sup>.

Casi come quello di cui sopra confermano che, sul piano della tutela an-

limitazione della sua capacità sia qualificata come «duratura», conformemente alla direttiva 2000/78, letta alla luce della convenzione dell'ONU; “(...) il carattere «duratura» della limitazione deve essere esaminato tenuto conto dello stato di incapacità, in quanto tale, dell'interessato allorché è stato adottato l'atto asseritamente discriminatorio nei confronti di quest'ultimo”; “[per quanto riguarda la nozione di carattere «duratura» di una limitazione nel contesto dell'articolo 1 della direttiva 2000/78 e la finalità perseguita da tale direttiva, si deve ricordare che (...) l'importanza accordata dal legislatore dell'Unione alle misure destinate ad adattare il posto di lavoro in funzione dell'handicap dimostra che esso ha previsto ipotesi in cui la partecipazione alla vita professionale è ostacolata per un lungo periodo”; “[spetta al giudice del rinvio accertare se la limitazione della capacità dell'interessato abbia o meno carattere «duratura», dal momento che si tratta di una valutazione anzitutto di fatto”; “[tra gli indizi che consentono di considerare «duratura» una limitazione figura in particolare la circostanza che, all'epoca del fatto asseritamente discriminatorio, la menomazione dell'interessato non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo o (...), il fatto che tale menomazione possa protrarsi in modo rilevante prima della guarigione di tale persona”; “[nel contesto dell'esame del carattere «duratura» della limitazione della capacità dell'interessato, il giudice del rinvio deve basarsi sugli elementi obiettivi complessivi di cui dispone, in particolare sui documenti e sui certificati concernenti lo stato di tale persona, redatti sulla base di conoscenze e dati medici e scientifici attuali”.

<sup>48</sup> Per quanto riguarda la qualificazione dei fatti accertata nel caso, la Corte precisa, per quanto riguarda la nozione di discriminazione diretta fondata sulla disabilità, che quest'ultima non esige nella definizione comunitaria (che prevale) che il soggetto discriminato sia disabile, ma che il soggetto sia discriminato in base alla disabilità (questa sfumatura è già stata sottolineata nella giurisprudenza comunitaria per ammettere la discriminazione per associazione: sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue del 17.7.2008, Caso Coleman, C-303/06). Nel caso della discriminazione basata sull'apparenza, il soggetto è discriminato per la disabilità che, in base ad un'apparenza, il soggetto discriminante ritiene di avere, indipendentemente dal fatto che il soggetto abbia o non abbia una disabilità (considerato in diritto 3 *in fine*).

tidiscriminatoria, la considerazione dell'elemento temporale della disabilità non richiede un giudizio di accertamento o di sussunzione quantitativa, ma un giudizio di ponderazione che tiene conto del peso qualitativo e dell'effetto ispiratore o motivante che la durata temporanea della disabilità ha avuto nella decisione di cui si analizza il carattere discriminatorio. Per questo, lungi dal relativizzare o sminuire l'elemento temporale del concetto di disabilità, esso si riafferma e gioca -nel senso indicato- un ruolo importante nel campo del diritto alla non discriminazione in base alla disabilità, traendo importanti conseguenze giuridiche da questa caratteristica integrante del concetto di disabilità.

### **3.5. Elemento formale**

Infine, è molto più discutibile considerare un quinto elemento formale come parte integrante necessaria del concetto generale o matrice di disabilità. L'esigenza di un riconoscimento, certificazione o accreditamento formale della disabilità, o del suo grado o della sua portata, è menzionata in alcuni strumenti internazionali specifici sulla disabilità. Ciò vale in particolare per alcune convenzioni e raccomandazioni dell'OIL riguardanti le persone con disabilità in relazione al reinserimento professionale e all'occupazione<sup>49</sup> (Convenzione n. 159 e raccomandazione n. 99). Tali norme prevedono spesso l'adozione di misure consistenti nell'istituzione di servizi di orientamento, formazione e collocamento per facilitare l'accesso e il mantenimento di un posto di lavoro da parte di persone con disabilità, nonché la previsione di formule o regimi speciali di occupazione per queste ultime. La natura di questo tipo di misure -di azione protettiva o addirittura di azione positiva- giustificano la necessità di un riconoscimento formale della disabilità che attesti, anche, il suo grado o livello di intensità e portata, in quanto tali informazioni possono non solo essere rilevanti ai fini del rispetto dei requisiti formali per il riconoscimento o la prestazione del servizio in questione, ma possono anche essere determinanti per la scelta concreta della misura da applicare in ogni singolo caso e per la sua effettività.

Da questo punto di vista concreto, è ragionevole e opportuno che la disabilità sia formalizzata, attestata e circoscritta a determinate esigenze. Tutta-

<sup>49</sup> L'art. 1.1 della Convenzione n. 159 stabilisce che: "l'espressione «persona disabile» indica qualsiasi persona le cui prospettive di reperire e di conservare un impiego adeguato, nonché di progredire professionalmente, sono notevolmente ridotte a causa di un handicap fisico o mentale debitamente riconosciuto".

via, non sembra ragionevole far dipendere, in generale, la tutela giuridica della disabilità dall'esigenza di una sorta di certificazione ufficiale con effetti "costitutivi" della medesima. Inoltre, l'esigenza di tale elemento formale è difficilmente conciliabile con alcuni degli altri elementi analizzati; in particolare, con gli elementi contestuali e funzionali che conferiscono alla nozione di disabilità un carattere complesso e dinamico difficilmente trasferibile ad una certificazione ufficiale, e che richiedono un'analisi "sul campo", quando non caso per caso.

Inoltre, il trattamento normativo della disabilità, come già indicato, può articolarsi secondo diverse tecniche normative. Una di esse, la tutela antidiscriminatoria – la più sviluppata dall'Unione europea e dalla sua Corte di giustizia –, non richiede una disabilità formalmente accreditata per valutare un comportamento discriminatorio per tale motivo e dispiegare i suoi effetti<sup>50</sup>, in quanto la gravità dell'atto discriminatorio non dipende dal fatto che la disabilità della vittima sia o meno formalmente provata o attestata, o dal fatto che quest'ultima stabilisca un grado maggiore o minore, ma dal carattere particolarmente riprovevole della motivazione dell'atto, per la cui valutazione può essere sufficiente la presenza di semplici indizi di disabilità. Per questi motivi, non sembra che l'esigenza di tale elemento formale debba essere considerato, come regola generale, parte integrante e necessaria del concetto di disabilità.

<sup>50</sup> La contingenza dell'elemento formale della disabilità, ai fini della tutela antidiscriminatoria, può essere avvertita in particolare nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue del 1 dicembre 2016, *Mohamed Daouidi contro Bootes Plus, S.L.*, e altri, C-395/15, par. 59: "il fatto che l'interessato si trovi, a causa di un infortunio sul lavoro, in una situazione di invalidità temporanea, ai sensi del diritto nazionale, la cui durata è incerta, non implica, di per sé, che la limitazione della capacità di tale persona possa essere qualificata come «duratura» ai sensi della definizione di «handicap» contemplata da tale direttiva, letta alla luce della convenzione dell'ONU". Inoltre, per quanto riguarda il riconoscimento dello status di disabile ai fini del diritto nazionale a causa della malattia del sistema endocrino-metabolico (obesità) e di una limitazione funzionale della colonna vertebrale, la sentenza del 18 gennaio 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/16, stabilisce che: "occorre precisare che il fatto che il sig. Ruiz Conejero sia riconosciuto come persona disabile secondo il diritto nazionale, non comporta a priori che egli sia affetto da una disabilità ai sensi la direttiva 2000/78" (par. 32). Lo stesso vale per il riconoscimento dello status di lavoratore particolarmente sensibile ai rischi derivanti dal lavoro ai sensi del diritto nazionale in materia di prevenzione dei rischi sul lavoro (sentenza dell'11 settembre 2019, *DW contro Nobel Plastiques Ibérica, S.A.*, C-397/18, par. 49).



#### **4. Conclusioni**

Il processo di “decostruzione” realizzato permette di concludere che il concetto di disabilità derivante in particolare dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità e dall’interpretazione operata dalla Corte di giustizia europea presenta una natura complessa e dinamica che lo rende capace di accogliere realtà diverse come la malattia, l’obesità o altre condizioni di salute che, tradizionalmente, sono state intese diverse o estranee alla realtà della disabilità e al suo trattamento giuridico. Il modo in cui vengono integrati nella nozione di disabilità i diversi elementi che sono stati identificati, la particolare configurazione che ognuno presenta e il modo in cui essi interagiscono, spiegano la possibilità di estendere il concetto di disabilità che la Corte di giustizia dell’Unione europea ha introdotto. In particolare, occorre sottolineare l’ampiezza con cui si considerano le menomazioni o carenze (elemento tecnico o obiettivo) che sono alla base di una situazione di disabilità e, soprattutto, il dinamismo di cui danno al concetto gli elementi contestuale e funzionale, con i quali il modello sociale della disabilità acquisisce sostegno e portata giuridica.

Il carattere dinamico della disabilità, che deriva essenzialmente dalla realtà viva e variabile delle barriere e degli ambienti e contesti concreti con i quali interagiscono le persone con disabilità, obbliga il diritto ad uscire dallo statico e rigido approccio normativo tradizionale, più adatto al modello medico. Tale approccio, il cui sviluppo ha avuto luogo principalmente a livello nazionale o interno -ma che è stato presente per anni anche nel l’azione europea- era incentrato essenzialmente sulla definizione di misure di carattere prestazionale o assistenziale concepite con una logica protettiva e compensativa della differenza con cui veniva percepita la disabilità in ogni caso. Inoltre, tale approccio normativo-assistenziale si inquadra essenzialmente nel principio delle pari opportunità; mentre la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità e gli altri strumenti internazionali responsabili dell’attuale comprensione della disabilità invitano a un trattamento normativo più ricco e complessivo di strategie y tecniche di tutela concepite sulla parità di trattamento e la non discriminazione.

L’apertura del trattamento normativo della disabilità ad una più ampia gamma di tecniche e fondamenti, e persino lo spostamento del l’asse di tale trattamento verso la parità di trattamento e la non discriminazione, fa sì che alcuni elementi della nozione di disabilità siano percepiti con alcune differenze o sfumature a seconda della logica giuridica da cui viene affrontata (parità di trattamento o differenza, dinamica inclusiva o assistenza e compen-

szazione). Ciò è stato dimostrato, in particolare, per quanto riguarda gli elementi temporali e formali che sono quelli che più hanno sollevato situazioni di conflitto o contraddizione in relazione alla constatazione della disabilità.

Occorre inoltre rilevare che il carattere dinamico della nozione di disabilità è meglio accolto dal punto di vista della tutela contro la discriminazione; settore in cui, per i motivi di competenza che sono stati esposti, l'azione europea sia legislativa che giudiziaria si sviluppa con maggiore intensità. Infatti, l'approccio antidiscriminatorio consente di valutare, caso per caso e in determinate circostanze, gli elementi contestuali e funzionali individuati e soprattutto, dispone di un'enorme forza di trasformazione al servizio della parità di trattamento e della piena integrazione delle persone con disabilità. Si parla quindi di un nuovo diritto antidiscriminatorio, più concreto e più intenso del classico diritto di uguaglianza, il quale offre un'enorme capacità di penetrazione e di trasformazione della società perché il diritto classico di uguaglianza gioca nei confronti dello Stato mentre il diritto antidiscriminatorio lo fa anche, e forse soprattutto, nei confronti dei singoli privati (REY MARTÍNEZ, 2017, 128).

Nello stesso spirito, si ritiene che la tutela antidiscriminatoria in materia di disabilità sviluppata dall'Unione europea a partire dall'attuale art. 19 TFUE e la Direttiva 2000/78 avrebbe portato a un approccio tra il modo europeo di regolare la disabilità, tradizionalmente legato alle politiche di benessere sociale, e il modello americano, di natura più individualista, basato su un approccio di diritti civili<sup>51</sup>. Nonostante ciò, l'integrazione, la complementarietà e l'equilibrio tra le due prospettive – cioè, la costruzione pragmatica e individualista del modello anglosassone della disabilità e le strutture proprie degli Stati sociali di tradizione continentale (BIEL PORTERO, 2009, 274-275) – sarebbe influenzata dalla suddetta ripartizione delle competenze tra l'UE e gli Stati membri per quanto riguarda le questioni e gli aspetti sociali della disabilità, anche dopo – come già osservato – l'adesione sia dell'UE che degli Stati membri alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. Mentre la tutela contro la discriminazione sarebbe stata assunta con una certa naturalezza e dinamismo dall'Unione, in particolare dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, gli ordinamenti del lavoro, della protezione e della assistenza sociale degli Stati starebbero avanzando più lentamente verso la piena assimilazione del concetto di disabilità della CDPD e l'ideale inclusivo, proprio del modello sociale di attenzione alla disabilità, che questa comporta.

<sup>51</sup> Per raggiungere questa valutazione, BIEL PORTERO (2009, 274, nota 556) fa eco a HENDRIKS (2005, 188 ss.).

Infatti, la forza trasformatrice del diritto antidiscriminatorio – come dimostrano alcune delle citate sentenze della Corte di giustizia europea – arriva ad operare, anche, al di là delle misure nazionali a carattere prestazionale e assistenziale la cui attuazione è condizionata dalle norme che le prevedono a concezioni legali o a casi di disabilità limitati a condizioni di durata determinata, grado o intensità (come nel caso di licenziamenti per inidoneità e di inabilità al lavoro nella sfera del lavoro e della sicurezza sociale, o classificazione del grado o livello di disabilità o handicap per l'accesso a taluni servizi sociali). È in questi casi che l'azione della Corte di giustizia europea contribuirebbe – a partire dall'azione antidiscriminatoria – ad allertare e mettere in guardia da certe distorsioni o disfunzioni nell'insieme del sistema normativo di attenzione alla disabilità che evidenziano la necessità di adattamenti e miglioramenti nelle normative nazionali in materia di prestazioni sociali ed assistenziali (ITURRI GÁRATE, 2020), in modo che la sua configurazione e la sua applicazione pratica siano in linea con la logica della piena integrazione delle persone con disabilità piuttosto che indurre, a volte, a offrire soluzioni di assistenza differenziate non inclusive; oppure anche materialmente discriminatorie.

Lo sviluppo di tale tutela antidiscriminatoria che evidenzia la logica assistenziale e compensatoria (non inclusiva) propria del modello medico che ancora sottende molte normative nazionali, non è isolato o esclusivo dal quadro d'azione della Corte di giustizia europea, ma sarebbe accolto anche dalle stesse giurisdizioni nazionali. Ciò è dimostrato dalla recente sentenza della Corte costituzionale spagnola 51/2021, del 15 marzo, la cui base giuridica 3.a accoglie come sua la giurisprudenza della Corte di giustizia europea citata in queste pagine sul concetto di disabilità e il modello di trattamento giuridico derivato dalla CDPD. In particolare, il caso in questione evidenzia l'insufficienza del ricorso al pensionamento per inabilità permanente, proprio del sistema di previdenza sociale, per far fronte alla situazione di un dipendente pubblico colpito da una menomazione mentale che incideva sul suo rendimento e in particolare, che il diniego di tale prestazione secondo la sua rigorosa definizione giuridica, non pregiudica né determina la considerazione di tale carenza come una disabilità – ai sensi della Convenzione – degna di tutela attraverso il diritto a accomodamenti ragionevoli del posto di lavoro come forma di piena integrazione nel mondo del lavoro anziché “l'esclusione assistita” che comporterebbe il pensionamento per inabilità.

Sebbene l'azione giudiziaria contro la discriminazione in materia di disabilità genererebbe, in primo luogo, alcuni squilibri, distorsioni o contraddizioni con determinate regolamentazioni nazionali in materia di lavoro, sociali

e prestazionali; è altrettanto vero che, come secondo effetto, può provocare una reazione riformista da parte dei legislatori nazionali nelle materie sociali, lavorative e assistenziali che rientrano nelle loro competenze. In tal modo, il tradizionale fattore di competenza che condiziona l'azione europea in materia di disabilità sarebbe compensato da questo effetto secondario o indiretto che le sentenze della Corte di giustizia europea in materia di discriminazione possono avere sulle legislazioni nazionali per disabilità.

In questo senso, paradigmatico è il caso delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea nelle cause Ruiz Conejero e Nobel Plásticos Ibérica, le quali hanno spinto il legislatore spagnolo a decidere di abrogare l'art. 52, lettera d). dello Statuto dei lavoratori per il suo effetto discriminatorio nei confronti delle persone con disabilità, nella misura in cui consentiva ai datori di lavoro di licenziare (per motivo oggettivo) un lavoratore a causa della mancata presenza di quest'ultimo al lavoro, anche se giustificate ma intermittenti, anche se tali assenze sono dovute a malattie attribuibili alla disabilità<sup>52</sup>. Situazioni simili si possono ripetere in futuro con altre materie al riguardo dell'adattamento a una logica inclusiva, propria del modello sociale della disabilità, della configurazione normativa e della dinamica applicativa di meccanismi come l'incapacità temporanea, il pensionamento per inabilità permanente o l'accesso a taluni servizi sociali o assistenziali per le persone con disabilità.

Infine, sebbene il trattamento giuridico della disabilità presenta caratteristiche peculiari dovute tra l'altro alla sua solida e completa articolazione multilivello a partire dalla CDPD e dall'adesione dell'UE e dei suoi Stati membri, deve esse anche sottolineata la dinamica appena descritta sull'influenza della tutela antidiscriminatoria in materia di disabilità esercitata dai tribunali sovranazionali (in questo caso la Corte di giustizia dell'Unione europea) sui tribunali e, particolarmente, sui legislatori nazionali in materia di riconoscimento e tutela effettiva dei diritti sociali. Il tradizionale margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati per quanto riguarda il riconoscimento, lo sviluppo e la garanzia dei diritti sociali, in particolare quelli di carattere prestazionale, verrebbe così sfumato o ridotto tramite tale effetto secondario o indiretto di risoluzioni (europee) come quelle analizzate in materia di discriminazione in base alla disabilità.

<sup>52</sup> Si vedano le sezioni II a VI della relazione motivata che precede il Reale Decreto-legge 4/2020, del 18 febbraio, per cui viene abrogato il licenziamento per assenteismo vincolato a malattie del lavoratore stabilito dall'art. 52, lettera d) dello Statuto dei lavoratori; nonché le stesse sezioni della posteriore Legge 1/2020, del 15 luglio (BOE n. 194, 16/07/2020).

Questo caso specifico di influenza sovranazionale sulla legislazione interna in materia di diritti sociali può essere considerato come iscritto in un più ampio movimento o processo di sviluppo dei sistemi di efficacia e di garanzia dei diritti sociali di cui fanno parte, tra l'altro, le decisioni di tribunali internazionali – come la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – che stabiliscono taluni obblighi positivi dello Stato; l'estensione delle procedure di reclamo individuale o collettivo in relazione a specifiche violazioni dei diritti sociali dinanzi agli organismi di garanzia di strumenti internazionali quali il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali o la Carta sociale europea riveduta; e il miglioramento dei sistemi di monitoraggio e di attuazione degli strumenti internazionali di protezione dei diritti sociali attraverso una maggiore trasparenza e la produzione di indicatori e dati statistici che consentano un controllo più efficace del livello di rispetto degli obblighi assunti dagli Stati (tendenza questa assunta sia dalla CDPD *ex art.* 31, sia dalla stessa Strategia Europea sulla Disabilità nelle sue ultime edizioni 2010-2020 e 2021-2030).

### Riferimenti Bibliografici

- Agencia Europea de los Derechos Fundamentales de la UE, Consejo de Europa (2018), *Manual de legislación europea contra la discriminación*.
- ÁLVAREZ GARCÍA, HÉCTOR (2017), “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, pp. 1027-1055.
- BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO J. (2013), “Constitución, derechos fundamentales y entendimiento constitucional de la discapacidad”, en Presno Linera, Miguel (coord.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General de Asturias-Universidad de Oviedo, pp. 147-184.
- BIEL PORTERO, ISRAEL (2009), *Los Derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional y europeo*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/384628#page=1>.
- BLANCO EGIDO, ENCARNACIÓN (2012), “El marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en Pérez Bueno, Luis C. (dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna)*, CERMI- Cinca, pp. 95-119.
- CABRA DE LUNA, MIGUEL ÁNGEL (2004), “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 50, pp. 21-46.

- CABRA DE LUNA, MIGUEL ÁNGEL; GÜEMES PEDRAZA, JAVIER (2016), “La Unión Europea como parte de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en Pérez Bueno, Luis C. y De Lorenzo, Rafael, *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – 2006/2016: una década de vigencia*, CERMI-Cinca, pp. 63-92.
- CÁCERES RODRÍGUEZ, CELSA (2004), “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS”, *Revista Electrónica de Audiología*, v.2, pp. 74-77.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> FERNANDA (2009), “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, n. 98, pp. 11-57.
- GARRIDO PÉREZ, EVA (2001), “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, *Temas Laborales*, n. 59, pp. 165-192.
- GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS (coord.) (2017), “Discapacidad, enfermedad y extinción del contrato de trabajo”, *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número monográfico, 6.
- HENDRIKS, AART (2005), “Promoting Disability Equality after the Treaty of Amsterdam: New Legal Directions and Practical Expansion Strategies”, en Lawson, A. y Gooding, C., *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Hart Publishing.
- ITURRI GÁRATE, JUAN CARLOS (2020), “¿No puedo trabajar y no soy persona con discapacidad? Sobre la equiparación de situaciones de incapacidad permanente y el reconocimiento de situación de discapacidad”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, n. 5, pp. 37-64.
- JARABA SÁNCHEZ, MERCEDES (2012), “La Estrategia Europea de discapacidad 2010-2020: nuevas herramientas contra la discriminación”, en Pérez Bueno, Luis C. (dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna)*, CERMI- Cinca, pp. 141-158.
- JIMENA QUESADA, LUIS (2012), “El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad”, en Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela anti-discriminatoria*, Aranzadi, pp. 1393-1486.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, PABLO (2012), “La igualdad de trato de las personas con discapacidad en la Unión Europea”, en Pérez Bueno, Luis C. (dir.), *2003-2012: 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España (Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna)*, CERMI- Cinca, pp. 121-140.

- LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO (dir.) (2019), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: diez años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch.
- MARÍN ASÍS, JOSÉ RAFAEL (2013), *La Unión Europea y el Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, Disponible en <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/30329/22412529.pdf?sequence=1>
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, MIGUEL ÁNGEL (2018), *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Bomarzo.
- MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL (coord.) (2019), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del TJUE*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (2019), “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, v. 9, n. 1, 681-746.
- PADILLA-MUÑOZ, ANDREA (2010), “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 16, pp. 381-414.
- PALACIOS, AGUSTINA Y BARIFFI, FRANCISCO (2007): *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CERMI-Cinca.
- PALACIOS, AGUSTINA (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la CDPD*, CERMI-Cinca.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO (2017), “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, pp. 125-171.
- VICTORIA MALDONADO, JORGE A. (2013), “Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, n. 138, pp. 1093-1109.





LA DIMENSIONE SOCIALE DELL'UNIONE EUROPEA.  
IL DIRITTO AD UN'ESISTENZA DIGNITOSA NELLE POLITICHE  
DI CONTRASTO ALLA POVERTÀ E ALL'ESCLUSIONE SOCIALE\*

CATERINA DRIGO

SOMMARIO: 1. Dignità umana e disuguaglianze. – 2. Povertà e esclusione sociale: una questione di dignità?. – 2.1. La proteiforme dimensione della dignità umana. – 2.2. Povertà ed esclusione sociale: percorsi definitivi. – 2.3 Esistenza dignitosa e sistemi di welfare. – 2.4. Povertà ed esclusione sociale come ostacoli ad una cittadinanza attiva: spunti di riflessione. – 3. L'esistenza dignitosa e il contrasto alla povertà: la dimensione sovranazionale. – 3.1. L'esistenza dignitosa nel diritto internazionale. – 3.2. Lotta alla povertà e all'esclusione sociale nel contesto del Consiglio d'Europa. – 3.3. *Segue*: ...e nella giurisprudenza della Corte EDU. – 4. La dimensione sociale dell'Unione Europea nella lotta alla povertà. – 4.1. Dignità umana e solidarietà nella lotta europea alla povertà. – 4.2. *Segue*: il diritto europeo derivato. – 4.3. *Segue*: la Strategia Europa 2020. – 4.4. *Segue*: i più recenti sviluppi. – 4.5. Un parziale bilancio in merito all'impatto delle politiche europee. – 5. Conclusioni necessariamente aperte.

## 1. Dignità umana e disuguaglianze

Viviamo in un'epoca in cui le disuguaglianze paiono prevalere sui diritti umani fondamentali e anche in contesti come quello europeo o nazionale, tradizionalmente benestanti, sempre maggiori segmenti della popolazione si trovano a fronteggiare situazioni di difficoltà economica che non raramente si traducono in stati di povertà e limitano, quando addirittura non impediscono, il godimento di molti diritti umani fondamentali, incrementando i fenomeni di emarginazione ed esclusione sociale. Una delle sfide maggiori che l'umanità si trova oggi ad affrontare, quindi, riguarda il contrasto a situazioni di povertà ed indigenza (SHETTY, 2005, 7 ss.), in larga misura acuite dalla crisi economica conseguente alla recente crisi pandemica da Covid-19.

Povertà, esclusione sociale, invisibili, ma spesso, barriere culturali, spingono interi settori della popolazione ai margini della società e li pongono in

\* Aggiornamento e rielaborazione del contributo pubblicato in *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo. *Diritto costituzionale in trasformazione*, Vol IV. I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista, 2020, in [giurcost.org](http://giurcost.org).

condizioni di enorme difficoltà e non in grado, così, di godere appieno dei diritti umani fondamentali e di partecipare attivamente alla vita politica e sociale di un Paese<sup>1</sup>.

Ciò si riflette pesantemente sulla pienezza del concetto di cittadinanza e finanche sulla democraticità degli ordinamenti europei atteso che, come è stato anche recentemente ricordato, uno «Stato democratico deve realizzarsi attorno all'idea di inclusione e favorire l'effettiva partecipazione dei propri cittadini alla vita politica, sociale, economica e culturale» (PÉREZ MIRAS, 2018, 1 ss.; ma anche DOMINELLI, 2020, 17 ss.).

Ma ciò influisce pesantemente anche sui processi di inclusione ed integrazione dei migranti – gli “ultimi arrivati” in un Paese, gli “altri”, che molto spesso coincidono con i più poveri<sup>2</sup> – e impone di riconsiderare le categorie stesse della cittadinanza, declinandola come una cittadinanza sociale, quantomeno in quei contesti ordinamentali che si definiscono democratici ed improntati al rispetto dell'uguaglianza sostanziale, della dignità umana e della solidarietà<sup>3</sup>.

Si può sostenere, infatti, che la povertà si relazioni, e sia legata, al potere. I poveri rimangono spesso “senza voce” nelle democrazie rappresentative contemporanee: «i ricchi sono potenti, che spesso influenzano le decisioni politiche in proprio favore e sono in grado anche di “gestire” il potere politi-

<sup>1</sup> Povertà ed esclusione sociale, infatti, non sono solo ricollegabili al godimento dei diritti sociali, economici e culturali, ma anche al godimento dei diritti civili e politici. Diffusamente su questi profili, con particolare riferimento al contesto latino-americano: DULITZKY, (2008); PARRA VERA, (2012); BECA-FREI, (2018); DOMINELLI, (2020, 17 ss.).

<sup>2</sup> Ad esempio, secondo l'ISTAT «la cittadinanza ha un ruolo importante nel determinare la condizione socioeconomica della famiglia: è in condizione di povertà assoluta il 6,3% delle famiglie con minori composte solamente da italiani ... e il 31,2% delle famiglie con minori composte solo da stranieri» (dati relativi al 2019, pubblicati il 16.06.2020, in [https://www.istat.it/it/files/2020/06/REPORT\\_POVERTA\\_2019.pdf](https://www.istat.it/it/files/2020/06/REPORT_POVERTA_2019.pdf)) e nel 2020, «l'incidenza di povertà assoluta passa dal 4,9% al 6,0% tra le famiglie composte solamente da italiani, dal 22,0% al 25,7% tra quelle con stranieri, che conoscono una diffusione del fenomeno molto più rilevante e tornano ai livelli del 2018» (comunicato ISTAT del 4.03.2021, in [https://www.istat.it/it/files/2021/03/STAT\\_TODAY\\_stime-preliminari-2020-pov-assoluta\\_spese.pdf](https://www.istat.it/it/files/2021/03/STAT_TODAY_stime-preliminari-2020-pov-assoluta_spese.pdf)).

Sul punto si vedano anche le considerazioni in Corte cost., sentt. nn. 44 e 146 del 2020 o n. 7 del 2021.

<sup>3</sup> Sulla evoluzione della nozione di cittadinanza nelle società ove sono presenti significativi fattori di diversità culturale BENHABIB, (2006); MORRONE, (2015); RONCHETTI, (2012). Sul concetto di cittadinanza si v., altresì, RESCIGNO, (1997); ID., (2000); GROSSO, (1997) e, più di recente ZONCA, (2016); PANZERA, RAUTI, SALAZAR, SPADARO, (2016); CALORE, MAZZETTI, (2019).

co»<sup>4</sup>. Si finisce per perdere il senso della *res publica* e di quella cultura, solidarietà e senso di condivisione, che dovrebbero caratterizzarla<sup>5</sup>.

Muovendo da un'analisi empirica del quadro normativo europeo in materia di misure volte a contrastare povertà ed esclusione sociale, lo scopo del presente lavoro è quello di tratteggiare il ruolo dell'Unione europea nell'implementazione del principio di eguaglianza sostanziale, e finanche di dignità umana. In particolare, ci si interroga se sia possibile derivare un dovere per le autorità pubbliche nella lotta contro la povertà. Il principio di dignità umana può, quindi, essere considerato quale base di varie misure per combattere la povertà e può essere concepito in una prospettiva deontica? Questi sono i quesiti che stimolano la presente riflessione.

## 2. Povertà e esclusione sociale: una questione di dignità?

### 2.1. La proteiforme dimensione della dignità umana

Pare opportuno precisare che ogni studio che coinvolge dignità umana, povertà ed esclusione sociale, impone di procedere preliminarmente alla definizione dei tratti essenziali di tali concetti e all'evidenziazione dei vari aspetti problematici insiti in tale attività.

Come è noto, sia le scienze filosofiche, sia la dottrina giuridica, si sono approcciate allo studio della dignità umana giungendo a considerarla quale elemento fondativo e presupposto dei diritti umani fondamentali. La connessione fra dignità umana e diritti umani fondamentali è ampiamente riconosciuta fra gli studiosi, i quali concepiscono la dignità come precondizione e giustificazione per siffatti diritti. Nelle ricostruzioni teoretiche la dignità umana è stata spesso associata all'endiadi eguaglianza-libertà<sup>6</sup> e, ai nostri fini, è dall'eguaglianza che pare imprescindibile muovere.

<sup>4</sup> PETRELLA (2006, 61); sul rapporto fra eguaglianza e potere nelle società socialdemocratiche PIKETTY, (2020, 561 ss.).

<sup>5</sup> Già CICERONE individuava la *Res Publica* /*res populi* quale «*coetus multitudinis iuris consensus et utilitatis communione sociatus*» (25, 39), regolata con armonia per «*gradus dignitatis*» (27, 43).

<sup>6</sup> In tema di dignità umana la bibliografia è sterminata. Sia qui consentito richiamare, in via preliminare e non esaustiva, KRIENKE, (2020); GRIMM, KEMMERER, MOLLERS, (2018); LEHER, (2018); SANGIOVANNI, (2017); BARAK, (2015); DÜWELL, (2014); MCCRUDDEN, (2014); KWAN, BOWPITT, (2005). Nella dottrina italiana, ex multis, BECCHI, MATHIS, (2019); POLITI, (2018); DRIGO, (2013); DI CIOMMO, (2010); VINCENTI, (2009). In tema di dignità e povertà ex multis, RUOTOLO, (2012).

Povert , dignit , eguaglianza e diritti umani fondamentali sono concetti inscindibilmente interconnessi<sup>7</sup>. Gli Stati hanno il dovere di rimuovere le diseguaglianze che, da un punto di vista sostanziale, concretamente esistono; hanno il dovere di consentire agli individui di esercitare appieno i diritti umani fondamentali di cui godono e di esprimere la propria personalit . Varie, per , sono le modalit  d'azione e i vincoli imposti dalle Costituzioni statali<sup>8</sup>. Similmente, l'Unione Europea costruisce la *Carta dei Diritti Fondamentali* attorno a tre "pilastri" – dignit , uguaglianza e solidariet  – che si saldano in un *unicum* inscindibile che nei Trattati trova significative potenzialit  espansive<sup>9</sup>.

Stabilire in astratto il dovere di adoperarsi per rimuovere diseguaglianze e povert  come precipitato del riconoscimento giuridico della dignit  umana non  , ovviamente, di per s  sufficiente a garantire un'effettiva tutela. Da un lato, sia gli studiosi, sia i giudici, concordano nel ritenere che il nucleo essenziale dei diritti umani, nella loro declinazione "negativa", resista alle limitazioni ed ai *vulnera* in ragione della loro intrinseca connessione con la dignit  umana, declinata in termini assiologici; e ci  sebbene l'essenza di alcuni di tali diritti possa finanche esprimere una declinazione culturale suscettibile di resistere ai tentativi di assimilazione e possa richiedere considerazioni *ad hoc* (come nel caso della libert  di coscienza o della libert  religiosa).

Sotto diverso profilo,   meno palese la connessione fra diritti sociali fondamentali e il valore/principio<sup>10</sup> di dignit  umana.

Con riferimento ad almeno due aspetti i diritti sociali paiono contraddire l'universalit  della dignit  umana: in ragione della relativit  del loro contenuto e dei loro profili applicativi<sup>11</sup>. Tale relativit  implica, in termini concreti, che il mero riconoscimento e garanzia formale dei diritti fondamentali in favore di coloro i quali sono marginalizzati o socialmente esclusi «  semplicemente ed ipocritamente un *flatus vocis*» (MODUGNO, 2008, 1392).

Coloro i quali si trovano in uno stato di bisogno non sono in grado di

<sup>7</sup> Come costantemente ribadito anche nel contesto delle Nazioni Unite: si v. ad esempio, BRAVEMAN, GRUSKIN, (2003).

<sup>8</sup> Con riferimento alla Costituzione italiana si v. TRIPODINA, (2015 e 2013). L'autrice approfondisce il tema della ricostruzione dei fondamenti costituzionali dello *ius existentie* nel contesto italiano.

<sup>9</sup> su cui, *infra*, § 4.

<sup>10</sup> In relazione alla differenziazione fra valori e principi, *ex multis*, MEZZETTI, (2015A, spec. parte I).

<sup>11</sup> Sul punto si v., *ex multis*, HUSTER, (2018, 416). Sui diritti sociali: POLITI, (2018); MEZZETTI, (2015B).

provvedere a sé stessi e di godere di quella vita dignitosa proclamata nella Dichiarazione Universale<sup>12</sup>, in moltissimi documenti internazionali e Costituzioni nazionali.

Coloro i quali si trovano a vivere in un grave stato di povertà patiscono l'esclusione sociale o forme di marginalizzazione più o meno severe e non sono in grado di godere effettivamente di molte libertà e diritti umani fondamentali, soprattutto, ma non esclusivamente, diritti sociali. Ed infatti, già nel 1948, Luigi Einaudi ricordava come anche le libertà civili e politiche «non possano stare da sé, anzi non abbiano vita vera se non siano accompagnate da un'altra libertà, quella economica», la libertà dal bisogno<sup>13</sup>.

Coloro i quali si trovano in uno stato di bisogno non sono in grado di essere realmente parte della comunità sociale nella quale sono inseriti: di conseguenza la loro dignità, giorno per giorno, è costantemente messa in crisi quando non addirittura negata. Pare significativo, a tal proposito, il concetto africano di *Ubuntu*<sup>14</sup> secondo il quale la vera essenza di ogni essere umano si determina anche nel suo essere armoniosamente parte di una comunità e nel poter attivamente e efficacemente interagire con i suoi membri. In tal senso la dignità umana è alimentata dalla pratica dell'*Ubuntu* ed è negativamente condizionata allorché sussistono condizioni, come una severa povertà o l'esclusione sociale, che impediscono un effettivo godimento, partecipazione, interazione, mutuo scambio, con la comunità. Di conseguenza, concepire i diritti umani attraverso il prisma della dignità umana, «come inclusiva del rispetto per l'umanità dell'altro» include necessariamente «la consapevolezza e la comprensione della nostra inevitabile interconnessione come membri di multiple comunità e società» (YAMIN, 2015, 31).

Tale “dimensione sociale” della dignità umana implica, pertanto, che gli strumenti per combattere la povertà «debbano concernere sia la dimensione fisica di un essere umano, sia la sua possibilità di mantenere relazioni in-

<sup>12</sup> Spec. artt. 22, 23, 25.

<sup>13</sup> Ci si riferisce ad un articolo intitolato Chi vuole la libertà, comparso sul Corriere della sera il 13 aprile 1948 e ripubblicato nel 1954 (raccolta di scritti a cura di E. Rossi), p. 113.

Le considerazioni sopra esposte nel testo hanno carattere universale e sono, quindi, applicabili a qualsiasi contesto ordinamentale. Ad esempio, con riferimento all'America latina, ove il problema della povertà è particolarmente sentito, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha espressamente affermato che «la pobreza constituye una violación de derechos humanos». Si v. il Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay del 2001, in <http://www.cidh.org/countryrep/paraguay01sp/indice.htm>. Sul punto, diffusamente, FAUR, (2008, 165 ss.) e DULITZKY, (2008, 107 ss.).

<sup>14</sup> Sul concetto di Ubuntu, recentemente: OGUDE, (2019).

terpersonali e un grado minimo di partecipazione alla vita sociale, culturale e politica»<sup>15</sup>.

## 2.2. Povertà ed esclusione sociale: percorsi definitivi

2.2.1. Alla luce di quanto precede, si può sostenere che esista un dovere dei pubblici poteri di combattere attivamente contro la povertà e l'esclusione sociale, ma per comprendere la sostanza e l'estensione di siffatto dovere è necessario tentare di fornirne le coordinate definitorie<sup>16</sup>, peraltro con la consapevolezza che «l'oggetto "povertà" disegna [...] i limiti di un campo di trasformazioni, di tensioni, di composizioni variabili» (COCCOLI, 2017, 73)<sup>17</sup>.

Un elemento accomuna le varie fasi evolutive e possibili definizioni di povertà: è «l'evidenza di una mancanza», l'evidenza «di un deficit nell'accedere a standard di vita dignitosi» (FAUR, 2008, 178). Muovendo da una prospettiva diacronica, richiamando la tradizione Cristiana<sup>18</sup> – e finanche quella buddista – si devono considerare poveri coloro i quali non possiedono i beni materiali necessari alla propria sopravvivenza, che non esercitano su di essi «quel potere che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale» (RUOTOLO, 2012, 210).

Ma la mera assenza di un *dominium* sui beni essenziali non è di per sé una condizione imprescindibile – ancorché sia una condizione sufficiente – affinché si possa ritenere sussistente la condizione di povertà (RUOTOLO, 2012, 213)<sup>19</sup>. Molti studi hanno collegato la condizione di povertà a l'assenza di redditi o alla presenza di redditi estremamente bassi (*ex multis*, TOWNSEND, 1979 – WORLD BANK 1980, 2021) in connessione ad una pluralità di fattori che hanno condotto alla configurazione della povertà in chiave multidimensionale e alla distinzione fra povertà assoluta e relativa (su cui *infra* – TOWNSEND, 1979; ID., 1987, ID., 1993). La povertà si è venuta a confi-

<sup>15</sup> In tal senso il Tribunale costituzionale Tedesco (BVerfG, Judgment of the First Senate del 18 luglio 2012 - 1BvL10/10, nonché 1BvL2/11 del 2012 – spec. §§ 125-175) in [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2012/07/1s20120718\\_1bvl001010en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2012/07/1s20120718_1bvl001010en.html).

<sup>16</sup> Si è sostenuto che «è bene, quando si studia una polemica, verificare se i contendenti stanno parlando dello stesso oggetto...»: BARONCELLI, (1985, 9).

<sup>17</sup> Un'efficace analisi diacronica delle modificazioni del concetto di povertà dall'età antica fino all'età contemporanea si v. in SASSIER, (1990).

<sup>18</sup> Sul punto, per approfondimenti: TARELLO, (1964, 5 ss.); LAMBERTINI, (2000).

<sup>19</sup> Esistono, infatti, poveri che possiedono terreni, ma non hanno i mezzi economici per sfruttarli e trarne un reddito.

gurare quale una condizione esistenziale di impotenza: come una «incapacitazione fondamentale» (SEN, 2000, 92), legata ad una pluralità di fattori e non semplicemente identificabile con uno stato di estrema indigenza causato dalla totale o semi-totale assenza di siffatto *dominium*.

La povertà pregiudica le persone ogniqualvolta esplica effetti degradanti, svilenti, ogniqualvolta le riduca alla stregua di oggetti. Povertà, quindi, come «situazione subita o volontaria, permanente o temporanea, di debolezza, di dipendenza e di umiliazione, contraddistinta dalla mancanza, diversa a seconda delle epoche e delle società, degli strumenti di potenza e di considerazione sociale: denaro, influenza, sapienza o qualificazione tecnica, onorabilità di nascita, vigore fisico, capacità intellettuale, libertà e dignità personali» (MOLLAT, 1974, 12). La povertà, così, non può definirsi unicamente in riferimento alla distribuzione del reddito, ma va estesa anche al «concetto sociale delle condizioni minimali di esistenza» (MARGALIT, 1998, 229)<sup>20</sup>. Tali condizioni minimali sono «collegate alla concezione sociale di ciò che è necessario per vivere la propria esistenza», riflettono «il concetto di umanità prevalente in ogni società» nonché «l'idea di una soglia per la cittadinanza economica nella società» (MARGALIT, 1998, 229)<sup>21</sup>.

La povertà ci mostra, pertanto, due aspetti complementari: da un lato l'insufficienza delle risorse economiche che preclude una vita dignitosa, per sé stessi e per la propria famiglia; dall'altro, la difficoltà di partecipare alla vita pubblica, che implica la difficoltà di assicurare alla comunità cui si appartiene il proprio contributo per la realizzazione del bene comune e del progresso della comunità<sup>22</sup>.

Povertà, quindi, non solo come carenza di beni materiali, ma anche come carenza di beni «umani e sociali», che implica una «mancanza di autonomia della persona e incapacità di esercitare il proprio *status* di cittadino» (SUSÍN BETRÁN, 2011, 243)<sup>23</sup>. In questo senso, sebbene la dottrina non sia concorde

<sup>20</sup> In relazione a ciò, SEN, (2000, 92) sostiene che la povertà non va considerata come pure e semplice «scarsità di reddito...» poichè «sull'incapacitazione – e quindi sulla povertà reale – agiscono altri fattori oltre al basso reddito».

<sup>21</sup> Si v. anche SUSÍN BETRÁN, (2011, 244) secondo cui la povertà «comprende una carencia de bienes materiales, humanos y sociales que determina la falta de autonomía de la persona y su incapacidad para el ejercicio de su condición de ciudadano». O ancora, REY PÉREZ, (2004, 252) secondo cui «[l]a pobreza ya no es... la simple falta de medios económicos, sino la falta de una serie de valores y posibilidades de los que las personas se ven privados una vez que empiezan el recorrido de la exclusión», p. 252.

<sup>22</sup> Azioni queste di rilievo costituzionale in molti contesti. Con riferimento alla Costituzione italiana si v. artt. 3 e 4.

<sup>23</sup> Si v., altresì, J.P. BECA-FREI, (2018).

nell'addivenire ad una definizione univoca di povertà (v. FAHMY, SUTTON, PEMBERTON 2015, 591 ss.; DOMINELLI 2020, 22) «la povertà appare come la negazione della dignità umana laddove questa può dirsi caratterizzata anche dal fatto di poter essere riconosciuti come cittadini» e, di conseguenza, la povertà esprime «la negazione della cittadinanza» (PETRELLA, 2010, 1 ss.; NEUHÄUSER, 2020, 369 ss.).

2.2.2. La dottrina individua diversi livelli di povertà distinguendoli in ragione della loro misurabilità e severità

Si distingue, così, fra *povertà assoluta* e *relativa*, laddove la prima corrisponde ad un'assoluta impossibilità di ottenere accesso ai beni e a servizi che sono essenziali per la propria sopravvivenza, mentre la seconda è collegata alla capacità di spesa per consumi, avendo quale termine di paragone gli standard della comunità di riferimento<sup>24</sup>. Considerazioni parzialmente diverse vanno svolte in relazione alla *quasi povertà*. Essa si riferisce a quegli individui o famiglie che hanno spese per i consumi che sono molto vicine alla soglia di povertà, sebbene leggermente superiori ad essa. La nozione di *quasi povertà*, così come quella di *povertà relativa*, dipendono strettamente dal contesto in cui una persona vive, cambia anche di molto da Stato a Stato, e finanche all'interno del medesimo ordinamento<sup>25</sup>.

Può essere considerata, altresì, la c.d. *povertà transitoria*, legata alla forte precarizzazione del mondo del lavoro e all'instabilità dei rapporti familiari. Essa impatta significativamente nel contesto europeo atteso che nell'arco di cinque anni circa un terzo della popolazione europea almeno una volta, e per periodi di tempo più o meno lunghi, cade al di sotto della soglia della povertà, secondo dinamiche più o meno gravose a seconda del regime di welfare in essere nei vari Stati (RANCI, PAVOLINI, 2015, 113 ss.; FOURAGE, LAYTE, 2005, 407 ss.).

Parte della dottrina si riferisce, inoltre, al concetto di *povertà esistenziale*, qualificata come «*emotionality of life*» che considera le esperienze di «*marginalized and disenfranchised groups*» secondo una narrativa che tenga conto del loro senso di disperazione e impotenza. Trascendendo il mero dato eco-

<sup>24</sup> Su questi temi, diffusamente: TOWNSEND, (1979); ID., (1987), ID., (1993); DALY, (2002); MENDOLA, (2002, 11 ss.); DESPOUY, (1996); DIERCKX, (2010); MORLICCHIO, (2012, spec. 99 ss.); RUOTOLO, (2012, spec. 205 ss.); HALVORSEN, HVIDEN, (2016); COCCOLI, (2017, spec. 73 ss.); DOMINELLI (2020, 20-22).

<sup>25</sup> Ad esempio, per quel che concerne l'Italia, l'Istat mostra livelli anche molto diversi di incidenza della povertà (relativa e assoluta) a seconda della regione considerata (Report statistiche pubblicate nel giugno 2020 e relative all'anno 2019, in [https://www.istat.it/it/files/2020/06/REPORT\\_POVERTA\\_2019.pdf](https://www.istat.it/it/files/2020/06/REPORT_POVERTA_2019.pdf)).



nomico, la *povertà esistenziale* valorizza il principio di dignità umana e viene identificata «*by incorporating an analysis of domestic and public relational spaces in shaping identity, belonging, connectedness, relationships, diversity, emotionality, governance structures, certainty in an uncertain world, environmental justice and global interdependency*» (DOMINELLI, 2020, 27).

Per concepire, e valutare, le possibili politiche per contrastare la povertà, si deve muovere dalla consapevolezza che oggi la povertà non è un problema di carattere individuale, ma è diventato un problema politico e una questione di inclusione sociale attiva. Le società contemporanee si trovano ad affrontare nuove sfide a causa della significativa esclusione e squalifica di molte persone, sia cittadini, sia migranti, cui viene negato il godimento dei diritti fondamentali e un posto adeguato nella società (vedi, *infra*, par. 2.3.)<sup>26</sup>. Pertanto, oggi qualsiasi analisi e dibattito sulla povertà deve tener conto delle questioni relative all'esclusione sociale e non può limitarsi a contemplare definizioni di povertà ancorate al mero dato economico (DOMINELLI, 2020, 26; ID., 2012).

In un'epoca di globalizzazione, data la profonda crisi dei tradizionali modelli economici e politici, possiamo tracciare un legame diretto (e in costante evoluzione) tra la disparità di distribuzione delle risorse (economica, culturale, sociale ...), che compromette le relazioni povere e problematiche, e la dimensione pubblica o coinvolgente gruppi o attori sociali (BONELLI 2012, 59 ss.; PIKETTY, 2020, 561 ss.). La povertà conduce spesso alla stigmatizzazione sociale, all'emarginazione, esprimendo ciò che è stato definito «il nuovo volto dell'apartheid» (DESPOUY, 1996, 37). In questo contesto, emerge drammaticamente la connessione fra povertà, «incapacitazione fondamentale» (SEN, 2000, 92) ed esclusione sociale.

Al di là dell'(in)disponibilità economica e dei dati relativi al consumo, il concetto di esclusione sociale coinvolge coloro che sono in stato di abbandono o che sono senz'atetto<sup>27</sup>, così come coloro che patiscono «*social deprivation*» e «*incomplete participation*» alle principali istituzioni sociali perché non hanno più accesso a, o sono privi degli, strumenti fondamentali (soprattutto culturali) che consentono l'inclusione in uno specifico contesto sociale<sup>28</sup>.

La marginalizzazione e la povertà sono fenomeni profondamente correlati

<sup>26</sup> Per una panoramica in prospettiva diacronica della dottrina economico-politica sul punto si v., ex multis: SANTORO, (2012, 21 ss.); BONELLI, (2012, 59 ss.).

<sup>27</sup> Sulla situazione dei senz'atetto e degli indigenti di recente: KOLOCEK, (2017) o EVANGELISTA, (2020, 313 ss.)

<sup>28</sup> Ex multis, AAVV. (2001, spec. pp. 14 ss.); RUOTOLO, (2012, spec. 210 ss.); BILCHITZ, (2007); ROMAN, (2012, 83 ss.).

con la violazione del principio di uguaglianza: «le persone che soffrono di povertà o esclusione sociale hanno maggiori probabilità di essere vittime di discriminazione e le persone che, in un modo o nell'altro, subiscono discriminazione hanno maggiori probabilità di essere socialmente escluse» (ROMAN, 2012, 90, ma anche FRESNO, 2005, 62, in relazione ai migranti, SEDMAK, 2020, 229 ss.).

L'esclusione sociale enfatizza l'essenza e la qualità della relazione tra gli individui e la società, esprimendo la loro impossibilità di godere di un'esistenza degna, di godere della vita dignitosa cui danno valore.

Le disposizioni in materia di sicurezza sociale e le politiche sul reddito minimo potrebbero impedire alle persone di cadere nella povertà assoluta o relativa, ma non sono in grado di affrontare il problema dell'indebolimento dei legami sociali associati alla frammentazione identitaria, economica e culturale della società. E sfortunatamente, la tendenziale discrepanza tra i dati ufficiali sulla povertà e le condizioni reali degli Stati è ben nota.

È comune pensare alle persone che vivono in povertà solo in termini di mancanza di disponibilità di risorse economiche, trascurando gli innumerevoli altri tipi di privazione che condizionano negativamente il loro stato precario e ne impediscono il superamento.

Come anticipato, la povertà deve anche essere concepita come connessa all'effettivo accesso a diritti quali il diritto ad un cibo adeguato, il diritto alla salute, ad un alloggio, al lavoro, ad una famiglia, all'istruzione, alla partecipazione alla vita pubblica e all'accesso a risorse tecnologiche adeguate, che sono i primi a essere messi in discussione, quando non apertamente negati<sup>29</sup>.

Alla luce di quanto precede, la povertà deve essere misurata secondo un caleidoscopio di indicatori, che non tengono conto solo degli elementi di deprivazione materiale o delle caratteristiche dell'attività lavorativa eventualmente svolta (ovvero precarietà, irregolarità e sotto-remunerazione del lavoro)<sup>30</sup>. Vanno contemplate tutte quelle condizioni di fragilità ed esclusione sociale che non trovano espressione nelle statistiche della povertà relativa. Povertà ed esclusione sociale, concepite in questo modo, pongono «problemi di

<sup>29</sup> L'attuale emergenza epidemiologica da Covid-19 e il conseguente lockdown hanno mostrato in tutta la loro drammaticità il divario fra poveri e non poveri: i primi, costretti a far fronte alla perdita o alla significativa riduzione del reddito e alla difficoltà di poter accedere ad un cibo o alloggio adeguati o di garantire ai propri figli una istruzione adeguata in ragione della impossibilità di disporre di strumenti tecnologici per l'e-learning e finanche di connessioni internet adeguate; i secondi molto meno danneggiati e, in taluni casi, addirittura arricchitesi.

<sup>30</sup> Secondo l'Eurostat quasi il 10% dei lavoratori è a rischio povertà o povero e tale dato appare in peggioramento a causa della crisi economica conseguente alla pandemia da Covid-19 <https://www.eurofound.europa.eu/it/topic/working-poor>.

giustizia» e coinvolgono direttamente lo Stato e le istituzioni pubbliche (compresa l'UE) come attori che hanno «il compito, il dovere e il potere di garantire i diritti, di realizzare la giustizia» (BENVEGNÙ-PASINI, BEZZE, VECCHIATO, 2011, 16; ma si v. anche: SWEIGER, 2020, 383 ss.)<sup>31</sup>.

In Europa oltre il 21,1% della popolazione dell'UE è a rischio di povertà ed esclusione sociale<sup>32</sup>. Questa percentuale, sebbene sia diminuita sensibilmente dal 2008<sup>33</sup>, è ancora enorme: oltre una persona su cinque nell'UE ha vissuto almeno una delle tre seguenti forme di povertà: povertà monetaria, grave deprivazione materiale o vive in una famiglia con un'intensità lavorativa molto bassa (vedi, *infra*, § 3).

Questa è una questione di giustizia, questa è una questione di dignità (LEHER, 2018, 39<sup>34</sup>; NEUHÄUSER, 2020, 363 ss.; SCHWEIGER, 2020, 383 ss.).

### 2.3. Esistenza dignitosa e sistemi di welfare

I poveri, coloro i quali vivono ai margini della società e sono socialmente esclusi sono fra le “vittime” di violazioni di diritti umani basilari, *in primis* il diritto ad un'esistenza dignitosa. La povertà economica, specie se aggravata dalla povertà culturale e dall'assenza di educazione conduce all'*incapacitazione fondamentale*, all'incapacità di rivendicare i propri diritti essenziali (POGGE, 2010, BECA FREI, 2018, 112)<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> In relazione al concetto di giustizia e alle sue implicazioni, si v. diffusamente: NUSBAUM, (2013); WALDRON, (2010). Per una prospettiva più generale anche DWORKIN, (2011); RAWLS, (2017); Per considerazioni inerenti giustizia e povertà: SCHWEIGER, (2020, 383 ss.).

<sup>32</sup> Dati Eurostat aggiornati al 2019 (pubblicati a ottobre 2020 - <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/edn-20201016-2>). Presumibilmente, tuttavia, tali dati sono destinati a peggiorare in ragione delle conseguenze economiche dell'emergenza epidemiologica da Codiv-19. A tal proposito, con riferimento all'Italia, le stime dell'Istat relative al 2020 indicano in rilevante crescita sia i valori di incidenza della povertà assoluta sia degli individui, sia delle famiglie (<https://www.istat.it/it/archivio/254440>).

<sup>33</sup> Dal 2008 si è registrato un significativo decremento delle persone povere o a rischio povertà, ma si è ancora lontani dagli obiettivi di cui alla Strategia Europa 2020. [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Europe\\_2020\\_indicators\\_-\\_poverty\\_and\\_social\\_exclusion](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Europe_2020_indicators_-_poverty_and_social_exclusion).

Si v. di recente, Eurostat: At-risk-of-poverty rate by poverty threshold, age and sex - EU-SILC and ECHP surveys [ilc\_li02] - Last update: 02-06-2021 ([http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=ilc\\_li02](http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=ilc_li02)).

<sup>34</sup> L'autore si rifà al pensiero di Mc Crudden e A. Barak definendo la dignità umana quale «realizzazione di giustizia».

<sup>35</sup> Ad esempio, la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha precisato come «el derecho

Ai fini del presente lavoro pare importante sottolineare che la dignità umana, e in particolare il concetto di vita dignitosa, è essenziale per valutare i sistemi e le politiche di welfare adottate a livello europeo, nazionale e locale, per combattere la povertà e l'esclusione sociale. In altre parole, l'azione dei pubblici poteri può, e deve, essere valutata anche in relazione alla misura in cui la dignità dei più poveri, di coloro i quali sono socialmente esclusi, dei vulnerabili, sia efficacemente tutelata. Inoltre, il concetto stesso di dignità, gli elementi assunti a parametro nel qualificare "dignitosa" l'esistenza, possono essere utilizzati quale cornice tassonomica per i sistemi di *welfare*<sup>36</sup>. Sistemi che, quantomeno tradizionalmente, erano classificati alla luce di alcuni limitati parametri. Come osservato, infatti, negli anni la dottrina ha cercato di superare i tradizionali schemi tassonomici, valutando "la bontà" dei sistemi di welfare non solo alla luce di fattori specifici, quali la razza, il genere, l'appartenenza a minoranze etniche o il trovarsi in condizioni di vulnerabilità (es. minori) (KWAN CHAN, BOWPITT, 2005, 11)<sup>37</sup>. Sono, quindi, divenuti oggetto di indagine anche le condizioni psicologiche e sociali dei soggetti coinvolti, il livello delle relazioni interpersonali, il maggior o minor tasso di esclusione sociale o di partecipazione alla vita sociale e pubblica: tutti elementi considerati in connessione con la dignità umana e la pienezza di un'esistenza realmente dignitosa. Ne

fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él» (caso Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala", 19 novembre 1999, § 144, in [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf); ma anche Comunidad Yakye Axa c. Paraguay", 17 giugno del 2005, in [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)). Per una panoramica della giurisprudenza europea sul punto si v. infra il § 3. Si v., altresì, AAVV. (2013).

<sup>36</sup> In questa sede non è possibile affrontare nel dettaglio i profili teorici riguardanti il welfare state o lo stato sociale. Basti qui ricordare che per ELIA (1987, pp. 107 ss.) la nozione di "stato sociale" «non è univoca e risente delle differenti condizioni storiche», potendosi risalire sino a «Sieyes, quando – nel periodo iniziale della Rivoluzione francese – affermava che scopo della unione sociale è il bene comune e che i benefici della vita associata non consistono solo nella protezione delle libertà individuali, ma anche nell'acquisizione di altri vantaggi, inclusi quelli materiali». Peraltro, nel contesto nazionale «la nozione stessa di stato sociale fu contestata» già da GIANNINI, (1977, pp. 205 ss.). Elia, nel delineare le possibili definizioni di "stato sociale" pone in comparazione il sistema inglese, italiano, tedesco, francese, evidenziando come pur in presenza di diversi assetti costituzionali «la concezione alla base dei documenti costituzionali considerati» sia «comune» (pp. 107, 108).

<sup>37</sup> Si v. anche RANCI, PAVOLINI, (2015, spec. 113 ss.); CARROZZA, (2010, 207 ss.); PIERSON, CASTLE (a cura di), (2013); CASTLES ET AL., (2010).

conseguenze che «la dignità dei beneficiari del welfare» è «valutata dal punto di vista economico, sociale e psicologico, mentre le prestazioni di un sistema di welfare saranno valutate in ragione dell'impatto che hanno sugli elementi chiave della dignità umana» (KWAN CHAN, BOWPITT, 2005, 10).

Come è noto, lo sviluppo del *welfare state* è stato guidato dall'obiettivo di eradicare o ridurre disuguaglianze e povertà (SAUNDERS, 2010, 527 ss.), o almeno alcune delle loro caratteristiche umilianti: e povertà ed esclusione sociale sono umilianti: «corrodono la dignità umana» attraverso «esposizione, mancanza di riparo ... vulnerabilità e impotenza; abbandono al fallimento», in una parola, conducono all'«*humiliation*» (MARGALIT, 1998, 227; si v. altresì: SAUNDERS, 2010, 527 ss.).

Sono stati proposti diversi modelli di *welfare* e le principali critiche cui sono stati esposti dipendono dal fatto che le misure adottate dagli Stati sono spesso suscettibili di compromettere l'autonomia dei bisognosi: troppe volte non incoraggiati a superare la propria condizione di difficoltà e bisogno e trasformati in soggetti dipendenti passivamente dall'assistenza pubblica (MARGALIT, 1998, 237).

La sfida dei moderni *welfare state* è quella di affrontare la povertà e l'esclusione sociale nel quadro di un vero e proprio *social state of law*, nel quadro di quei valori fondamentali di uguaglianza, solidarietà e dignità che rappresentano i pilastri della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* e delle Costituzioni degli Stati membri dell'UE. Gli individui, siano essi cittadini o migranti, potranno esercitare liberamente le loro libertà e diritti o partecipare attivamente e pienamente alla società solo in un contesto ordinamentale fondato sulla reale uguaglianza nella distribuzione delle risorse, *in primis* economiche, e sull'uguaglianza di opportunità<sup>38</sup>.

#### **2.4. Povertà ed esclusione sociale come ostacoli ad una cittadinanza attiva: spunti di riflessione**

Come anticipato in premesse, i concetti di povertà, eguaglianza e diritti umani sono interconnessi e la povertà va considerata una «violazione dei diritti umani» (FAUR, 2008, 165)<sup>39</sup> nella misura in cui essa, soprattutto se

<sup>38</sup> Come recentemente sostenuto, è necessario riconfigurare l'human right theory poiché è lampante come i diritti umani, i diritti degli «ultimi», siano stati di fatto «unambitious in theory and ineffectual in practice in the face of market fundamentalism's success»: MOYN, (2018, 216).

<sup>39</sup> Su punto in modo molto chiaro anche la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay, 2001, in <http://www.cidh.org/countryrep/paraguay01sp/indice.htm>.

estrema, influenza negativamente lo sviluppo umano e la «pienezza dei diritti umani» (DULITZKY, 2008, 107). In questo contesto è importante cogliere i due aspetti complementari della povertà: da un lato l'insufficienza delle risorse economiche, che ostacola il godimento di una esistenza dignitosa, e dall'altro la correlativa difficoltà di partecipare attivamente alla vita pubblica, contribuendo al bene comune della comunità di appartenenza (BENVEGNÙ - PASINI, BEZZE, VECCHIATO, 2011, 15; DOMINELLI, 2020, 17 ss.).

Sebbene la povertà sembri essere collegata maggiormente ai diritti sociali, economici, e finanche culturali, anche il godimento dei diritti civili e politici dipende dalla possibilità di godimento dei primi.

Il forte legame fra inclusione sociale ed eliminazione della povertà va concepito in chiave finalistica, come espressione di un'efficace cittadinanza attiva e contributo al circuito democratico (MARSHALL, 1992, 3 ss.; HUSTER, 2018, 419; DOMINELLI, 2014, 13 ss.; STEPHENS, 2010, 511 ss.; IPPOLITO, 2010, 71 ss.). Uno Stato democratico si realizza anche attorno all'idea di inclusione e attuazione di un'effettiva partecipazione dei cittadini alla vita politica, sociale, economica e culturale (PÉREZ MIRAS, 2018, 1 ss.).

Le molteplici definizioni di povertà hanno tutte in comune l'evidenza di una mancanza, di un *deficit*- per accedere a standard di vita dignitosi: esprimono tutte la negazione della dignità umana, la quale include anche il poter «essere riconosciuti come cittadini». Ne consegue che uno stato di indigenza o povertà possono essere considerati una vera e propria «negazione della cittadinanza» (PETRELLA, 2010, 1 ss.).

La povertà va, quindi, necessariamente intesa in senso ampio<sup>40</sup> e il suo superamento è il «prerequisito per l'effettivo esercizio dei diritti di una cittadinanza democratica» (BENHABIB, 2006, 88). Infatti, si può raggiungere «un'eguale condizione di libertà solo a patto di accedere (e godere di) un insieme di diritti e facoltà giuridiche che sono fondamentali per condurre vite degne ed autonome ...» e «nelle società democratiche, la titolarità e il godimento di questi diritti e facoltà costituiscono aspetti cruciali del significato della cittadinanza». Diventa quindi essenziale riuscire ad individuare quale sia «l'equilibrato margine di divergenza democratica accettabile nell'interpretazione e nell'implementazione dei diritti socio economici» (BENHABIB, 2006, 89), quale sia il punto di bilanciamento accettabile.

Come osservato, essere cittadini significa «essere liberi di fare le proprie

<sup>40</sup> come inclusiva della «mancanza di beni materiali, umani e sociali che determina la mancanza di autonomia della persona e la sua incapacità di esercitare la sua condizione di cittadino». SUSÍN BETRÁN, (2011, 244); PÉREZ MIRAS, (2018, 1 ss.).

scelte: non tanto essere «liberi di fare ciò che piace ma, soprattutto, essere liberi di esercitare i propri diritti e responsabilità» (ROMAN, 2012, 98), avere il controllo la propria esistenza e del proprio futuro. Le situazioni di povertà, la mancanza di un reddito dignitoso, rendono necessaria una dolorosa scelta fra bisogni fondamentali, che mostrano una urgente e drammatica priorità (cibo sano, alloggio, spese scolastiche, spese sanitarie, ecc.), e diritti fondamentali di partecipazione, percepiti come meno “prioritari”.

Per i poveri e i socialmente esclusi le possibilità di scelta sono considerevolmente ridotte rispetto a chi non patisce tali condizioni: residua spazio solo per scelte forzate. La povertà non è quindi solo «un fattore costitutivo della violazione dei diritti sociali», ma compromette la «cittadinanza sociale» (DALY, 2002, 17).

La crisi economica che ha colpito, e continua a colpire, l'Europa (peggiorata dalla drammatica crisi sanitaria di questi mesi), unitamente ai flussi migratori incrementatesi negli ultimi anni, che hanno determinato l'ingresso di molte persone lasciate poi ai margini della società, nonché «la diffusione delle norme cosmopolite e le trasformazioni della sovranità» (BENHABIB, 2011, 96), ci costringono a indagare su nuovi paradigmi teorici di cittadinanza e godimento dei diritti sociali nel «*confuse horizon*» europeo (BENHABIB, 2006, 122; ma anche IPPOLITO, 2010, 17 ss.; KYMLICKA, NORMAN, 2000).

### **3. Esistenza dignitosa e contrasto alla povertà: la dimensione sovranazionale**

#### **3.1. Esistenza dignitosa nel diritto internazionale**

La narrativa del 20° secolo sui diritti umani ha mostrato il superamento della tradizionale bipartizione tra libertà negative e libertà positive, evidenziando i bisogni sociali e psicologici delle persone e l'indivisibilità e l'interdipendenza dei diritti umani. In questo contesto, appare cruciale il ruolo della dignità umana, da concepire come fattore unificante in un quadro in cui «i diritti civili e politici proteggono l'autonomia dell'individuo dall'azione arbitraria delle autorità» mentre «i diritti economici, sociali e culturali proteggono siffatta autonomia dall'insicurezza sociale» (ROMAN, 2012, 84; ma anche MEYER-BISH, 2004, 48).

Come è noto, il diritto internazionale mostra sensibilità, sia per il valo-

re/principio di dignità umana assiologicamente inteso<sup>41</sup>, sia per alcune sue declinazioni concrete, quali il diritto ad un'esistenza dignitosa o il diritto ad un'abitazione dignitosa<sup>42</sup>. Oltre alla Dichiarazione Universale, numerose convenzioni o trattati internazionali di rilevanza regionale ripropongono la medesima protezione, sebbene non sempre in base a coordinate esplicite<sup>43</sup>.

La definizione di precarietà (assenza di *basic security*) promossa dalle Nazioni Unite è particolarmente significativa: «[la] mancanza di *basic security* connota l'assenza di uno o più fattori che consentono agli individui e alle famiglie di assumersi le responsabilità di base e di godere dei diritti fondamentali. La situazione può diventare diffusa e provocare conseguenze più gravi e permanenti. La mancanza di sicurezza di base porta alla povertà cronica quando colpisce contemporaneamente diversi aspetti della vita delle persone, quando è prolungata e quando compromette gravemente le possibilità delle persone di riconquistare i propri diritti e di riassumere le proprie responsabilità nel prossimo futuro» (così riportato in DESPOUY, 1996, 63)<sup>44</sup>.

La sottolineata connessione tra povertà e violazione dei diritti umani comporta che, sia il campo d'azione delle autorità istituzionali, sia la responsabilità dell'intera società, vadano individuate non più, o comunque non solamente, nell'ambito di una sfera etica ed economica, quanto, piuttosto, nella dimensione giuridica, implicando l'adozione di misure normative concrete per contrastare la povertà.

<sup>41</sup> Emblematica, a tal proposito, è la formulazione della Dichiarazione Universale dei diritti umani: «[t]utti gli esseri umani nascono liberi ed uguali in dignità e diritti», Art. 1.

<sup>42</sup> Es. art. 25 della Dichiarazione Universale.

<sup>43</sup> Con riferimento allo *ius existantiae* in rapporto alle situazioni di povertà, molti strumenti internazionali proibiscono ogni forma di discriminazione basata sulle "condizioni economiche/status" o sulle "condizioni sociali". Si possono citare, a mero titolo esemplificativo, l'Art. 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'Art. 2, co. 2, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, l'art. 1 della Convenzione Americana sui diritti umani; l'art. 1, co. 1, della Convenzione ILO sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni; la *Convenzione Unesco contro la discriminazione nell'istruzione*; l'art. 14 della *CEDU*, l'art. 1 del *Protocollo 12 alla CEDU*, l'art. 30 della *Carta sociale europea*. Quest'ultima disposizione, in particolare, statuisce il diritto ad essere protetti da povertà e esclusione sociale.

Inoltre, il Comitato chiamato a verificare l'applicazione della *Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne*, con la *General recommendation n. 19* del 1992 ha sottolineato il ruolo della povertà e della disoccupazione nell'incrementare il fenomeno dello sfruttamento sessuale, del traffico di esseri umani, e della violenza sulle donne, oltre che dell'emarginazione ed esclusione sociale (pt. 13-15).

<sup>44</sup> Ma si veda anche: UN Human rights council - Report of the independent expert on the question of human rights and extreme poverty, 2010, A/65/259.



Ciò è ben noto a livello internazionale, ove si sottolinea che «le politiche anti-povertà hanno maggiori probabilità di essere efficaci, sostenibili, inclusive, eque e significative per coloro che vivono in condizioni di povertà, se basate sui diritti umani internazionali. Affinché ciò avvenga, i diritti umani devono essere presi in considerazione in tutti i possibili canali decisionali»<sup>45</sup>. Pertanto, appare chiaro che la lotta alla povertà non è solo una questione sociale, economica e politica, ma è prima di tutto una questione giuridica. Una questione relativa ai diritti umani in ragione della loro indivisibilità e interdipendenza.

### **3.2. Lotta alla povertà e all'esclusione sociale nel contesto del Consiglio d'Europa**

Considerando il contesto del Consiglio d'Europa, la dignità umana esprime un ruolo assolutamente significativo, sebbene non se ne faccia alcuna espressa menzione nel testo CEDU (*ex multis*, DRIGO, 2013, 171 ss.). E la stessa CEDU sembra permeabile anche alla dimensione sociale, che viene ad intersecare la sfera protetta dalla Convenzione grazie alla giurisprudenza evolutiva della Corte Europea secondo la quale «[e]liminare quelle che sono giudicate essere ingiustizie sociali è un esempio delle funzioni di un ordinamento democratico»<sup>46</sup>, nonostante la Corte EDU abbia in più occasioni sottolineato come la CEDU non contempli il «diritto a non essere poveri»<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: statement adopted on 4 May 2001, E/C.12/2001/10, § 13, in <https://digitallibrary.un.org/record/452397>

<sup>46</sup> Corte EDU James et al. c. Regno Unito, 21 febbraio 1986, § 47; Berger-Krall et al. c. Slovenia, 26 giugno 2014.

<sup>47</sup> Si è precisato, infatti che «beyond the inevitable impact on traditional economic and social rights and notwithstanding the fact that the Convention does not enshrine any “right not to be poor”, severe economic crisis risks engendering situations of extreme poverty which may in themselves give rise to breaches of the political and civil rights set out in the Convention, notably those relating to human dignity and physical integrity, as well as respect for the home and private and family life. At the same time poverty may limit the ability of those affected to avail themselves of other Convention rights. Moreover, economic crisis exposes vulnerable people and minorities to special hardship. However, it is not only those falling within a narrow definition of extreme poverty who are affected as States take measures to combat problems of recession and debt», in *Implementing the European Convention on Human Rights in times of economic crisis*, Seminar Background Paper, 25 gennaio 2013, p. 1, in [https://www.echr.coe.int/documents/seminar\\_background\\_paper\\_2013\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/seminar_background_paper_2013_eng.pdf). Si v. anche CEDS, *Geno-Dei e Adedy c. Grecia*, decisione nel merito 23 maggio 2012.

Sul versante della *Carta sociale europea*, si stabilisce che ogni persona ha il diritto «alla protezione dalla povertà e dall'emarginazione sociale» (art. 30) e vengono protetti numerosi diritti sociali inscindibilmente connessi con la dignità umana e il diritto ad un'esistenza dignitosa (come il diritto all'abitazione).

Nell'interpretare la *Carta sociale europea* il Comitato europeo dei diritti sociali ha affermato come questa sia «uno strumento per i diritti umani a integrazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ... uno strumento vivente dedicato a determinati valori che l'hanno ispirata: dignità, autonomia, uguaglianza e solidarietà». In tale contesto, «la dignità umana è il valore fondamentale e il nucleo fondativo del diritto europeo positivo in materia di diritti umani»<sup>48</sup> e vivere in una situazione di povertà ed esclusione sociale viola apertamente la dignità umana<sup>49</sup>. Così, di recente, si è evidenziata l'incompatibilità con i principi di «giustizia sociale» di remunerazioni «inadeguate», che creano «*poverty traps*» vulneranti non solo la sfera degli individui, ma anche delle loro famiglie e dell'intera comunità, rappresentando «un ostacolo ad una piena partecipazione alla vita della società» e integrando un «*marker* per l'esclusione sociale»<sup>50</sup>.

Il campo di protezione offerto dalla *Carta sociale europea* può essere esteso anche ai migranti in situazione irregolare, quantomeno allorché viene in rilievo un grave *vulnus* ai loro diritti umani fondamentali, quali, ad esempio, il loro «diritto alla vita o all'integrità fisica o alla dignità umana»<sup>51</sup> o ancora, quando viene in rilievo il diritto alla salute e all'assistenza medica<sup>52</sup>, il diritto

<sup>48</sup> CEDS, International Federation of Human Rights League (FIDH) c. Francia, decisione nel merito 8 settembre 2004, §§ 27, 31.

<sup>49</sup> CEDS European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) c. Paesi Bassi, decisione nel merito 10 novembre 2014, § 219; International Movement ATD Fourth World c. Francia, decisione nel merito 5 dicembre 2007, § 163: «[t]he Committee considers that the fact of living in a situation of poverty and social exclusion violates the dignity of human beings (Conclusions 2003, Statement of Interpretation on Article 30, all countries). Poverty means deprivation due to a lack of resources (Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 30, all countries)».

<sup>50</sup> CEDS, University Women of Europe (UWE) c. Belgio, decisione nel merito del 6 dicembre 2019, pubblica nel giugno 2020, § 105.

<sup>51</sup> CEDS, Defence for Children International (DCI) c. Belgio, decisione nel merito 22 ottobre 2012, § 28; ma anche International Movement ATD Fourth World c. Francia, cit., §§ 57, 163.

<sup>52</sup> CEDS, International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) c. Francia, decisione nel merito dell'8 settembre 2004, §32; DCI c. Belgio, cit., §102 e 122.

a ricevere prestazioni di natura socio-assistenziale<sup>53</sup> o ad avere la disponibilità di un alloggio adeguato<sup>54</sup>.

La tutela offerta si fa tanto più forte quanto più sono vulnerabili coloro i quali si trovano a vivere in situazioni di grave povertà ed indigenza. Nel caso dei minori, l'esistenza di una situazione di «estrema impotenza» ed indigenza è considerata apertamente «contraria al rispetto della dignità umana». Il Comitato, richiamando anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>55</sup>, ribadisce, a tal proposito, come gli Stati siano obbligati a fornire l'assistenza di base ed un alloggio a chiunque sia soggetto alla loro giurisdizione: il rispetto dei diritti fondamentali e la protezione della dignità umana richiedono di garantire standard di vita dignitosi<sup>56</sup>.

Anche di recente il Comitato ha ricordato come il Consiglio d'Europa ritenga che povertà, diseguaglianze ed esclusione sociale siano ostacoli rilevanti all'effettivo godimento dei diritti dei fanciulli e nel quadro della *Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2016-2021)*<sup>57</sup> «[l]a povertà infantile e l'esclusione sociale possono essere affrontate nel modo più efficace attraverso sistemi di protezione dell'infanzia che integrino attentamente misure preventive, sostegno familiare, educazione e cura della prima infanzia, servizi sociali, politiche educative e abitative. Gli Stati membri saranno pertanto incoraggiati a seguire e attuare le Raccomandazioni del Comitato dei ministri sui servizi sociali a misura di bambino, sull'assistenza sanitaria a misura di bambino, sull'accesso ai diritti sociali dei giovani dei quartieri svantaggiati e la Raccomandazione del Congresso dei Autorità regionali per il reinserimento sociale dei minori che vivono e/o lavorano in strada. Possono anche prendere in considerazione la Raccomandazione della Commissione Europea

<sup>53</sup> CEDS DCI c. Belgio, cit., §§ 85-86.

<sup>54</sup> CEDS European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) c. Paesi Bassi, cit., § 59; Defence for Children International (DCI) c. Paesi Bassi, decisione nel merito del 20 ottobre 2009, §§47-48, 66; DCI c. Belgio, cit., §136.

Va precisato, comunque, che pur essendo censurate le espropriazioni forzate, non si giunge, in parallelo, a configurare il dovere degli Stati di provvedere ad alloggi alternativi di carattere permanente.

<sup>55</sup> Corte di Giustizia, sentt. Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Saciri et al. C-79/13, 27 febbraio 2014, § 3; Cimade e GISTI c. Ministre de l'Intérieur, de l'Outremer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration, C-179/11, sentenza 27 settembre 2012, § 56.

<sup>56</sup> CEDS European Federation of National Organizations working with the Homeless (FEANTSA) c. Paesi Bassi, cit., § 184.

<sup>57</sup> Testo in <https://edoc.coe.int/en/children-s-rights/7207-council-of-europe-strategy-for-the-rights-of-the-child-2016-2021.html>

“*Investire nei bambini: rompere il ciclo dello svantaggio*” e il suo lavoro sui meccanismi integrati di protezione dell’infanzia»<sup>58</sup>.

Pare opportuno ricordare, comunque, che il Comitato non opera come una corte sovranazionale, le sue decisioni non sono assimilabili, in termini di impatto, a quelle della Corte EDU anche se, almeno per quel che concerne il nostro Paese, possono integrare il parametro nei giudizi di costituzionalità in virtù del disposto di cui all’art. 117, co. 1, Cost.<sup>59</sup>.

### 3.3. *Segue: ...e nella giurisprudenza della Corte EDU*

Spostando l’analisi sul versante della giurisprudenza della Corte EDU, si rileva la consapevolezza dei giudici di Strasburgo in relazione alla connessione fra dignità umana e lotta alla povertà: lotta «diventata una questione fondamentale di sviluppo»<sup>60</sup>, sebbene la Corte EDU precisi come «la Convenzione non garantisce, in quanto tale, i diritti socio-economici, compreso il diritto a un’abitazione gratuita, il diritto al lavoro, il diritto all’assistenza medica gratuita o il diritto di richiedere assistenza finanziaria da parte di uno Stato per mantenere un certo livello di vita»<sup>61</sup>. Tuttavia, i giudici di Strasburgo procedono ad apprestare tutela indiretta ad alcuni aspetti connessi a diritti socio-economici e, quindi, a contrastare le conseguenze della povertà, specie se raggiungono una certa soglia di gravità e giungono ad integrare una violazione della dignità umana.

Concretamente, la Corte EDU cerca di tradurre il nucleo essenziale di diritti socio-economici connessi al godimento di una vita dignitosa (che consenta accesso a cibo adeguato, acqua pulita, abitazione dignitosa, servizi sanitari di base, etc...) e all’assistenza sociale integrandoli nella sfera dei diritti civili e politici espressamente previsti. In questa cornice si riesce ad apprestare in via pretoria tutela, ancorché spesso limitata, nei confronti delle situazioni di estrema povertà.

<sup>58</sup> CEDS Central Union for Child Welfare (CUCW) c. Finlandia, decisione nel merito 11 settembre 2009, pubblicata il 4 febbraio 2020, § 24.

<sup>59</sup> Es. Corte cost., sentt. nn. 120/2018 e 194/2018 o si v. le considerazioni di Corte cost. sentt. n. 254/2020. Sul punto, ex multis, di recente anche MOLA, (2019, 1 ss.).

<sup>60</sup> Corte EDU, Garib c. Paesi Bassi, 6 novembre 2017, §§ 25, 26. Ed in effetti, «[l]o sviluppo economico e l’aumento della ricchezza hanno paradossalmente portato l’attenzione sui più svantaggiati, che sono stati esclusi da questo fenomeno. La notevole discrepanza nel tenore di vita, a volte all’interno di una medesima società, ha sostenuto l’emergere di una forte consapevolezza a livello internazionale».

<sup>61</sup> Corte EDU, Pančenko c. Lettonia, 28 ottobre 1999.

I giudici di Strasburgo dimostrano che garantire la libertà dalla povertà e garantire l'accesso alle componenti fondamentali di un tenore di vita dignitoso sono essenziali per la realizzazione dei diritti politici e civili, senza provvedere, però a fornire chiari strumenti ermeneutici utili a definire le questioni inerenti alla possibilità, alle condizioni, alla portata, alle modalità di diretto *enforcement* dei diritti socio economici nell'alveo della giurisdizione della Corte.

Inoltre, se da un lato concepire la CEDU quale "*living instrument*" ha il merito di valorizzare l'interdipendenza e indivisibilità dei diritti umani fondamentali (civili, politici e sociali), sotto diverso profilo è oggetto di critiche, sia perché i giudici sono talvolta accusati di operare una vera e propria «*judicial legislation*» (HARRIS ET AL, 2009, 9), sia perché si osserva la forte resistenza degli Stati che possono lamentare una lesione della loro sfera di sovranità in materia di gestione delle politiche socio-economiche e contestare l'individuazione di obblighi positivi non negoziati in sede di stipula della Convenzione.

Va comunque ricordato come, ai sensi dell'art. 53 della CEDU le disposizioni convenzionali non possono essere interpretate nel senso di «limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi» nazionali degli Stati membri o «in base a ogni altro accordo» internazionale di cui siano parti e, come è noto, quasi tutti gli Stati aderenti alla CEDU hanno ratificato importanti strumenti normativi di diritto internazionale concernenti diritti socio-economici. In considerazione di ciò, gli Stati aderenti alla CEDU (o comunque la maggior parte di essi), si è vincolata al riconoscimento e al rispetto dei diritti sociali fondamentali, integrandoli nei rispettivi ordinamenti, di talché la Corte europea non violerebbe la sovranità nazionale intervenendo in materia al fine di garantire la libertà dalla povertà e un livello adeguato di esistenza.

Infine, non si può non concordare con quella dottrina che considera molto (forse troppo) cauto l'atteggiamento dei giudici di Strasburgo in relazione alla tutela contro forme di povertà più o meno severe (LAVRYSEN, 2015, 325; PALMER, 2009, 399; PRIBYTKOVA, 2020, 335 ss.) ancorando la condanna degli Stati per non aver assicurato il diritto ad un'esistenza dignitosa solo nel caso in cui sia riscontrata la violazione di un diritto civile o politico riconosciuto, e non procedendo a fornire una chiara o coerente indicazione in merito alla dimensione sociale della CEDU.

Al di là di tali profili problematici e ancora in parte irrisolti, dalla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo si possono derivare alcune considerazioni fondamentali.

La Corte EDU appresta tutela contro gli effetti della povertà in termini di violazione di diritti umani fondamentali ricorrendo sia a disposizioni di carattere sostanziale, sia a disposizioni di carattere procedurale, sia alle norme antidiscriminazione della CEDU.

La dimensione socio-economica connessa alla lotta contro la povertà e alla necessità di apprestare standard di vita dignitosi e adeguati si può valorizzare ricorrendo a norme di carattere procedurale quali gli artt. 6 o 13, mentre in relazione ai profili antidiscriminatori vanno menzionati gli artt. 14 e 1 del protocollo n. 12<sup>62</sup>. In relazione ai diritti di carattere sostanziale, le disposizioni che tramite l'individuazione di precisi obblighi positivi in capo agli Stati hanno consentito di apprestare tutela contro forme di povertà severe sono gli artt. 2<sup>63</sup>, 3<sup>64</sup>; 8<sup>65</sup>; e 1 del primo protocollo addizionale<sup>66</sup>.

Inoltre, in relazione a diritti assoluti, quali l'art. 3, la Corte EDU è costante nel ribadire che la carenza di risorse economiche statali non può giustificare una violazione della Convenzione, riscontrando come «una situazione di seria deprivazione», un rilevante *vulnus* ai bisogni essenziali, nell'indifferenza delle autorità pubbliche, sia «incompatibile con la dignità umana»<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Per una panoramica della giurisprudenza più significativa si v. PRIBYTKOVA, 2020, spec. 339 ss.

<sup>63</sup> Corte EDU, Nencheva et al c. Bulgaria, 18 giugno 2013, § 26 ss.; Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk c. Turchia, 9 aprile 2013, § 79 ss.; ma contra Nitercky c. Polonia, 21 marzo 2002, poiché la normativa interna non garantiva certi standard di assistenza sociale.)

<sup>64</sup> Corte EDU V.M. et al c. Belgio, 7 luglio 2015, §§ 159-162; M.S.S. c. Belgio e Grecia [GC], cit., § 253; Budina v. Russia, 18 giugno 2009. Si richiede, comunque, il raggiungimento di una certa soglia di gravità nelle sofferenze e deprivazioni subite.

<sup>65</sup> Specialmente connettendo il diritto al godimento della vita privata e familiare alla tutela della salute e degli housing rights: es., in relazione a soggetti affetti patologie o disabilità: cfr. Corte EDU, Marzari c. Italia, 4 maggio 1999, con Pentiacova et al c. Moldavia, 4 gennaio 2005.

Si v. anche Passannante c. Italia, 1 luglio 1998 (dec. sull'ammissibilità), che precisa come la garanzia di un adeguato livello di vita si rinverga nell'applicazione dell'art. 8 CEDU e possa condurre all'individuazione di obblighi positivi. Tuttavia, questi ultimi hanno carattere condizionale, dovendosi ravvisare un rilevante livello di severità che abbia un serio impatto sulla salute di un paziente.

<sup>66</sup> In relazione a tale disposizione la protezione da forme severe di povertà è «un obiettivo secondario» (LAVRYSEN, 2015, 313; ma si v. anche LEIJTEN, 2013, 309 ss.) «since it focus is not on applicants needs but on their possession». Si cfr., ad esempio, Corte EDU, Burdov c. Russia (2), 15 gennaio 2009; Olaru et al c. Repubblica di Moldavia, 28 luglio 2009; Kalinkin et al c. Russia, 17 aprile 2012.

<sup>67</sup> Quindi, ad esempio, valutando le condizioni detentive, la Corte EDU ha tenuto in considerazione anche le difficili condizioni socio-economiche degli Stati coinvolti (M.S.S. c. Belgio e Grecia [GC], cit., § 253; Budina v. Russia, 18 Giugno 2009; Tarakhel c. Svizzera, 4 novembre 2014, §§ 252-253.

In generale, secondo la Corte la povertà influisce negativamente sulla dimensione relazionale e sociale degli individui poiché, «al di là della sua dimensione personale» e degli «effetti drammatici che comporta per la vita quotidiana e il futuro degli interessati ... modifica ulteriormente, nel modo più negativo possibile, il loro rapporto con gli altri e con la società» incrementando «il rischio di stigmatizzazione e discriminazione» che è sia aggravato, sia aggravante, per le persone in una situazione precaria. L'accesso a determinati servizi di base, la piena e completa integrazione nel tessuto sociale, possono essere «messi a repentaglio dalla loro situazione sociale ed economica, a causa del perpetuarsi di stereotipi negativi e pregiudizi»<sup>68</sup>.

La Corte EDU, quindi, pur non procedendo a definire il concetto di povertà, preferendo riferirsi a quello di vulnerabilità (ed estrema vulnerabilità), con la sua giurisprudenza cerca di fornire una protezione concreta soprattutto quando rileva violazioni della dignità umana nell'esposizione delle persone, siano esse cittadini o appartenenti a minoranze (come i rom o i richiedenti asilo), a una situazione di estrema povertà materiale<sup>69</sup>, individuata sotto il profilo quantitativo, secondo le nozioni e le statistiche nazionali<sup>70</sup>. In relazione a tali profili le decisioni della Corte EDU sono spesso in linea con quelle della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>71</sup>.

Tuttavia, con riferimento all'impatto che la carenza di risorse economiche di uno Stato può esplicare su alcuni diritti di natura sociale e, più in generale, nel bilanciamento fra diritti umani vulnerati dalla povertà e disponibilità finanziarie, la Corte EDU a tratti mostra una giurisprudenza oscillante.

In relazione agli effetti negativi della crisi economica e al loro impatto, la Corte, negli ultimi dieci anni ha mostrato una giurisprudenza tesa a riconoscere un rilevante margine di apprezzamento per gli Stati<sup>72</sup>, specialmente al-

<sup>68</sup> Corte EDU, *Garib c. Paesi Bassi*, cit., § 26.

<sup>69</sup> Con riferimento ai cittadini, Corte EDU, *Garib c. Paesi Bassi*, cit.; con riferimento ai richiedenti asilo, ad es.: Corte EDU, *M.S.S. c. Belgio e Grecia [GC]*, cit.. V.M. et al c. Belgio, cit. Per approfondimenti, sul punto, anche PRIBYTKOVA, (2020, 335 ss.); PALMER, (2009), BREMS, (2007), DE SHUTTER, (2002).

<sup>70</sup> Corte EDU, *Hutten-Czapska c. Polonia*, del 19 giugno 2006, §§ 17 e 176.

<sup>71</sup> Corte di Giustizia, *Abubacarr Jawo v. Bundesrepublik Deutschland*, C-163/17, del 2019; *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie – Y.Z. and Others/e.a.*, C-557/17, del 2019 sul sistema Dublino III. Con riferimento agli appartenenti alla minoranza Rom, Corte EDU: *Moldovan et al. v. Romania*, 2005.

<sup>72</sup> Corte EDU *Koufaki and Adedy c. Grecia*, 7 maggio 2013, ma cfr., parzialm. contra, *N.K.M. c. Ungheria*, 14 maggio 2013.

lorché vengono in rilievo prestazioni di natura sociale quali il diritto ad un alloggio<sup>73</sup>.

In taluni casi, tuttavia, la Corte circoscrive il margine di apprezzamento statale<sup>74</sup> ed è propensa anche ad individuare obblighi positivi particolarmente pregnanti qualora i ricorrenti facciano parte di categorie particolarmente vulnerabili (come i richiedenti asilo o i minori)<sup>75</sup> o siano membri di minoranze soggette a odiose discriminazioni (come i rom)<sup>76</sup>, pur precisando che questi obblighi non possano mai concretarsi in un peso eccessivo o sproporzionato gravante sugli stati o sugli individui.

#### 4. La dimensione sociale dell'Unione Europea nella lotta alla povertà

##### 4.1. Dignità umana e solidarietà nella lotta europea alla povertà

Se consideriamo nello specifico il panorama europeo e, in particolare, l'Unione europea, significative, ancorché relativamente recenti, sono le previsioni normative sia a tutela della dignità umana, sia a tutela del principio

<sup>73</sup> Corte EDU: Hudorovič et al c. Slovenia, 10 marzo 2020; Chapman c. Regno Unito, 18 gennaio 2001, § 99; *James et al c. Regno Unito*, 21 Febbraio 1986; *Mellacher et al c. Austria*, 19 Dicembre 1989. Sul punto, di recente, la Corte di giustizia dell'UE, Land Oberösterreich (Aide au logement), C- 94/20, 10 giugno 2021. Con questa decisione i giudici di Lussemburgo hanno rilevato come «[d]alle indicazioni fornite dal giudice del rinvio risulta che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 59 delle sue conclusioni, l'indennità di alloggio contribuisce a garantire a tali persone un'esistenza dignitosa, consentendo loro di alloggiare adeguatamente, senza impegnare nella casa una parte eccessiva dei loro redditi a scapito, eventualmente, del soddisfacimento di altre necessità elementari. Essa sembra quindi costituire una prestazione che contribuisce a lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, destinata a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti, come previsto dall'articolo 34, paragrafo 3, della Carta. Se così fosse, la sua concessione ai cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo è, di conseguenza, necessaria anche per realizzare l'obiettivo di integrazione perseguito dalla direttiva 2003/109. Pertanto, l'indennità di alloggio sembra essere tale da costituire una «prestazione essenziale», ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4, di tale direttiva» (§ 42).

<sup>74</sup> Si v. le argomentazioni rese nel caso Connors c. Regno Unito, 27 maggio 2004, § 82.

<sup>75</sup> Così, ad esempio, nel caso Nencheva et al. c. Bulgaria, 18 giugno 2013, i Giudici di Strasburgo riscontrarono una violazione del diritto alla vita «in a situation of economic crisis where 15 disabled children and young adults placed in care had died, during the winter of 1996-1997, for lack of food, heating and basic care» (§ 117).

<sup>76</sup> Corte EDU: Hudorovič et al c. Slovenia, cit. § 139; *X and Y c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985, § 23.



solidaristico. Vanno ascritte a tale quadro previsioni di diritto europeo primario<sup>77</sup> e derivato, nonché quelle politiche e prassi riconducibili all'area del *soft law*, tese a eradicare povertà e esclusione sociale garantendo un'esistenza dignitosa. Come anticipato, infatti, evidenti sono le connessioni fra dignità umana (declinata quale esistenza dignitosa) e affrancamento dalla c.d. servitù del bisogno che esprime la libertà dalla povertà.

La lotta alla povertà e all'esclusione sociale si iscrive nel quadro di promozione della giustizia sociale e dei diritti fondamentali che caratterizzano l'azione dell'Unione europea, fondata, appunto, sui «valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà»<sup>78</sup>. Tuttavia, come da più parti riscontrato, «il tema del rapporto fra diritti fondamentali e politiche sociali nelle azioni di lotta alla povertà investe... un versante particolarmente sensibile» essendo ancora in parte «controverso quale sia lo spazio della dimensione sociale dell'Unione europea» (MATTONE, 2013, 208 ss.; ma anche REICHLIN, 2013, 215 ss.), quantomeno sotto il profilo della sua rilevanza ed impatto concreto.

L'art. 1 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* qualifica la dignità umana come inviolabile e sancisce il dovere di rispettarla e tutelarla (per un commento: ALPA, 2017, 6 ss.; DE SIMONE, 2017, 28 ss.)<sup>79</sup>.

Ai sensi dell'art. 34, parr. 2 e 3, della Carta, inoltre, «[o]gni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali conformemente al diritto co-

<sup>77</sup> Invero, sono limitate le competenze dell'Unione in materia di politiche sociali e di politiche occupazionali. Si vedano le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, o l'art. 3 del TUE, ma anche gli artt. 4, § 2, lett. b); 5, § 2; 9; 10; 19; 45-48; 145-150 e 151-161 del TFUE.

<sup>78</sup> Come è specificato nel preambolo della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea. Va precisato, tuttavia, come la dottrina rilevi la sostanziale scarsa attenzione dell'Unione per la dimensione dei diritti e prestazioni di natura sociale. Si vedano, ad es. GRASSO, (2017, 58 ss.) e bibliografia ivi indicata; NIELSEN, SZYSZCZAK, (1993); CIANCIO, (2018, 1 ss.).

<sup>79</sup> La Corte di Giustizia, con riferimento alla garanzia di standard minimi di esistenza ha rilevato come «l'economia generale e la finalità della direttiva 2003/9 nonché il rispetto dei diritti fondamentali – e segnatamente delle prescrizioni dell'articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a norma del quale la dignità umana deve essere rispettata e tutelata – ostano a che un richiedente asilo venga privato – anche solo per un periodo temporaneo dopo la presentazione di una domanda di asilo, della protezione conferita dalle norme minime dettate dalla citata direttiva», in *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers v. Saciri et al.*, C-79/13 del 27 febbraio 2014, §35. Ma si v. anche sentenza del 27 settembre 2012, *Cimade e GISTI*, C-179/11.

munitario e alle legislazioni e prassi nazionali» e questo «[a]l fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà». L'Unione, pertanto, «riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali» (per un commento: ORLANDINI, CHIAROMONTE, 2017, 643 ss.). Tale ultima disposizione sottolinea l'esistenza del diritto a una rete di protezione di base<sup>80</sup>, da attivarsi se il sistema di sicurezza sociale previsto dai commi precedenti fallisce.

In ogni caso, resta in parte controversa la portata degli effetti giuridici che derivano direttamente dall'articolo 34 della Carta. La dottrina rileva la necessità dell'implementazione statale riscontrando come, in sua assenza, sarebbero difficili da configurare veri e propri obblighi normativi diretti per gli Stati, salva la possibilità utilizzare la Carta quale parametro alla cui stretta interpretare il diritto interno (ZILLER, 2017, 1042 ss.)<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Sul punto si v. la decisione della Corte di Giustizia *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e al.*, C-571/10 del 24 aprile 2012: «allorché stabiliscono le misure di previdenza sociale, di assistenza sociale e di protezione sociale definite dalla loro legislazione nazionale e soggiacenti al principio della parità di trattamento sancito all'articolo 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109, gli Stati membri devono rispettare i diritti ed osservare i principi previsti dalla Carta, segnatamente quelli enunciati all'articolo 34 di quest'ultima. Ai sensi del paragrafo 3 di tale articolo 34, al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione – e dunque gli Stati membri quando attuano il diritto di quest'ultima – riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali» (§ 80). Pertanto, «l'articolo 11, paragrafo 4, della direttiva 2003/109 deve essere interpretato nel senso che consente agli Stati membri di limitare la parità di trattamento della quale beneficiano i titolari dello status conferito dalla direttiva medesima, ad eccezione delle prestazioni di assistenza sociale o di protezione sociale concesse dalle autorità pubbliche, a livello nazionale, regionale o locale, che contribuiscono a permettere all'individuo di soddisfare le sue necessità elementari, come il vitto, l'alloggio e la salute» (§ 91).

<sup>81</sup> Pare opportuno rilevare come la portata della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia significativamente più innovativa rispetto ai contenuti della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, e della Carta sociale europea. Nella prima, all'art. 10, si declinava il diritto alla protezione sociale in prospettiva lavoristica, nella seconda, quantunque il «diritto alla protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale» (art. 30) non fosse circoscritto all'ambito lavoristico, tuttavia, non si fornivano parametri utili a definire nel quantum gli eventuali protettivi, né vi era una connessione diretta con la necessità di garantire un'esistenza dignitosa.

#### 4.2. *Segue: il diritto europeo derivato*

Muovendo la lente di indagine verso il TfUE, in primo luogo si riscontra una sorta di parallelismo fra politiche sociali ed occupazionali e politiche economiche: in entrambi i casi, la competenza a definire tali politiche è dell'Unione, mentre gli Stati sono chiamati a coordinare le corrispondenti politiche interne secondo le modalità previste dal TfUE (art. 2, par. 3 TfUE).

L'Unione europea ha competenza concorrente in materia di politica sociale (ancorché limitatamente agli aspetti definiti nel TfUE) e di coesione economica, sociale e territoriale (art. 4, par. 2, TfUE), inoltre, l'art 5 TfUE impone che siano adottate «misure per assicurare il coordinamento delle politiche occupazionali degli Stati membri» e stabilisce che possano essere intraprese «iniziative per assicurare il coordinamento delle politiche sociali...» di questi.

A ciò si aggiunga che il corretto funzionamento del mercato interno presuppone l'armonizzazione dei sistemi sociali (art. 151, par. 3, TfUE), il raggiungimento di un livello occupazionale elevato e la lotta contro l'emarginazione. Obiettivi che si possono conseguire solamente se si opera in adeguata sinergia e coordinamento con gli Stati, in considerazione del loro significativo impatto sui bilanci e sull'organizzazione nazionale (art. 153, par. 1, TfUE).

Pare opportuno ricordare, infine, che nel TfUE la sicurezza sociale e la protezione sociale sono ambiti materiali che conformemente al principio di sussidiarietà, possono essere armonizzati anche con lo strumento normativo della direttiva, previa deliberazione unanime del Consiglio (articolo 21, par. 3, TfUE). Di conseguenza, in ragione della complessità della procedura prevista, alcune misure per combattere la povertà e l'esclusione sociale (come ad esempio un reddito minimo o un reddito di emergenza) trovano, o potrebbero trovare, una diversa base giuridica nella competenza di cui all'art. art. 153, par. 1., lett. *b*), TfUE, "integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro". Integrazione che si potrebbe abbinare alle lett. *c*) o *j*) del medesimo articolo: rispettivamente rivolte alla "sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori" e alla "lotta contro l'esclusione sociale", la cui implementazione segue la normale procedura di regolamentazione.

Per introdurre norme di contrasto alla povertà incisive quali, ad esempio, il reddito minimo garantito, l'Unione non è ricorsa agli strumenti indicati dalle normative succitate<sup>82</sup>. Ciononostante, sin dagli anni Ottanta del secolo

<sup>82</sup> Di recente SOMMA, (2019, 433 ss., ma cfr. con DI FEDERICO, (2020, 107 ss.) e v. anche

scorso, la narrativa politica europea sulle misure a contrasto della povertà dimostrava una certa sensibilità per il tema della povertà e dell'esclusione sociale<sup>83</sup>, sebbene esso abbia acquisito una maggior rilevanza solo in tempi più recenti, sull'onda della crisi economica della seconda metà degli anni Duemila<sup>84</sup> allorché molti Stati hanno introdotto profonde revisioni dei loro sistemi di *welfare*, optando per tagli drastici ai finanziamenti pubblici e privatizzando interi settori dell'assistenza.

### 4.3. *Segue: la Strategia Europa 2020*

Nonostante le difficoltà di ordine politico, normativo e istituzionale, nel contesto della Strategia Europa 2020<sup>85</sup> le istituzioni europee, ed in particola-

SCHÜTZE, (2018, spec 798 ss.). In merito alla protezione dalla povertà in UE, di recente anche PAPANASTASIOU, (2020, 252).

<sup>83</sup> Possono essere ricordate la Risoluzione concernente la lotta contro la povertà nella comunità europea del 16 settembre 1988, A2-171/88; il Parere del Comitato economico e sociale in merito alla povertà del 12 luglio 1989, 89/C221/02; la Raccomandazione del Consiglio del 24 giugno 1992, in cui si definiscono i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale, 92/441/CEE. Ma si v. anche la Raccomandazione del Consiglio, relativa alla convergenza degli obiettivi e delle politiche della protezione sociale, 92/442/CEE, del 27 luglio 1992.

<sup>84</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010 sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa (2010/2039(INI)) (2012/C 70 E/02) – Il ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e nella promozione di una società inclusiva in Europa – P7\_TA(2010)0375; più di recente si v. il Parere del Comitato economico e sociale europeo «Per una direttiva quadro europea in materia di reddito minimo» (2019/C 190/01) pubblicato in GUUE il 5 giugno 2019.

<sup>85</sup> Nel giugno del 2010 è stata approvata la Strategia Europa 2020 che ha lo scopo di far sì che, dopo la grave crisi economico-finanziaria degli anni duemila, la ripresa economica dell'UE si realizzi e si accompagni a riforme strutturali in grado di ridefinire le fondamenta europee per la crescita e la creazione di occupazione entro il 2020. Essa mette l'accento su una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva come mezzo per superare le carenze strutturali dell'economia europea, migliorarne la competitività e la produttività e favorire l'affermarsi di un'economia di mercato sociale sostenibile (v. Comunicazione della Commissione Europa 2020, Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM(2010) 2020 def. del 3 marzo 2010). La Strategia si sviluppa attraverso il perseguimento del raggiungimento di una serie di obiettivi in materia di occupazione, ricerca e sviluppo, cambiamenti climatici ed energia, istruzione e lotta alla povertà e all'esclusione sociale. I progressi di tali iniziative sono monitorati nell'ambito del ciclo annuale della governance economica dell'UE: il semestre europeo. Sul punto si v. anche AAVV, (2013, 1 ss.) e il Factsheet del Parlamento Europeo: Politica sociale e dell'occupazione: principi generali, ottobre 2018, in <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/52/politica-sociale-e-dell-occupazione-principi-generalis>.

re la Commissione, hanno posto il contrasto alla povertà al centro dell'agenzia economica, sociale e per l'occupazione<sup>86</sup>.

Questa strategia ha sostituito la precedente *Lisbon strategy* con un obiettivo quantitativo meno ambizioso ma, quantomeno in teoria, più realistico. L'obiettivo è quello di ridurre di circa 20 milioni il numero delle persone definibili povere, operando al fine di contrastare l'esclusione sociale e promuovendo l'adozione di strategie sinergiche e complementari per tutti gli Stati membri<sup>87</sup>.

L'Unione contrasta la povertà e l'esclusione sociale nell'ambito della realizzazione della politica sociale principalmente attraverso “*capacitating policies*” (nel campo della formazione, ricollocazione, educazione, etc. ...) attraverso il ricorso a diversi strumenti: a) implementando la cooperazione non legislativa – metodo di coordinamento aperto<sup>88</sup>; b) intervenendo con misure a contrasto della discriminazione<sup>89</sup>; c) apprestando specifiche tutele giuridiche alle po-

<sup>86</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, La Piattaforma europea contro la povertà e l'esclusione sociale: un quadro europeo per la coesione sociale e territoriale, COM(2010) 758 def., del 16 dicembre 2010; nonché Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Lottare contro la povertà» (parere esplorativo) (2016/C 133/03). Più di recente si v. anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali, COM(2021) 102 final, del 4 marzo 2021. In dottrina si vedano, GAISBAUER (2020, 298- 299); SABATO et al., (2018., 14 ss.); URQUIJO (2017, 49 ss.); FERRARA, JESSOULA, (2016, 62 ss.); PEÑA-CASAS, (2012, 159 ss.); O'CONNOR (2015, 169 ss.),

<sup>87</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, La Piattaforma europea contro la povertà e l'esclusione sociale: un quadro europeo per la coesione sociale e territoriale, COM(2010) 758 def., del 16 dicembre 2010, pp. 4-5. Secondo tale documento «[n]el 2008, oltre 80 milioni di persone nell'UE, vale a dire più dell'intera popolazione dello Stato membro più grande o il 16,5% della popolazione dell'Unione, vivevano al di sotto della soglia di povertà. Più della metà di queste sono donne e 20 milioni sono bambini. Naturalmente la situazione è peggiorata in seguito alla crisi economica. I soggetti più vulnerabili delle nostre società hanno risentito in maggior misura delle conseguenze della crisi».

<sup>88</sup> Open Method of Coordination (OMC). Si veda, in particolare, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 2 luglio 2008, intitolata Un rinnovato impegno a favore dell'Europa sociale: rafforzamento del metodo di coordinamento aperto per la protezione sociale e l'integrazione sociale [COM(2008) 418def. - Non pubblicata nella Gazzetta ufficiale]. Si v. altresì: LAROCQUE, NOËL, (2014, 333 ss.); URQUIJO (2017).

<sup>89</sup> Si v. l'art. 19 del TfUE che ha conferito al Consiglio la facoltà di «prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale» e di adotta-

tenziali vittime; d) ponendo in essere misure di incentivazione destinate a specifici gruppi o categorie (art. 19 TfUE)<sup>90</sup>; e) adoperandosi, in generale, al fine di agevolare il rilancio della crescita economica e, in parallelo, implementando il livello occupazionale, sia sotto il profilo qualitativo, sia sotto il profilo quantitativo.

A ciò si aggiunga che, soprattutto per quel che riguarda le misure da porre in essere all'interno degli Stati membri, un ruolo assai significativo è svolto dall'*European Social Fund* (FSE)<sup>91</sup>, tale fondo consente di attingere a finanziamenti dell'Unione europea al fine di cofinanziare azioni volte a combattere la discriminazione e a fornire aiuti concreti alle categorie che hanno maggior difficoltà ad accedere al mercato del lavoro.

Sin dal 2014, poi, quale reazione al riscontrato incremento dei livelli di povertà, è stato istituito uno specifico *Fondo di aiuti europei agli indigenti* (FEAD), avente il compito di sostenere le iniziative degli Stati membri volte a offrire assistenza materiale agli indigenti (fornendo cibo e assistenza materiale di base), unitamente a misure di inclusione sociale<sup>92</sup>.

re anche «misure di incentivazione», (§ 2). Sono state, quindi, adottate una serie di direttive che hanno consentito di rafforzare notevolmente la tutela giuridica contro le discriminazioni in essere negli stati dell'Unione: possono essere richiamate la direttiva sull'uguaglianza razziale (2000/43/CE); la direttiva sulla parità in materia di occupazione (2000/78/CE); la direttiva sulla parità di trattamento (2006/54/CE); la direttiva relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza e che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio (2019/1158 UE).

<sup>90</sup> Ad esempio: i disabili (v. la strategia europea sulla disabilità 2010-2020 (COM(2010)0636) partendo dal piano d'azione a favore delle persone disabili 2004-2010) o le donne, specialmente nell'ambito della promozione della parità di genere (v. l'impegno strategico per la parità di genere 2016-2019, che integra e completa precedenti azioni della Commissione europea sul punto); o ancora, i giovani in cerca di occupazione (v. misure proposte dalla Commissione nel 2012 per favorire l'occupazione giovanile o alla Raccomandazione del Consiglio del 2016 sull'inserimento dei disoccupati di lungo periodo nel mercato del lavoro, o, ancora, la creazione del Corpo europeo di solidarietà al fine di creare nuove opportunità per i giovani).

<sup>91</sup> Ai sensi del Regolamento (UE) n. 1304/2013, l'FSE ha l'obiettivo di incrementare i livelli occupazionali, rafforzare l'inclusione sociale, contrastare la povertà, promuovere istruzione e livelli educativi, promuovere l'implementazione delle competenze e la formazione permanente ed elaborare politiche di inclusione attiva, globali e sostenibili.

<sup>92</sup> Fondo istituito con il Regolamento (UE) n. 223/2014 del Parlamento e del Consiglio.

Per approfondimenti sul funzionamento del FEAD si v. il dossier della Commissione aggiornato, però, solo ad aprile 2019: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637919/EPRS\\_BRI\(2019\)637919\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/637919/EPRS_BRI(2019)637919_EN.pdf). Per le recentissime modifiche al FEAD si v. infra, § 3.2.4 e note 103, 104; di recente, anche GAISBAUER (2020, 305 ss.)

Alcuni anni dopo, nel 2017, allo scopo di implementare i livelli di equità e propensione alla sfera sociale dell'Unione, è stata presentata la *Proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali*<sup>93</sup> che si incentra sulla promozione di tre canali di intervento volti a favorire: a) parità di opportunità e accesso al mercato del lavoro, b) condizioni di lavoro eque e c) protezione e inclusione sociali<sup>94</sup>.

In relazione a tale ultimo profilo, si prevedono una serie di diritti di cui i soggetti "deboli" o in stato di povertà devono godere:

1) assistenza all'infanzia e sostegno ai minori al fine di promuovere le pari opportunità;

2) adeguata protezione sociale per tutti i lavoratori, a prescindere dalla tipologia di contratto;

3) adeguate misure di sostegno nel caso di disoccupazione. Sostegno che implica l'attivazione «da parte dei servizi pubblici per l'impiego» di strumenti che consentano di «(ri)entrare nel mercato del lavoro» mediante l'erogazione di «adeguate prestazioni di disoccupazione di durata ragionevole»<sup>95</sup>;

4) previsione di un reddito minimo in favore di «chiunque non disponga di risorse sufficienti» al fine di garantire «una vita dignitosa in tutte le fasi della vita e l'accesso a beni e servizi». Per coloro i quali possono lavorare, però, «il reddito minimo dovrebbe essere combinato con incentivi alla (re)integrazione nel mercato del lavoro»<sup>96</sup>;

5) previsione del diritto ad avere «risorse che garantiscano una vita dignitosa» o comunque di godere di una pensione che sia commisurata ai contributi versati garantendo comunque un reddito adeguato<sup>97</sup>.

In relazione a tali profili le istituzioni europee si sono sostanzialmente li-

<sup>93</sup> Del Parlamento, del Consiglio e della Commissione, (2017/C 428/09), reperibile in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017C1213\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017C1213(01)&from=IT)

<sup>94</sup> A seguito della proclamazione del Pilastro europeo dei diritti sociali, la Commissione ha proposto una direttiva relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea. Tale direttiva è stata pubblicata nella GUUE nel 2019: Direttiva (UE) 2019/1152. Inoltre, nel novembre 2019, il Consiglio ha approvato la Raccomandazione sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi. Tale documento aspira a colmare (almeno parzialmente) i divari nella copertura formale, garantendo che i lavoratori subordinati e autonomi in condizioni simili possano aderire a sistemi di sicurezza sociale corrispondenti.

<sup>95</sup> Tali prestazioni non devono costituire un disincentivo a un rapido ritorno all'occupazione. V. art. 13 della Proclamazione cit.

<sup>96</sup> Art. 14 della Proclamazione cit.

<sup>97</sup> Art. 15 della Proclamazione cit.

mitate a «invitare tutti gli Stati membri a introdurre adeguati regimi di reddito minimo, accompagnati da misure di sostegno al lavoro per coloro che possono lavorare e programmi di istruzione e formazione adattati alla situazione personale e familiare del beneficiario, al fine di sostenere le famiglie con un reddito inadeguato e consentire loro di avere un tenore di vita dignitoso» e, in parallelo, hanno fatto appello agli Stati membri affinché garantiscano «la piena partecipazione di tutte le parti interessate, in particolare le parti sociali e le organizzazioni della società civile, alla definizione, all'attuazione e al monitoraggio delle politiche e dei programmi di reddito minimo»<sup>98</sup>.

Sono, inoltre, previsti: il diritto ad accedere tempestivamente ad un'assistenza sanitaria di qualità e a costi accessibili; il diritto a misure di sostegno al reddito che garantiscano una vita dignitosa per i soggetti affetti da disabilità; il diritto a servizi di assistenza a lungo termine di buon livello qualitativo e a costi accessibili; nonché diritti specifici per coloro i quali siano privi di alloggio o in stato di vulnerabilità. In particolare: «a) le persone in stato di bisogno hanno accesso ad alloggi sociali o all'assistenza abitativa di qualità; b) le persone vulnerabili hanno diritto a un'assistenza e a una protezione adeguate contro le espropriazioni forzate; c) ai senzatetto sono forniti alloggi e servizi adeguati al fine di promuoverne l'inclusione sociale»<sup>99</sup>.

Infine, non solo è sancito il diritto ad accedere a servizi essenziali di qualità (quali l'accesso all'acqua, ai servizi igienico-sanitari, all'energia, ai trasporti, ai servizi finanziari e alle comunicazioni digitali), ma devono essere previste specifiche misure di sostegno per coloro i quali versano in stato di bisogno (art. 20).

Nonostante sia certamente lodevole lo sforzo delle istituzioni europee, appare ancora molto ampio il divario fra la dimensione formale e quella sostanziale. Il documento da ultimo citato, infatti, non esplica valore normativo vincolante e, inoltre, aspira a dare tutela a situazioni giuridiche o interessi che necessitano non solo dell'intervento degli Stati membri dell'UE, ma anche, dei loro enti territoriali. Enti che, soprattutto ove siano titolari di competenze legislative autonome, sia che siano enti territoriali appartenenti a stati federali (come Germania, Austria o Belgio), sia che esprimano diversi contesti di valorizzazione delle autonomie (come Spagna o Italia), esercitano molte competenze inerenti alle politiche sociali, all'assistenza e all'inclusione

<sup>98</sup> § 61 della Risoluzione del Parlamento europeo del 24 ottobre 2017 sulle politiche volte a garantire il reddito minimo come strumento per combattere la povertà (2016/2270(INI)). Si v. anche infra, § 4.4.

<sup>99</sup> Art. 19 della Proclamazione cit.



sociale, dando variamente espressione anche al principio di sussidiarietà, declinato in senso tanto verticale, quanto orizzontale.

#### 4.4. *Segue: i più recenti sviluppi*

A fine maggio 2018, la Commissione ha presentato una proposta di Regolamento volta ad integrare il FEAD ed altri programmi (FSE+ 2021-2027)<sup>100</sup> anche se l'attuale crisi economica, emersa a seguito dell'emergenza sanitaria causata dalla diffusione della pandemia di Covid-19, sta obbligando le istituzioni europee e gli Stati a riconsiderare i propri interventi anche in ragione dell'alto numero di nuovi disoccupati e di persone in stato di bisogno. Peraltro, sin dal proprio insediamento, la nuova Presidentessa della Commissione Europea aveva espresso l'intenzione della Commissione di implementare e sviluppare il pilastro europeo dei diritti sociali e aveva presentato una proposta di decisione del Consiglio relativa agli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione<sup>101</sup>.

L'impatto dell'emergenza epidemiologica da Covid-9 sulle economie degli Stati europei e sui livelli occupazionali ha spinto la Commissione a proporre una ulteriore proposta di modifica del FEAD<sup>102</sup> e il 24 aprile 2020 è stato pubblicato in GUUE il Regolamento (UE) 2020/559 che modifica il precedente Regolamento (UE) n. 223/2014<sup>103</sup>. L'intenzione è quella di ren-

<sup>100</sup> <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-375-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>, Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo e migrazione, al Fondo per la Sicurezza interna e allo Strumento per la gestione delle frontiere e i visti. Preme ricordare come per il periodo 2014-2020 il contributo dell'Unione al Fondo è stato di oltre 3,8 miliardi di Euro. Anche gli Stati membri dell'Unione cofinanziano il fondo garantendo la copertura di almeno il 15% dei costi dei propri programmi.

<sup>101</sup> Proposta di Decisione del Consiglio relativa agli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione del 26 febbraio 2020. (COM(2020) 70).

<sup>102</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 223/2014 per quanto riguarda l'introduzione di misure specifiche volte ad affrontare la crisi dovuta alla Covid-19, Bruxelles, 2.4.2020 COM(2020) 141 final 2020/0058 (COD).

<sup>103</sup> Regolamento (UE) 2020/559 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2020 che modifica il regolamento (UE) n. 223/2014 per quanto riguarda l'introduzione di misure specifiche volte ad affrontare l'epidemia di COVID-19, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R0559&from=EN>.

dere operative una serie di misure di carattere eccezionale e particolarmente flessibili al fine di proteggere le categorie più vulnerabili e soddisfare i loro bisogni immediati (es. sotto forma di aiuti alimentari, fornitura di dispositivi di protezione o sostegno a categorie in difficoltà)<sup>104</sup>.

Più di recente, nel febbraio 2021, si è modificato il Regolamento FEAD al fine di consentire un rafforzamento del Fondo con i trasferimenti finanziari da REACT-EU in risposta alla crisi conseguente alla pandemia<sup>105</sup>.

Sul versante del sostegno al reddito, specialmente in relazione alla condizione dei c.d. *working poors*, è stata presentata ad ottobre 2020 la proposta di adozione di una Direttiva sul reddito minimo<sup>106</sup> volta a contribuire all'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali.

Con tale proposta si mira sostanzialmente a garantire che i lavoratori nell'Unione possano godere salari minimi che siano adeguati e che consentano loro una vita dignitosa ovunque lavorino<sup>107</sup>.

A marzo 2021, la Commissione ha inviato una *Comunicazione* al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni intitolata *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*<sup>108</sup> con la quale, consapevole che se già prima della pandemia oltre 91 milioni di persone erano a rischio povertà, e consapevole del fatto che i tassi di disoccupazione e il livello delle diseguaglianze sarebbe aumentato come effetto della pandemia, si è sottolineata la necessità di concentrare gli sforzi strategici «sulla creazione di posti di lavoro di qualità, sul miglioramento delle competenze e la riqualificazione professionale e sulla riduzione della povertà e dell'esclusione» proponendo 3 obiettivi principali da raggiungere en-

<sup>104</sup> Per una panoramica si v. <https://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/society/20200323STO75625/coronavirus-aiuti-dal-fondo-di-solidarieta-per-i-paesi-dell-ue>.

<sup>105</sup> Regolamento (UE) n. 223/2014, testo consolidato in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A02014R0223-20210217>.

<sup>106</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adequate minimum wages in the European Union, of 28 October 2020, COM(2020) 682 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020PC0682>.

<sup>107</sup> Per un commento, di recente, DI FEDERICO, 2020, 107 ss. Si v. anche il Dossier della Camera dei Deputati n. 43° del 27 novembre 2020, Proposta di direttiva relativa ai salari minimi adeguati nell'Ue, in <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/ES043.Pdf> e il Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adequate minimum wages in the European Union, del 28 ottobre 2020, SWD(2020) 245 final.

<sup>108</sup> COM(2021) 102 final, del 4 marzo 2021, in [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b7c08d86-7cd5-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0012.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b7c08d86-7cd5-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0012.02/DOC_1&format=PDF).

tro il 2030 «nei settori dell'occupazione, delle competenze e della protezione sociale in linea con lo sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite»<sup>109</sup>.

Pur essendo troppo presto per valutare in reale impatto delle azioni intraprese, ciò che appare significativo e meritevole è l'interesse e l'attenzione delle istituzioni europee verso la protezione sociale e, quindi, verso la lotta all'esclusione sociale e agli effetti distonici della povertà sulla società europea.

#### 4.5. Un parziale bilancio in merito all'impatto delle politiche europee

Preme precisare che, nonostante le politiche europee attivate in materia e l'azione di coordinamento svolta dalle istituzioni europee negli anni (soprattutto successivamente all'entrata in vigore del trattato di Lisbona) mostrino come sia in atto una tendenziale armonizzazione, una promozione di politiche integrate anti-povertà, articolate a partire dalla nozione di "inclusione attiva" (CLEGG, 2016, 77 ss.), in concreto, come anticipato *supra*, gli Stati membri dell'Unione non sembrano in egual misura sensibili alle politiche europee di contrasto alla povertà.

Nonostante le nuove azioni poste recentemente in campo dalla Commissione europea (v. *supra*), ancora larghissimo margine è lasciato agli Stati e, laddove questi siano dotati di enti territoriali dotati di potestà legislative autonome competenti in materia, anche all'intervento di questi ultimi e finanche degli enti locali<sup>110</sup>. Paradigmatico è il caso tedesco. La Germania mostra un singolare paradosso: nonostante la sua forte influenza in Europa, specialmente nella politica economica europea e nei processi decisionali, essa pare poco sensibile alle politiche sociali europee, non in grado di dare impulso a politiche interne corrispondenti (ZIMMERMANN, PETZOLD, (2018, 94), preferendo perseguire azioni proprie che vedono intersecarsi variamente competenze federali, competenze dei Länder e competenze locali (specialmente dopo le riforme costituzionali del 2006 e del 2009<sup>111</sup>).

<sup>109</sup> COM(2021) 102 final, cit., p. 4. Gli obiettivi delle Nazioni Unite cui si fa riferimento sono indicati nel documento Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development del 21 ottobre 2015, A/RES/70/1.

<sup>110</sup> Con riferimento alla in-work poverty, si v. la recente pubblicazione: PEÑA-CASAS ET AL, (2019, 1 ss.).

<sup>111</sup> Si fa riferimento alla *Föderalismusreform* e alla *Föderalismusreform II* con le quali sono state modificate numerose norme del Grundgesetz inerenti, soprattutto, il ruolo e le funzioni del Bundesrat, il riparto delle competenze legislative fra la Federazione e i Länder nonché i rapporti finanziari e di bilancio. Per una panoramica delle misure adottate: Dossier 287 del

Articolati sono, quindi, i contesti politici o le sensibilità nazionali, di tal ché sono molteplici gli approcci alle “politiche anti povertà”, in larga misura dipendenti anche dal livello di autonomia finanziaria di cui godono gli enti competenti e dalla disponibilità delle risorse. Con riferimento a tale ultimo profilo l’insieme delle misure approvate a livello europeo nell’ultimo decennio ha condizionato, e condiziona ancora, le modalità di azione degli Stati membri<sup>112</sup>.

Soprattutto per il periodo post-pandemia, appare fondamentale rafforzare, ove possibile, sia le sinergie fra dimensione europea e nazionali, sia gli sforzi di tutti gli attori statali coinvolti nell’individuazione di bilanciamento ragionevole e proporzionato tra equilibrio economico e finanziario e diritti sociali fondamentali (da riconoscere sia ai cittadini che agli stranieri residenti legalmente in un determinato territorio e, in una certa misura e con riferimento al loro nucleo essenziale, anche ai c.d. migranti irregolari).

A questo proposito, il ricorso al principio di solidarietà assume un ruolo centrale<sup>113</sup>, evocando una «*normative conception of social justice which implies that nobody should be left behind*» (GAISBAUER, 2020, 289). Appare pertanto opportuno concepire un nuovo modello di protezione della dimensione sociale, dei diritti sociali, inscritto in un processo (costituzionale e pluridimensionale) di costituzionalizzazione dell’UE che sostenga sia il ruolo della dignità umana nella determinazione del nucleo immateriale dei diritti, sia una concezione dei diritti sociali che non risponda a una visione meramente egualitaria, ma tenga conto delle specificità di ciascuna situazione al fine di non aggravare (se non risolvere) i problemi relativi alla sostenibilità dei modelli di Stato sociale<sup>114</sup>.

2011 del servizio Studi del Senato, La riforma costituzionale tedesca del 2009 (Föderalismusreform II) e il freno all’indebitamento, in [http://www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2011/Dossier\\_287.pdf](http://www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2011/Dossier_287.pdf).

<sup>112</sup> Per una panoramica delle misure in essere in molti stati membri dell’UE, ancorché con maggior riferimento alle misure di sostegno al reddito si v. la sezione monografica di DPCE a cura di SOMMA, (2019, 433 ss.) Si v. altresì, JESSOULA, MADAMA (a cura di), (2018); HALVORSEN, HVIDEN (a cura di), (2016); FERRERA, (2005); JOHANSSON, PANICAN (a cura di), (2016); Dossier World Bank. Poverty Prospects in Europe: Assessing Progress towards the Europe 2020 Poverty and Social Exclusion Targets in New European Union Member States, 2013, in <http://documents.worldbank.org>.

<sup>113</sup> La connessione fra lotta alla povertà e l’«European Social Model» quale espressione del principio di solidarietà evocante «social cohesion and social protection» è ben espressa da STREEK, (1999). Sul punto anche GAISBAUER (2020, 289).

<sup>114</sup> Pare appropriato citare Holmes, «taking rights seriously means taking scarcity seriously», al fine di ricordare che in questo campo è la politica, più che un giudice, a dover decidere l’allocazione delle (scarse) risorse economiche: HOLMES, SUNSTEIN, (1999, 94).

## 5. Conclusioni (aperte)

5.1. L'analisi del quadro normativo sopra indicato, così come gli studi degli economisti e dei sociologi, mostrano come nella lotta alla povertà non siano sufficienti strumenti di carattere meramente economico e finanziario (*ex multis*: RUOTOLO, 2012, 228 ss.; MORLICCHIO, 2012, GAISBAUER, 2020, 289 ss.).

Variegate sono le possibili situazioni o condizioni di povertà, articolate sono le dinamiche di possibile esclusione sociale che influiscono sull'esistenza dignitosa di coloro i quali versano in stato di bisogno, necessariamente diversificato deve essere il complesso degli strumenti cui gli Stati, e laddove competenti, i loro enti territoriali, possono far ricorso al fine di realizzare quell'uguaglianza, solidarietà e dignità, pilastri della nostra Carta costituzionale, dell'Unione europea e di gran parte delle Costituzioni dei suoi Stati membri.

L'analisi del contesto europeo mostra chiaramente come la questione del welfare e dell'insieme di quei servizi di natura assistenziale, di sostegno al reddito e, più in generale, di lotta alla povertà e all'esclusione sociale, sia declinabile secondo un panorama di geometria altamente variabile.

Se si procede ad una comparazione fra i vari Stati membri dell'Unione europea, o ad un confronto fra le situazioni in essere nei loro enti territoriali, ove presenti, si riscontrano differenze anche sostanziali. Se, tradizionalmente, i Paesi scandinavi mostrano una maggiore propensione all'attuazione dei sistemi di welfare e all'adozione di meccanismi per sostenere il reddito e combattere la povertà rispetto ai paesi dell'Europa meridionale, l'incremento del fenomeno migratorio ha posto nuove sfide anche al mantenimento dei livelli di assistenza garantiti da tali ordinamenti "virtuosi".

Molte delle differenze riscontrabili – in termini di attenzione verso la lotta alla povertà e all'esclusione sociale – sono addebitabili alla "salute finanziaria" dei Paesi europei (e dei loro enti territoriali) e alla necessità o meno che vengano adottati piani per ridurre la spesa pubblica al fine di essere in grado di soddisfare le richieste provenienti dall'Unione europea.

I problemi che molti Paesi dell'Europa continentale e dell'Europa settentrionale stanno affrontando, sebbene significativi, sono tuttavia distanti da quelli che hanno affrontato, e in gran parte continuano ad affrontare, alcuni Stati dell'Europa meridionale, come la Grecia, la Spagna, il Portogallo e l'Italia. Tali ordinamenti presentano un background storico, un sistema di valori e caratteristiche istituzionali non così distanti, e questi elementi hanno contribuito alla definizione di un sistema di welfare distinto sia dal modello

anglosassone, sia dal modello continentale, sia da quello del Nord Europa (ARRIBA, MORENO, 2005, 141 ss.; JOHANSSON, PANICAN, 2016; CASTLES et al, 2010). Inoltre, in tali Paesi, sebbene in misura diversa, le politiche europee volte ad incidere sulla spesa pubblica hanno avuto un impatto maggiore, determinando, come conseguenza logica, una riduzione della spesa per prestazioni sociali e assistenziali e il correlativo emergere di situazioni di difficoltà dovute alla crisi economica e all'aumento della disoccupazione, della precarietà, dei tassi di disuguaglianza socio-economica presenti

Peraltro, l'attuale crisi sanitaria ed economica che sta interessando l'Europa sta incidendo con maggior severità proprio in molti di quei Paesi già interessati da una grave crisi economico-finanziaria negli anni scorsi e, allo stato attuale si prefigura all'orizzonte un ulteriore inasprimento delle situazioni critiche.

5.2. Volendo tentare di effettuare una valutazione parziale dell'“efficienza” degli strumenti europei per combattere la povertà, non si può non esprimere una certa frustrazione.

Rispetto al passato la Strategia Europa 2020 mostra una maggiore sensibilità delle istituzioni europee alla dimensione sociale, tuttavia, gli strumenti utilizzati a livello europeo per combattere la povertà e l'esclusione sociale non paiono così efficaci. E questo, sia perché gli obiettivi da raggiungere sembrano, in effetti, irraggiungibili, sia per la forza non vincolante di molti degli strumenti e delle politiche messe in atto, sia perché le politiche interne rimangono centrali, cruciali, e spesso insoddisfacenti.

Una recente analisi di Eurostat mostra come oltre il 21,1% della popolazione europea sia a rischio di povertà ed esclusione sociale (corrispondente a oltre 91 milioni di persone)<sup>115</sup>. Sebbene questo valore rappresenti una riduzione considerevole rispetto al picco di oltre 123 milioni di persone del 2012, è ancora lontano dall'obiettivo della Strategia Europa 2020.

Nel contesto di una crisi economica ormai diventata sistemica e non più ciclica, di profondi cambiamenti nel mercato del lavoro che spesso portano alla proliferazione di lavoratori precari e mal pagati (spesso per questo poveri

<sup>115</sup> Dati Eurostat aggiornati al 2019 (pubblicati a ottobre 2020 - <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/edn-20201016-2>). Presumibilmente, tuttavia, tali dati sono destinati a peggiorare in ragione delle conseguenze economiche dell'emergenza epidemiologica da Codiv-19. A tal proposito, con riferimento all'Italia, le stime dell'Istat relative al 2020 indicano in rilevante crescita sia i valori di incidenza della povertà assoluta sia degli individui, sia delle famiglie (<https://www.istat.it/it/archivio/254440>).

e incapaci di accedere al sistema bancario dei prestiti, di godere di alloggi adeguati e dignitosi o di avere pieno accesso all'assistenza sanitaria), di un fenomeno migratorio che ci colpisce quotidianamente con le sue drammatiche conseguenze, le sfide poste dalla lotta alla povertà impongono di adottare una prospettiva poliedrica, ricorrendo ad un sistema integrato di strumenti che collochino l'essere umano e la sua dignità al centro.

L'Unione europea ed i suoi Stati membri dovrebbero intervenire coinvolgendo tutti i livelli di governo, in modo complessivo, al fine di massimizzare il valore delle sinergie e dei circuiti virtuosi di inclusione sociale: ad esempio, incoraggiando l'accesso a un lavoro di qualità, alla formazione professionale, all'istruzione, a cure di qualità a prezzi accessibili, ad alloggi dignitosi, a canali di finanziamento "etici", al micro-credito da garantire a progetti che consentano l'acquisizione di autonomia per le persone escluse dai canali tradizionali.

L'elargizione di somme di denaro, declinata come misura dalla natura meramente assistenzialistica, lungi dall'eradicare i fenomeni di esclusione e sfruttamento, o dallo stimolare l'imprenditorialità e la micro-imprenditorialità, potrebbe anche avere una serie di effetti negativi che le istituzioni europee e gli Stati devono necessariamente tenere in considerazione.

5.3. Rispondendo ai quesiti posti al primo paragrafo del presente lavoro: il quadro normativo analizzato mostra chiaramente che il rispetto della protezione della dignità umana implica che ci sono diritti umani fondamentali che non dovrebbero essere influenzati negativamente dalla povertà e dall'esclusione sociale, a prescindere dalle problematiche inerenti alla giustiziabilità dei diritti sociali<sup>116</sup>.

La dignità umana può, e deve, essere concepita in una prospettiva deontica che comporta la necessità di intervento e il dovere per le autorità pubbliche, sia sovranazionali che nazionali, di combattere la povertà. Al contempo, non si può non essere consapevoli dell'esistenza di un divario significativo tra il dato normativo formale e quello sostanziale.

La crisi economica che ha colpito per anni l'Europa (e che in questa fase storica si è prepotentemente riaffacciata come portato della drammatica crisi sanitaria), unitamente alla strumentalizzazione del fenomeno migratorio, sono diventate una costante nel dibattito politico in molti Stati europei, alimentando il populismo e il sovranismo che minano la stabilità e la coesione europea.

<sup>116</sup> Su quest'ultimo aspetto, ex multis: KING, (2012).

In tale contesto, la lotta alla povertà e all'esclusione sociale potrebbe rappresentare uno strumento di coesione e un tassello fondamentale per preservare le condizioni essenziali per garantire la qualità della democrazia europea, in un'ottica di reale sussidiarietà, inclusione e cittadinanza attiva.

Ciò appare particolarmente vero in tempi recenti, allorché assistiamo a sintomi preoccupanti provenienti da molti Paesi europei. Ad esempio, nel 2019 la Corte costituzionale ungherese ha modificato alcuni dei suoi precedenti, affermando la non illegittimità costituzionale di una legge che criminalizza i senzatetto (CHRONOWSKI, HALMAI, 2019, 1 ss.)<sup>117</sup>. Tale decisione pare apportare un *vulnus* molto serio al valore della dignità umana e la stigmatizzazione di coloro che sono diversi, i poveri, coloro che sono socialmente emarginati, appare il tradimento dei principi sanciti sia a livello internazionale, sia a livello europeo.

Possiamo tracciare una connessione diretta tra povertà e democrazia, sebbene la loro relazione possa essere conflittuale.

La presenza di un alto livello di sviluppo è considerata un «requisito per la transizione e la sostenibilità delle democrazie contemporanee» (BERG-SCHLOSSER, 2012, 217 ss.).

Tra i vari modelli e processi di democratizzazione e democrazia, un *fil rouge* può essere individuato nella sotto rappresentanza e nell'esclusione di quei gruppi di persone socialmente deboli, spinti ai margini della società. La dimensione relazionale della povertà, in particolare la povertà estrema, apre a questioni di uguaglianza e discriminazione (DIERCKX, 2010, 51 ss.; DOMINELLI, 2020, 17 ss.). Come ben espresso «il test cruciale per giudicare una democrazia o qualsiasi altro sistema di governo è la misura in cui i suoi processi decisionali favoriscono la protezione e l'espansione dei diritti umani, o l'espansione della libertà di quelle fasce di popolazione che in un determinato momento storico, pur formalmente liberi, fanno esperienza di “catene” rappresentate da un impoverimento economico o culturale, da una discriminazione politica o dalla mancanza di uguaglianza di fronte alla legge» (BAY, 1970, 327 ss.).

Istanze, narrative e politiche populiste, sovraniste ed “escludenti”, tendono ad agire contro i gruppi minoritari, i poveri e colori i quali sono “diversi”, non in linea con una presunta “corretta identità”: e ciò pone in pericolo la tenuta e la qualità della democrazia.

<sup>117</sup> Secondo gli Autori: «[t]he Constitutional Court declares that the criminalization and imprisonment of homeless people is not unconstitutional. According to the majority people living in need or at streets shall not be protected by the right to human dignity nor do they share the value of equal dignity».



In questo contesto preoccupante, l'*empowerment* di coloro i quali sono sempre stati lasciati ai margini, l'implementazione di canali pluralistici, la riconfigurazione della cittadinanza secondo direttrici maggiormente inclusive e sostanziali potrebbe rappresentare una difesa efficace per la democrazia. Il rispetto dei diritti umani fondamentali, inscritto in un sistema di stato di diritto, è l'essenza stessa della democrazia.

### Riferimenti bibliografici

- AAVV. (2001). *Promoting the policy debate on social exclusion from a comparative perspective*, Strasburgo: COE Publishing
- AAVV. (2013). *Living in Dignity in the 21st Century: Poverty and inequality in Societies of Human Rights: The Paradox of Democracies*, Strasburgo: COE Publishing
- AAVV. (2013). *Poverty Prospects in Europe: Assessing Progress towards the Europe 2020 Poverty and Social Exclusion Targets in New European Union Member States*, in <http://documents.worldbank.org>
- ALPA, G. (2017). «La costruzione giuridica della dignità umana», in R. MASTROIANNI, P. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano: Giuffrè, pp. 6 ss.
- ARRIBA, A., MORENO, L. (2005). «Spain – poverty, social exclusion and 'safety nets'», in M. FERRERA (a cura di), *Welfare State Reform in Southern Europe. Fighting poverty and social exclusion in Italy, Spain, Portugal and Greece*, NY: Routledge, pp. 141 ss.
- BARAK, A. (2015). *Human dignity. The constitutional value and the constitutional right*, Cambridge: Cambridge University Press
- BARONCELLI, F. (1985). «Contro la carità discreta. Misericordia, raziocinio e volontà di non sapere in una polemica cinquecentesca sulla povertà», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, pp. 3 ss.
- BAY, C. (1970). «Behavioral research and the theory of democracy», in H.S. KARIEL (a cura di), *Frontiers of democratic theory*, NY: Random House, pp. 327 ss.
- BECA-FREI, J.P. (2018). «Pobreza: un problema de derechos humanos. ¿Qué hacer cuando la legislación profundiza la pobreza?», *Dikaion*, n. 1, pp. 101 ss.
- BECCHI, P., MATHIS, K. (a cura di). (2019). *Handbook of human dignity in Europe*, Cham: Springer
- BENHABIB, S. (2006). *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano: Raffaello Cortina Editore
- BENHABIB, S. (2011). *Dignity in adversity. Human rights in troubled times*, U.S. – U.K.: Polity books
- BENVEGNÙ - PASINI, G., BEZZE, M., VECCHIATO T. (2011). «Diritti, senza doveri e

- risorse male utilizzate», in AAVV., *Caritas Italiana – Fondazione «E. Zancan», Poveri di diritti. Rapporto 2011 su povertà ed esclusione sociale in Italia*, Bologna: il Mulino, p. 16 ss.
- BERG-SCHLOSSER, D. (2012). «Poverty and Democracy – Chances and conflicts», in AAVV., *Redefining and combating poverty. Human rights, democracy, and common goods in today's Europe*, Strasburgo: COE Publishing, pp. 217 ss.
- BILCHITZ, D. (2007). *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic rights*, NY-Oxford: OUP
- BONELLI, L. (2012). «Examining the relationship of poverty», in AAVV., *Redefining and combating poverty. Human rights, democracy, and common goods in today's Europe*, Strasburgo: COE Publishing, pp. 59 ss.
- BRAVEMAN, P., GRUSKIN, S. (2003). «Poverty, equity, human rights and health», *Bulletin of the World Health Organization*, n. 81/7, pp. 539 ss.
- BREMS, E. (2007). «Indirect Protection of Social Rights by the European Court of human Rights», in D. BARAK-EREZ, A. GROSS (a cura di), *Exploring Social Rights Between Theory and Practice*, Oxford: Hart Publishing, pp. 135 ss.
- CALORE, A., MAZZETTI, F. (a cura di). (2019). *I confini mobili della cittadinanza*, Torino: Giappichelli
- CARROZZA, P. (2010). «Riforme istituzionali e sistemi di welfare», in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di Welfare*, il Mulino: Bologna, pp. 207 ss.
- CASTLES, F.G., LEIBFRIED, S., LEWIS, J. OBINGER, H., PIERSON, C.P. (a cura di). (2010). *The Oxford Handbook of the Welfare State*, U.S.: OUP
- CHRONOWSKI, N., HALMAI, G. (2019). *Human Dignity for Good Hungarians Only: The Constitutional Court's Decision on the Criminalization of Homelessness*, in *VerfBlog*, 2019/6/11, <https://verfassungsblog.de/human-dignity-for-good-hungarians-only/>.
- CIANCIO, A. (2018). «Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali», *Federalismi.it*, n. 4, pp. 1 ss.
- CICERONE, M.T. (ed. 2008). *De Res Publica – La Repubblica*, traduzione a cura di Nenci F., Milano: BUR
- CLEGG, D. (2016). «Combating Poverty through “Active Inclusion”? The European and National Context», in H. JOHANSSON, A. PANICAN (a cura di), *Combating Poverty in Local Welfare Systems. Active Inclusion Strategies in European Cities*, Londra: Palgrave Macmillan, pp. 77 ss.
- COCCOLI, L. (2017). *Il Governo dei poveri all'inizio dell'età moderna*, Milano: Jouvence
- DALY, M. (a cura di). (2002). *Access to social rights in Europe*, Strasburgo: COE Publishing
- DE SHUTTER, O. (2002). «The Protection of Social Rights by the European Court of

- Human Rights», in P. VAN DER AUWERAERT, T. DE PELSMAEKER, J. ARKIN, AND J. VANDE LANOTTE (a cura di), *Economic, Social and Cultural Rights: An Appraisal of Current International and European Developments*, Antwerp: Maklu, pp. 2017 ss.
- DE SIMONE, G. (2017). «Dignità e diritti sociali», in R. MASTROIANNI, P. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano: Giuffrè, pp. 28 ss.
- DESPOUY, L. (1996). *Final report on human rights and extreme poverty / submitted by the Special Rapporteur*. (E/CN.4/Sub.2/1996/13), <https://digitallibrary.un.org/record/236619>
- DI CIOMMO, M. (2010). *Dignità umana e stato costituzionale*, Firenze Antella: Passigli editore
- DI FEDERICO, G. (2020). «The Minimum Wages Directive Proposal and the External Limits of Art. 153 TFEU», *Italian Labour Law e-Journal*, 2, vol. 13, pp. 107 ss.
- DIERCKX, D. (2010). «Empowerment of people experiencing extreme poverty», in AAVV, *Strengthening social cohesion*, Strasburgo: COE Publishing, pp. 51 ss.
- DOMINELLI, L. (2012). *Green Social Work*, Cambridge: Politi Press.
- DOMINELLI, L. (2014). «Problematizing concepts of Citizenship and Citizenship Practices», in L. DOMINELLI, M. MOOSA-MITHA (a cura di), *Reconfiguring Citizenship*, Aldershot: Ashgate, pp. 13 ss.
- DOMINELLI, L. (2020). «Reconceptualizing poverty in Europe: exclusion, marginality and absolute poverty reframed through participatory relational space», in H.P. GAISBAUER, G. SCHWEIGER, C. SEDMAK, *Absolute poverty in Europe*, Bristol: Policy Press, pp. 17 ss.
- DRIGO, C. (2013). «La dignità umana», in L. MEZZETTI (a cura di) *Diritti e doveri*, Torino: Giappichelli, pp. 161 ss.
- DULITZKY, A.E. (2008). «Pobreza y derechos humanos en el sistema interamericano. Algunas aproximaciones particulares», *Revista IIDH*, n. 48, pp. 107 ss.
- DÜWELL, M. (2014). «Human dignity: concepts, discussions, philosophical perspectives», in M. DÜWELL, J. BRAARVIG, R. BROWNSWORD, D.R. MIETH (a cura di), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 23 ss.
- DWORKIN, R. (2011). *Giustizia per i ricci*, Milano: Feltrinelli
- EINAUDI, L. (1954). *Il Buon governo*, Bari: Laterza, raccolta di scritti a cura di E. Rossi.
- ELIA, L. (1987). «Si può rinunciare allo «stato sociale»», in R. ARTONI – E. BETTINELLI (a cura di) *Povertà e Stato*, Roma: Fondazione Adriano Olivetti, pp. 107 ss.
- EVANGELISTA, G.F. (2020). «Penalising homelessness in Europe», in H.P. GAISBAUER, G. SCHWEIGER, C. SEDMAK, *Absolute poverty in Europe*, Bristol: Policy Press, pp. 313 ss.

- FAHMY, E., SUTTON, E., PEMBERTON, S. (2015). «Are We All Agreed? Consensual Methods and the “Necessity of Life” in the UK Today», *Journal of Social Policy*, 44 (3), pp. 591 ss.
- FAUR, E. (2008). «La pobreza como problema de derechos humanos. Nuevas orientaciones para históricas privaciones», *Revista IIDH*, n. 47, pp. 165 ss.
- FERRARA, M., JESSOULA, M. (2016). «Poverty and social inclusion as emerging policy arenas in the EU», in R. Halvorsen-B. Hvinden (a cura di), *Combating poverty in Europe*, Northampton Ma.: Elgar, pp. 62 ss.
- FERRERA, M. (2005). *Welfare State Reform in Southern Europe. Fighting poverty and social exclusion in Italy, Spain, Portugal and Greece*, NY: Routledge
- FOURAGE, D., LAYTE, R. (2005). «Welfare Regimes and Poverty Dynamics: The Duration and Recurrence of Poverty Spells in Europe», *Journal of Social Policy*, n. 3, pp. 407 ss.
- FRESNO, J.M. (2006). «Addressing the interface between discrimination and poverty», *The EU we want: views from those fighting poverty and social exclusion of future development of the EU*, European Anti-Poverty Network ([https://www.eapn.eu/wp-content/uploads/2006/02/theeuwe%20want\\_en.pdf](https://www.eapn.eu/wp-content/uploads/2006/02/theeuwe%20want_en.pdf))
- GAISBAUER, H.P. (2020). «Absolute poverty and the EU Social Policy Agenda», in H.P. GAISBAUER, G. SCHWEIGER, C. SEDMAK, *Absolute poverty in Europe*, Bristol: Policy Press, pp. 289 ss.
- GAISBAUER, H.P., SCHWEIGER, G., SEDMAK, C. (2020). *Absolute poverty in Europe*, Bristol: Policy Press
- GIANNINI, M.S. (1977). «Stato sociale, una nozione inutile», *Il Politico*, vol. 42, n. 2, pp. 205 ss.
- GRASSO, G. (2017). «I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale», in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano: Franco Angeli, pp. 58 ss.
- GRIMM, D., KEMMERER, A., MOLLERS, C. (a cura di). (2018). *Human dignity in context. Exploration of a contested concept*, Baden Baden: Nomos.
- GROSSO, E. (1997). *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova: Cedam
- HALVORSEN, R., HVIDEN, B. (a cura di). (2016). *Combating poverty in Europe*, Northampton Ma.: Elgar
- HARRIS, D., O’BOYLE, M., WARBRICK, C. (2009). *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press
- HOLMES, S., SUNSTEIN, C.R. (1999). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, NY-London: W.W. Norton & co.
- HUSTER, S. (2018). «The Universality of Human Dignity and the Relativity of Social Rights», in GRIMM, D., KEMMERER, A., MOLLERS, C. (a cura di), *Human dignity in context. Exploration of a contested concept*, Baden Baden: Nomos, pp. 415 ss.

- IPPOLITO, F. (2010). «Cittadinanza e cittadinanze. Tra inclusione ed esclusione», in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di Welfare*, il Mulino: Bologna, pp. 71 ss.
- JESSOULA, M., MADAMA, I. (a cura di). (2018). *Fighting poverty and social exclusion in the EU*, London & NY: Routledge
- JOHANSSON, H., PANICAN, A. (a cura di). (2016). *Combating Poverty in Local Welfare Systems. Active Inclusion Strategies in European Cities*, Londra: Palgrave Macmillan
- KING, J. (2012). *Judging social rights*, U.K.: Cambridge University Press
- KOLOCEK, M. (2017). *The Human Right to Housing in the Face of Land Policy and Social Citizenship. A Global Discourse Analysis*, Londra: Palgrave Mc Millan
- KRIENKE, M. (a cura di). (2020). *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana: tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, Torino: Giappichelli
- KWAN, C.C., BOWPITT, G. (a cura di). (2005). *Human dignity and welfare systems*, Bristol: The Policy Press
- KYMLICKA, W., NORMAN, W. (a cura di). (2000). *Citizenship in diverse societies*, Oxford: OUP
- LAMBERTINI, R. (2000). *La povertà pensata. Evoluzione storica della definizione dell'identità minoritica da Bonaventura ad Ockam*, Modena: Mucchi
- LAROCQUE, F., NOËL, A. (2014). «The politics of poverty in the European Union: How States respond in the open method of coordination on social inclusion», *Policy & politics*, n. 42 (3), pp. 333 ss.
- LAVRYSSEN, L. (2015). «Poverty and Human Rights: A European Perspective», in E. BREMS, ET AL (a cura di), *Human rights and Developments: Legal perspectives from and for Ethiopia*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, pp. 303 ss.
- LEHER, S.P. (2018). *Dignity and human rights*, NY – Londra: Routledge
- LEIJTEN, I. (2013). «From Stec to Valkov: Possession and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 13(2), pp. 309 ss.
- MARGALIT, A. (1998). *The Decent Society*, Cambridge, Ma. - Londra: Harvard University Press
- MARSHALL, T.H. (1992). «Citizenship and social class», in T.H. MARSHALL-T. BOTTOMORE (a cura di), *Citizenship and social class*, Londra: Pluto Press, pp. 3 ss.
- MATTONE, S. (2013). «Diritti fondamentali e politiche sociali nell'anno europeo di lotta alla povertà», in S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI (a cura di), *Diritti Fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, pp. 208 ss.
- MCCRUDDEN, C. (ed.). (2014). *Understanding human dignity*, Oxford: OUP

- MENDOLA, D. (2002). «Approcci, metodologie e dati per le analisi di povertà», in G. CARBONARO (a cura di), *Studi sulla povertà. Problemi di misura e analisi comparative*, Milano: Franco Angeli, pp. 11 ss.
- MEYER-BISH, P. (2004). «Méthodologie pour une présentation systématique des droits humains», in E. BIRBOSIA-L. HENNEBEL (a cura di), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles: Bruylant, pp. 47 ss.
- MEZZETTI, L. (2015A). *Teoria costituzionale*, Torino: Giappichelli
- MEZZETTI, L. (2015B). *Los derechos sociales fundamentales*, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica
- MODUGNO, F. (2008). «I diritti del consumatore: una nuova “generazione” di diritti?», in AAVV. *Scritti in onore di Michele Scudiero*, II, Napoli: Jovene, pp. 1363 ss.
- MOLA, L. (2019). *Oltre la CEDU: la rilevanza della Carta sociale europea e delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali nella recente giurisprudenza costituzionale*, <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2019/05/Mola-L.pdf>, pp. 1 ss.
- MOLLAT, M. (1974). «En guise de préface. Les problèmes de la pauvreté», in ID. (a cura di), *Etudes sur l'histoire de la pauvreté*, Vol I, Parigi: Publications de la Sorbonne, pp. 11 ss.
- MORLICCHIO, E. (2012). *Sociologia della povertà*, Bologna: il Mulino
- MORRONE, A. (2015). «Le forme della cittadinanza nel Terzo millennio», *Quaderni costituzionali*, n. 2, pp. 303 ss.
- MOYN, S. (2018). *Not Enough: Human rights in an unequal world*, Cambridge, Ma.: Harvard University Press
- NEUHÄUSER, C. (2020), «Dignity, self-respect and real poverty in Europe», in H.P. GAISBAUER, G. SCHWEIGER, C. SEDMAK, *Absolute poverty in Europe*, Bristol: Policy Press, pp. 363 ss
- NIELSEN, R., SZYSZCZAK, R. (1993). *The Social Dimension of the European Community*, Copenhagen: Handelshøjskolens Forlag
- NUSSBAUM, M. (2013). *Creating capabilities. The human development approach*, Cambridge Ma.: Belknap Press of Harvard University Press
- O'CONNOR, A. (2015). «Poverty Knowledge and the History of Poverty Research», in D. BRADY, L.M. BURTON (a cura di), *The Oxford Handbook of the Social Science of Poverty*, Oxford: Oxford University Press, pp. 169 ss.
- OGUDE, J. (a cura di). (2019). *Ubuntu and the Reconstitution of Community*, U.S.: Indiana University Press
- ORLANDINI, G., CHIAROMONTE, W. (2017). «Art. 34», in R. MASTROIANNI, P. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano: Giuffrè, pp. 643 ss.

- PALMER, E. (2009). «Protecting Socio-Economic Rights Through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights», *Erasmus Law Review*, 2 (4), pp. 397 ss.
- PANZERA, C., RAUTI, A., SALAZAR, C., SPADARO, A. (a cura di). (2016). *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli: Editoriale scientifica
- PAPANASTASIOU, S. (2020). «Absolute poverty and social protection in the EU: a cross-national comparison», in H.P. GAISBAUER, G. SCHWEIGER, C. SEDMAK, *Absolute poverty in Europe*, Bristol: Policy Press, pp. 249 ss.
- PARRA VERA, O. (2012), «Derechos humanos y pobreza en el Sistema Interamericano. El rol del análisis estructural a partir de informes y siete escenarios estratégicos basados en la responsabilidad internacional», *Revista IIDH*, n. 56, pp. 273 ss.
- PEÑA-CASAS, R. (2012). «Europe 2020 and fight against poverty and social exclusion: fooled into marriage?», in D. NATALI, B. VANHERCKE (a cura di), *Social development in European Union 2011*, Bruxelles: OSE -ETUI, pp. 159 ss.
- PEÑA-CASAS, R., GHAILANI, D., SPASOVA, S., VANHERCKE, B. (2019). *In-work poverty in Europe. A study of national policies*, Commissione Europea - European Social Policy Network (ESPN), in <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=751&langId=it&furtherPubs=yes>.
- PÉREZ MIRAS, A. (2018). «Exclusión social y declaraciones de derechos estatutarios en España», *Italian papers on federalism*, n. 2, pp. 1 ss.
- PETRELLA, R. (2006), *El Derecho a soñar. Propuestas para una sociedad más humana*, Fundación Intermón Oxfam
- PETRELLA, R. (2010). *Estrategias para acabar con la pobreza*, 2010, in [http://www.fdadomin.org/media/20100322163911\\_RiccardoPetrella.pdf](http://www.fdadomin.org/media/20100322163911_RiccardoPetrella.pdf).
- PIERSON, C., CASTLE, F.G. (a cura di). (2013). *The Welfare State Reader*, Cambridge: Polity Press
- PIKETTY, T. (2020). *Capitale e ideologia*, Milano: La nave di Teseo.
- POGGE, T. (2010). *Povert  mondiale e diritti umani*, Roma-Bari: Laterza
- POLITI, F. (2018). *Diritti sociali e dignit  umana nella Costituzione repubblicana*, Torino: Giappichelli
- PRIBYTKOVA, E. (2020). «Protection from poverty in the European Court of Human Rights», in H.P. GAISBAUER, G. SCHWEIGER, C. SEDMAK, *Absolute poverty in Europe*, Bristol: Policy Press, pp. 335 ss.
- RANCI, C., PAVOLINI, E. (2015). *Le politiche di welfare*, Bologna: il Mulino
- RAWLS, J. (ed. 2017). *Una teoria della giustizia*, Milano: Feltrinelli
- REICHLIN, P. (2013). «La sfida al modello sociale europeo», S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI (a cura di), *Diritti Fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, pp. 215 ss.
- RESCIGNO, G.U. (1997), «Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa», *Rivista di Diritto Costituzionale*, n. 1, pp. 37 ss.

- RESCIGNO, G.U. (2000), «Note sulla cittadinanza», *Diritto pubblico*, n. 3, pp. 751 ss.
- REY PÉREZ, J.L. (2004). «El derecho al trabajo, ¿forma de exclusión social? Las rentas mínimas de integración y la propuesta del ingreso básico», *ICADE. Revista De La Facultad De Derecho*, n. 62/ pp. 239 ss.
- ROMAN, D. (2012). «Guaranteeing human rights in situations of poverty», in AAVV., *Redefining and combating poverty. Human rights, democracy and common goods in today's Europe*, Strasburgo: COE Publishing, pp. 83 ss.
- RONCHETTI, L. (2012), «I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni», in ID. (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti*, Milano: Giuffrè, pp. 29 ss.
- RUOTOLO, M. (2012). *Sicurezza, Dignità e lotta alla povertà*, Napoli: Editoriale scientifica
- SABATO, S. et al. (2018). «Europe 2020 and the fight against poverty: from target to governance», in M. JESSOULA, I. MADAMA (a cura di), *Fighting poverty and social exclusion in the EU*, London & NY: Routledge, pp. 14 ss.
- SANGIOVANNI, A. (2017). *Humanity without dignity*, Cambridge Ma. - Londra: Harvard University Press
- SANTORO, E. (2012). «A historical perspective: from social inclusion to excluding democracy», in AAVV., *Redefining and combating poverty. Human rights, democracy and common goods in today's Europe*, Strasburgo: COE Publishing, pp. 21 ss.
- SASSIER, P. (1990). *Du bon usage de pauvres. Histoire d'un thème politique (XVI<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècle)*, Parigi: Fayard
- SAUNDERS, P. (2010). «Inequality and poverty», in F.G. CASTLES ET AL., (a cura di) *The Oxford Handbook of the Welfare State*, U.S.: OUP, pp. 527 ss.
- SCHÜTZE, R. (2018). *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press
- SCHWEIGER, G. (2020), «Justice and absolute poverty», in H.P. GAISBAUER, G. SCHWEIGER, C. SEDMAK, *Absolute poverty in Europe*, Bristol: Policy Press, pp. 383 ss.
- SEDMAK, C. (2020). «High accompaniment needs: absolute poverty and vulnerable migrants», in H.P. GAISBAUER, G. SCHWEIGER, C. SEDMAK, *Absolute poverty in Europe*, Bristol: Policy Press, pp. 229 ss.
- SEN, A. (2000). *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano: Mondadori
- SHETTY, S. (2005), «Millennium Declaration and Development Goals: Opportunities for Human Rights», *International Journal on Human Rights*, n. 2, pp. 7 ss. Testo in [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100001&script=sci\\_arttext&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100001&script=sci_arttext&tlng=es).
- SOMMA, A. (2019). «Contrasto alla povertà e politiche attive del lavoro: reddito di cittadinanza, reddito minimo garantito e regime delle condizionalità», *DPCE*, n. 2, pp. 433 ss.
- STEPHENS, J.D. (2010). «The social rights of citizenship», in F.G. CASTLES ET AL., (a cura di) *The Oxford Handbook of the Welfare State*, U.S.: OUP, pp. 511 ss.



- STREEK, W. (1999). *Competitive Solidarity: Rethinking the 'European Social Model'*, MPIfG Working Paper, No. 99/8, Max Planck Institute for the Study of Societies (MPIfG), Cologne, in <http://www.mpifg.de/pu/workpap/wp99-8/wp99-8.html>
- SUSÍN BETRÁN, R. (2011). *La regulación de la pobreza: el tratamiento jurídico-político de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Logroño: Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones
- TARELLO, G. (1964). «Profili giuridici della povertà nel francescanesimo prima di Ockham» in *Scritti in memoria di Antonio Falchi, Annali della Facoltà dell'Università di Genova*, III, Milano: Giuffrè, pp. 5 ss.
- TOWNSEND, P. (1979). *Poverty in the United Kingdom*, Harmondsworth: Penguin
- TOWNSEND, P. (1987). «Deprivation», *Journal of Social Policy*, 16 (2), 125 ss.
- TOWNSEND, P. (1993). «Theoretical Disputes About Poverty», in P. TOWNSEND (a cura di), *The International Analysis of Poverty*, Hemel Hempstead: Harvester Wheaysheaf, pp. 113 ss.
- TRIPODINA, C. (2013). *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa*, Torino: Giappichelli
- TRIPODINA, C. (2015). «Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza», *Costituzionalismo.it*, n. 1, pp. 1 ss.
- URQUIJO, L.G. (2017). «The Europeanisation of Policy to Address Poverty under New Economic Governance: The Contribution of the European Semester», *Journal of Poverty and Social Justice*, 25, pp. 49 ss.
- VINCENTI, U. (2009). *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari: Laterza
- WALDRON, J., (2010). *Socioeconomic Rights and Theories of Justice*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 245. [http://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/245](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/245) 2010.
- YAMIN, A.E. (2015). *Power, Suffering, and the Struggle for Dignity. Human Rights Frameworks for Health and Why They Matter*, U.S.: University of Pennsylvania Press
- ZILLER, J. (2017). «Art. 51», in R. MASTROIANNI, P. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano: Giuffrè, pp. 1042 ss.
- ZIMMERMANN, K., PETZOLD, N. (2018). «The German way: reaffirming sovereignty, while accommodating the EU anti-poverty strategy», in M. JESSOULA, I. MADAMA (a cura di), *Fighting poverty and social exclusion in the EU*, London & NY: Routledge, pp. 78 ss.

ZONCA, E.V. (2016), *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri. Profili comparatistici*, Padova: Cedam

COME RIPARARE IL DANNO PROVOCATO  
TRAMITE LA RECLUSIONE PROVVISORIA  
DI COLUI CHE È STATO SUCCESSIVAMENTE ASSOLTO?  
NOTE ALLA SENTENZA DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE  
85/2019, DEL 19 GIUGNO 2019\*

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’articolo 294 LOPJ non costituisce un caso di errore giudiziario o di funzionamento anormale dell’amministrazione della giustizia. – 3. I danni sulla libertà personale dovuti a carcerazione provvisoria seguita da assoluzione. – 4. L’articolo 294 LOPJ distingue tra i casi senza giustificazione oggettiva o ragionevole e conseguenze sproporzionate. – 5. L’articolo 294 LOPJ costituisce una violazione del diritto alla presunzione d’innocenza. – 6. L’errore e i suoi effetti. – 7. I voti particolari. – 8. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Lo slogan del Congresso al quale si vuole contribuire con questo modesto scritto è ben scelto, oltre che essere evocativo del meraviglioso film di Rossellini. Una Milano fuori dalla portata dei congressisti, ciascuno confinato nel proprio luogo di origine da una pandemia che sarà oggetto di studio per decenni, ha riunito un importante gruppo di studiosi intorno all’idea: “Europa, società aperta”. Ottimo titolo: descrittivo e performativo. Il progetto europeo è sempre stato legato al rendere irrilevante l’idea di confine, al desiderio di cancellare i limiti che in tante occasioni hanno reso difficile il raggiungimento di grandi ideali, rifiutati da altri. La società europea di questo secolo deve proseguire sulla strada intrapresa dal secondo dopoguerra, risolvendo i conflitti generati dal pluralismo, prendendo come riferimento le soluzioni che si sono articolate in altri spazi costituzionali con cui si condivide il destino. La società aperta europea costituisce così una comunità di generosità (che vale il pleonasma) intorno ai valori essenziali del costituzionalismo e, soprattutto, intorno ai diritti fondamentali. È in questo senso che si ritiene opportuno rendere nota la visione del Tribunale costituzionale spagnolo su una questione di grande importanza e che coinvolge il diritto alla libertà per-

\* Una versione in spagnolo è contenuta in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 34, 2020. Tradotto dallo spagnolo da Giacomo Palombino.

sonale e le possibilità di riparazione dei danni prodotti in conseguenza dell'assoluzione di chi è stato colpito dalla carcerazione provvisoria in via cautelare. Come dimostrerò, il Tribunale costituzionale spagnolo non è stato il solo. Non è un'avventura solitaria quella delle dottrine in questa società aperta. Il mio desiderio è approfondire questa realtà.

La sentenza in esame risolve una questione interna di incostituzionalità sollevata dal Tribunale con l'ordinanza 79/2018 relativa all'articolo 294.1 della Legge organica del potere giudiziario (LOPJ), che stabiliva: "Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios"<sup>1</sup>.

L'auto-interrogazione si pone, dopo i dubbi generati a seguito di un ricorso in cui l'appellante ha denunciato la violazione degli artt. 17, 14 y 24.2 CE e 6.2 CEDU relativamente alla sentenza della *Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional* che non ha acconsentito al risarcimento richiesto dall'attore che, dopo aver trascorso 358 giorni in regime di carcerazione provvisoria, è stato definitivamente assolto. In merito all'auto-interrogazione, i dubbi vertono su un dubbio, e cioè se le espressioni "per inesistenza del fatto imputato" e "per questo stesso motivo" dell'articolo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 ledano gli articoli 17 (diritto alla libertà personale), 14 (uguaglianza e non discriminazione) e 24.2 (diritto alla presunzione di innocenza). Il relatore è stato il giudice Fernando Valdés Dal-Re e si caratterizza per due voti particolari, il primo firmato dalla signora Encarnación Roca Trías e il secondo formulato congiuntamente dal signor Antonio Narváez Rodríguez e dal signor Ricardo Enríquez Sancho.

Il presupposto di fatto alla base di tale sentenza è, come abbiamo avuto modo di osservare, quello del trattamento giuridico legato alla carcerazione provvisoria nel caso in cui la persona che è stata oggetto della misura cautelare venga successivamente assolta. In particolare, si riferisce alla validità o inammissibilità di un adeguato risarcimento per riparare agli effetti che la predetta carcerazione provvisoria avrebbe potuto causare.

<sup>1</sup> Nei suoi commi 2 e 3 l'art. 294 LOPJ stabilisce: "2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido. 3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior". La previsione scarna dell'articolo 294 LOPJ è stata a lungo osservata, il che ha portato la dottrina a comprendere il motivo della completa imprevedibilità del risarcimento concesso. Cfr. DOMENECH PASCUAL (2015).

Dalla formulazione letterale dell'articolo 294 della LOPJ si distinguono le cause di assoluzione e non si indicano per supposti i danni in caso di carcerazione provvisoria. In particolare, solo i casi di inesistenza oggettiva (“inesistenza del fatto imputato”<sup>2</sup>) consentono di esercitare un “diritto al risarcimento”, purché – secondo la teoria della responsabilità patrimoniale – siano accreditati i danni. Si segnala che l'articolo 294 è integrato in un insieme di disposizioni della LOPJ contenute nel suo Titolo V intitolato “De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de Justicia”.

Sulla base dell'interpretazione sistematica del quadro normativo, non vi è dubbio che ci troviamo di fronte ad un'assunzione di responsabilità patrimoniale che nasce per effetto di una delibera giudiziale. Uno sforzo maggiore richiede, invece, la determinazione dei nessi tra il precetto impugnato e l'art. 121 della Costituzione spagnola (d'ora in avanti CE) che, come è noto, afferma: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”. Il 294 LOPJ è un caso di errore giudiziario? Non vi è dubbio che gli articoli 292 e 293 lo siano, ma le connessioni tra il 121 CE e il 294 sono controverse e molto rilevanti.

È proprio su questo aspetto che sono state messe in relazione alcune delle divergenze di opinione mantenute dai giudici nel tempo. Come si evince dalla sentenza (FJ 2), vi è stata una successione di pronunce giurisprudenziali su questo articolo, che rende necessario considerare l'evoluzione temporale, evoluzione che ha fatto perno principalmente sulla giurisprudenza della Corte EDU.

Questa sentenza solleva una serie di questioni di diversa natura tutte cruciali, sia quelle che si riferiscono ai meccanismi di definizione e tutela dei diritti fondamentali, sia quelle che ne affrontano il contenuto. I primi fanno riferimento alla posizione della Corte EDU quale ultimo garante in materia di diritti fondamentali, aspetto che al momento non solleva alcuna obiezione. Le seconde riguardano il fondamento costituzionale del diritto al risarcimento, alla sostanza inequivocabilmente costituzionale di alcune forme di responsabilità patrimoniale, i complessi e irrisolti nessi tra danni – soprattutto non patrimoniali – e diritti (Cfr. DIÉZ-PICAZO, 2011).

<sup>2</sup> Un caso paradigmatico è quello del cosiddetto Crimine di Cuenca, come ricordato nel Parere particolare dei giudici Narváez Rodríguez e Enríquez Sancho, in cui non vi è stata alcuna morte.

Ma c'è di più, poiché l'inquadramento del procedimento di cui all'articolo 294 LOPJ consente di riaprire il dibattito su quali siano le specifiche procedure per esigere responsabilità davanti all'amministrazione della giustizia. Si consideri, ad esempio, che l'Avvocatura dello Stato, come si evince dagli antecedenti di fatto (n. 6), giunge a ritenere che la soppressione dei commi censurati porterebbe a fissare come oggettivo e illimitato il risarcimento nelle fattispecie di riferimento, il che comporterebbe incidere su una decisione del costituente. In definitiva, per l'avvocato dello Stato, l'estensione della responsabilità patrimoniale di fronte alle decisioni giudiziarie va al di là di quanto la Costituzione consenta all'articolo 121, che viene considerato esaustivo<sup>3</sup>. Presumibilmente, il motivo è il potenziale impatto sulla posizione della magistratura. Certamente, e questo è qualcosa che si nota nella stessa sentenza – così come da alcuni suoi commentatori<sup>4</sup> – ciò è una conseguenza abbastanza plausibile del fatto che le delibere che prescrivono la misura cautelare siano in calo.

Così, la sentenza in esame tocca una materia in evoluzione sulla quale diverse giurisdizioni hanno convenuto in tempi diversi (TS, TC e CEDU), intavolando un dialogo tutt'altro che chiuso sui diritti fondamentali e sul risarcimento come forma di riparazione. Nello specifico, si può rilevare che solleva un insieme di problemi di grande portata e importanza<sup>5</sup>, sia teorici che pratici, che riguardano, ad esempio: a) La nozione stessa di danno e risarcimento<sup>6</sup> b) L'esistenza o meno di un diritto ad essere risarcito quando si irroga un sacrificio spaziale a un cittadino nell'ambito protetto da un diritto fon-

<sup>3</sup> Questo argomento si riflette in un'altra forma controversa di responsabilità patrimoniale, quella che colpisce il legislatore. Non stabilirlo espressamente significa escluderlo perché la sua attuazione implicherebbe un limite al diritto che la Costituzione non prevede? Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA (2002).

<sup>4</sup> Questa sentenza “tendrá además la utilidad marginal de moderar el celo de jueces y fiscales a la hora de no acordar prisiones preventivas dudosas o claramente temerarias”. Cfr. L. RODRÍGUEZ RAMOS (2019).

<sup>5</sup> Il TC si vede ancora obbligato ad affermare: “el legislador ha dispuesto una compensación del daño a través de una indemnización, resarcimiento que este Tribunal ha considerado, además, vía adecuada de protección de los derechos fundamentales (SSTC 181/2000, de 29 de junio, FJ 8; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 4; 105/2004, de 8 de junio, FJ 3; 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4)”. FJ 5

<sup>6</sup> Infatti c'è un'accusa generale di incomprensione tra i diversi interlocutori. Dal TC al legislatore quando si afferma che la formulazione del 294 è praticamente insostenibile; dai VP all'opinione maggioritaria quando si fa notare, ad esempio, che risarcimento si confonde con indennizzo o quando addirittura si nega che nel presupposto sottostante non vi sia più danno risarcibile ma nemmeno danno.

damentale; c) se l'eventuale diritto al risarcimento derivi o meno dal diritto stesso o debba essere concepito autonomamente<sup>7</sup>; senza tralasciare, d), questioni circa l'accertamento del danno e la precisione delle istanze che possono giungere ad evidenziare le eventuali conseguenze risarcitorie (Cfr. COBREROS MENDAZONA, 2019).

A parere di alcuni autori questo è stato sicuramente – e né più né meno – il caso più rilevante di cui si è occupato il TC nel corso del 2019<sup>8</sup> e senza la necessità di condividere quel giudizio sulla posizione in graduatoria, ciò che non è discutibile è che si tratta di un'affermazione di enorme attualità con tre poli interconnessi: i diritti fondamentali, la responsabilità patrimoniale dell'amministrazione della giustizia e il diritto all'indennizzo. Come abbiamo già indicato, la discussione è tutt'altro che chiusa<sup>9</sup>. Infatti, nel dibattito sulla rilevanza costituzionale dell'amparo che ha dato luogo all'autointerrogazione – in accordo con la dottrina della STC 155/2009 – la Corte allude all'opportunità di chiarire o modificare la sua precedente dottrina<sup>10</sup>.

Non si può, infine, evitare di sottolineare, in questa prima sezione di contestualizzazione della sentenza, che i casi di mancato risarcimento per coloro che hanno subito la carcerazione provvisoria e sono stati successivamente assolti siano stati oggetto di una serie di condanne da parte della Corte EDU fino al Regno di Spagna. La saga di Puig Panella<sup>11</sup> è stata un fattore chiave

<sup>7</sup> “La falta de reconocimiento del derecho a la reparación como parte del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 17 CE cuando éste es legítimamente sacrificado llevaría a una contradicción de imposible entendimiento en un Estado social y de Derecho: la Constitución habría otorgado mayor protección a la propiedad que a la libertad, cuando esta última constituye el soporte del ejercicio de muchos otros derechos constitucionales y forma parte, como bien ha señalado el Tribunal constitucional de la dignidad humana en la que se fundamentan el orden político y la paz social”, cit. DEL SAZ CORDERO (2014). Su questa prospettiva non è del tutto d'accordo DOMENECH PASCUAL (2015).

<sup>8</sup> Cfr. NIETO GARRIDO (2020). Se trata de una opinión, en cualquier caso, difícil de suscribir habida cuenta de la relevancia de algunos de los casos que el TC tuvo que abordar durante ese año. De hecho, no figuraba en el repaso a la jurisprudencia constitucional realizado por, entre otros, el autor de estas líneas (aunque bien es cierto que se pensaba en un público no específicamente nacional). Cfr. ROCA, GUILLÉN, VIDAL, QUERALT, REVIRIEGO e ÁLVAREZ (2019).

<sup>9</sup> C'era già una grande polemica sulla questione che viene trasferita osservando le diverse posizioni della Procura e della Avvocatura dello Stato che interessano la risoluzione della questione in sensi diametralmente opposti.

<sup>10</sup> Antecedentes, 3).

<sup>11</sup> Sentenze della Corte EDU del 25 aprile 2006, *Puig Panella c. España*; del 13 luglio 2010, *Tendam c. España*, e del 16 febbraio 2016, *Vlieeland Boddy c. España*.

per impostare il dibattito secondo termini che si sono alquanto discostati da quelli utilizzati nelle prime interpretazioni dell'articolo.

## **2. L'articolo 294 LOPJ non costituisce un caso di errore giudiziario o di funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia**

Le basi giuridiche della sentenza si fondano su un'ampia contestualizzazione. Si evidenzia, quindi, che le prime interpretazioni dell'art. 294 LOPJ – perfettamente identificate con il FJ 2 della risoluzione – normalmente si sviluppavano intorno alla libertà del legislatore di determinare i presupposti della responsabilità patrimoniale, in modo tale che la prospettiva della sfera sopra la quale ricadeva il danno non aveva una singolarità specifica. Pertanto, la responsabilità patrimoniale della carcerazione provvisoria in caso di assoluzione non era connessa in modo definitivo con l'idea che tale misura fosse una restrizione della libertà personale. Al contrario, è stato considerato come uno sviluppo diretto dell'articolo 121 CE (STS del 27 gennaio 1989). Tale circostanza è di fondamentale importanza poiché, anziché vincolare l'asserito risarcimento alla lesione del diritto, è legata alla capacità delle istituzioni di regolamentazione di modulare l'esercizio dei pubblici poteri. In definitiva, è il paradigma delle fonti e degli enti, piuttosto che quello dei diritti, il fattore determinante. Il risarcimento nei casi di errore giudiziario segue dunque la dinamica della responsabilità patrimoniale del legislatore, in cui all'aggiornamento normativo del quadro costituzionale è attribuita la capacità – certamente libera – di precisare i casi in cui si procederebbe<sup>12</sup>.

Ma è proprio quando la presunzione di innocenza emerge come paradigma prioritario di controllo che questo panorama si offusca e ci si chiede perché dinanzi alla carcerazione provvisoria e successiva assoluzione, in alcuni casi si paga un risarcimento e in altri no.

L'inversione si opera quando interviene una giurisdizione che opera esclusivamente sui diritti<sup>13</sup>, la Corte EDU, dettando una giurisprudenza rispetto alla quale il TC agisce “en aplicación” (FJ 2). La sostanza costituzionale della Corte di Strasburgo<sup>14</sup> appare in questo caso del tutto fuori dubbio

<sup>12</sup> Sul punto GALÁN VIOCQUE (2001).

<sup>13</sup> Probabilmente uno dei problemi nel ritenere che la Corte di Strasburgo sia pienamente integrata nel complesso delle Corti costituzionali è proprio che si concentra solo ed esclusivamente sul ragionamento e sulla decisione sui diritti.

<sup>14</sup> Cfr. GUILLÉN LÓPEZ (2018, 371-410); GARCÍA ROCA (2019).



poiché la sua interpretazione opera come paradigmatica rispetto alla Costituzione spagnola *ex art.* 10.2 C.E.

Strasburgo è dunque la chiave per intendere l'art. 294 come una disposizione legata ad un oggetto specifico, la tutela del diritto alla presunzione di innocenza, affinché l'attenzione non sia più fissata sull'irregolarità dell'attività dell'amministrazione della giustizia. Nel corpo della sentenza si legge più volte che “debe insistirse en rechazar que el art. 294 LOPJ atienda de principio a un supuesto al uso de error judicial, por no acomodarse a tal concepto la prisión provisional acordada en una resolución judicial conforme a Derecho en el momento de adoptarse, aun cuando luego siga un desenlace absolutorio o de sobreseimiento por la inexistencia del hecho” (FJ 4)<sup>15</sup>. Vedremo però come il voto particolare di Roca continui a mettere in discussione questa prospettiva, che vale come un dissenso circa un elemento paradigmatico della costruzione maggioritaria che renderà ovviamente impossibile la convergenza in ciascuno dei suoi sviluppi.

### **3. I danni sulla libertà personale dovuti a carcerazione provvisoria seguita da assoluzione**

Risolto ciò, la sentenza si interroga sul motivo del risarcimento. E ciò in quanto, sulla base di questi motivi, si potrà anche giustificare perché si riferisce ad alcuni soggetti e non ad altri. A questo compito fondamentale si applica il quinto *fundamento*, che è senza dubbio uno degli aspetti più rilevanti della presente sentenza poiché, come specificamente affermato dalla Corte, è la prima volta che la questione viene affrontata in modo radicale.

Rileva, quindi, che l'art. 294 trova spiegazione solo “la singularidad del derecho involucrado y de la injerencia que supone la prisión preventiva, con efectos sumamente gravosos para el ciudadano”. Nello specifico, reintegra l'entità del diritto – presupposto, a sua volta, di altri diritti e libertà – e le molteplici conseguenze che derivano dalla sua lesione (indebita, anche senza errore giudiziario). Pertanto, la chiave è costituita dalla connessione tra il danno e il diritto cui si può – sempre imperfettamente – trovare una soluzio-

<sup>15</sup> “También “el legislador desarrolla el error judicial y el funcionamiento anormal por un lado – el art. 293 LOPJ –, con un claro vínculo con el art. 121 CE, y por otro dispone un precepto distinto – el art. 294 LOPJ –, para recoger una responsabilidad patrimonial que tiene otra fuente, que obedece a otro título de imputación que no exige culpa o anormalidad” (FJ 8).

ne solo con un risarcimento<sup>16</sup>. Da questo punto di vista, la sentenza ci aiuta ad individuare un'evoluzione generale che tende infine a considerare molto specifici gli ambiti tutelati dai diritti (nel senso che richiedono la massima attenzione per il loro legame con la dignità umana) e a vedere quegli stessi diritti in una dimensione più ampia che possa porre riparo quando sono colpiti negativamente<sup>17</sup>. Il danno diventa il fulcro dell'analisi e per il TC non c'è dubbio che sia subito da chi sostiene una misura cautelare di tale entità<sup>18</sup>. Si ripete l'invocazione della parola "sacrificio" (fino a otto volte questa parola compare in FJ 5) e non si lascia spazio a scrupoli nel riferirsi a "las evidentes repercusiones físicas y psíquicas que la prisión puede tener sobre quien la sufre junto a las consecuencias de toda índole que pueden derivar de ella"; come incide sulla "multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles (por todas, STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2) y afecta al desenvolvimiento de la mayor parte de los derechos fundamentales y, singularmente, de los derechos de la personalidad". Non è affatto meno importante il dato per cui la carcerazione provvisoria possa essere estesa a quattro anni, costituendo questo *obiter* un elemento probabilmente rilevante per determinare nella dottrina successiva l'intensità del sacrificio di altre meno vergognose restrizioni della libertà personale da questo punto di vista.

In definitiva, secondo il TC, la reclusione (la questione non si pone riguardo ad altre forme di restrizione della libertà di cui all'art. 17 CE) provoca un danno, sacrificando la libertà di una persona, e tale danno, in caso di

<sup>16</sup> Sui concetti di danno e indennizzo cfr. LLAMAS POMBO (2020).

<sup>17</sup> Ritengo infatti che sia proprio questa convinzione a sostanziare specifiche disposizioni retributive come quella contemplata in LO 3/2007 per l'effettiva parità tra donne e uomini, dove all' articolo 10 stabilisce: "Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias". Si potrebbe sostenere che c'è una differenza da tenere in considerazione tra i due esempi esaminati e che non è affatto di poco conto. Si tratta del fatto che in un caso è il perseguimento dell'interesse generale – come nel caso della sicurezza – che dà luogo alla violazione del diritto, mentre nel caso della discriminazione fondata sul sesso, la causa del pregiudizio non è in alcun modo connessa con un'autorità pubblica (sebbene sì, si potrebbe pensare, con un interesse pubblico meritevole di tutela quale il diritto fondamentale alla libertà di impresa art. 38).

<sup>18</sup> Il che significa che l'istituto della responsabilità patrimoniale non lo è. Concordo con l'opinione privata di Roca quando fa notare che l'interpretazione dell'art. 294 della sentenza si allontana dalla responsabilità patrimoniale, ma una tale partenza mi sembra corretta.

successiva assoluzione, non ha ragione di essere sopportato. È questa una delle discrepanze sostanziali sollevate da tale sentenza: a parere della Procura, ad esempio, “el régimen legal de la prisión viene acompañado de un ámbito de incertidumbre sobre si el proceso terminará con la absolución o el sobreseimiento, y teniendo los ciudadanos el deber jurídico de soportar dicha incertidumbre” (Antecedentes 6). Il diritto, così intrinsecamente legato alla sicurezza, è ora legato all’incertezza, anche sotto forma di dovere. Nella medesima discussione influiscono i voti particolari. Quello del magistrato Roca fa un passo in più, negando addirittura che ci siano danni<sup>19</sup>. Ciò è espressamente affermato (anche riferendosi alla custodia cautelare in luogo della carcerazione provvisoria): “si los casos por los que puede acordarse la detención preventiva se ajustan a lo establecido en la ley, tal como afirma la sentencia, serán casos constitucionalmente lícitos, en los que *resulta imposible encontrar daño alguno*, según lo que ya he afirmado en el anterior apartado”<sup>20</sup>.

Tuttavia, il secondo voto particolare, firmato dai giudici Narváez ed Enríquez, non nega l’esistenza del danno ma lascia intendere che esiste una differenza tra quello generato nei casi di inesistenza soggettiva e oggettiva. Per i

<sup>19</sup> A volte sostiene che ci sia un danno, ma in nessun caso quello che fa sorgere un obbligo di riparazione.

<sup>20</sup> È anche, di conseguenza, in disaccordo col fatto che si definisca risarcimento perché questo è un modo per riparare il danno risarcibile. In mancanza di ciò, nel caso i pubblici poteri possono gentilmente concedere compensazioni: Cfr.: “Mi opinión es que se está utilizando de una forma incorrecta la naturaleza de las compensaciones equiparándolas a las indemnizaciones. Las leyes han acordado en numerosas ocasiones compensaciones por daños que no son indemnizables: los casos de la pérdida de cosechas por inundaciones; las compensaciones a las víctimas del terrorismo (Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo; completada por el reglamento publicado en el Real Decreto 671/2013); la Ley 14/2002, de 5 junio y el Real Decreto 377/2003, de 28 de marzo establecen un sistema de ayudas por determinadas infecciones sanitarias, en los casos de personas afectadas de hemofilia y que hayan sido contaminadas por el virus de la hepatitis C a través de transfusiones o tratamientos con concentrados de factores de coagulación; las indemnizaciones a víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos, reguladas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, varias veces modificada, en todas estas leyes y otras que por brevedad no se citan, no se trata exactamente de un tipo de responsabilidad del Estado, sino de ayudas públicas para personas que hayan sido víctimas de diversas situaciones, delictivas o no, que generan compensaciones a cargo del Estado, sin forzar el ordenamiento constitucional, antes bien, con apoyo en las correspondientes disposiciones constitucionales, el Estado ha acordado compensar de unos daños sufridos que no entran en la categoría de la indemnización, porque no concurre en ellos ninguno de los títulos que hacen nacer la obligación de indemnizar”. (7)

magistrati che si discostano, nel secondo caso, il danno (l'intensità afflittiva, usando i loro termini) è maggiore<sup>21</sup>, motivo per cui si deduce che il legislatore, nella sua libertà di configurare una norma che non trova fondamento costituzionale nell'articolo 121 CE, può fare la differenza quando si tratta di riconoscere un diritto al risarcimento, senza violare l'articolo 14 CE.

Tornando all'opinione maggioritaria, a mio avviso colpisce senz'altro che l'argomento non concluda il fondamento normativo rilevando che una norma che esclude alla radice la possibilità di compensare – salvo casi molto specifici – un sacrificio di libertà, quale afflizione straordinaria, con evidenti e gravi ripercussioni fisiche e psichiche<sup>22</sup>, per questo motivo non lede l'articolo 17. A parere di chi scrive, il *Fundamento* doveva chiudersi nel senso che ho appena indicato e non una sintesi come la seguente: “En suma, la persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad permite la limitación del derecho inviolable a la libertad, en las condiciones y en los casos previstos por la ley, pero también activa un mecanismo de compensación del extraordinario sacrificio que impone”. Come si vedrà nei passaggi in cui viene affrontato il diritto alla non discriminazione, è opportuno ritenere – e senza dubbio con piena coscienza – che non vi sarebbe alcuna eccezione di incostituzionalità, né dal punto di vista dell'articolo 14<sup>23</sup> né dell'articolo 24.2<sup>24</sup>, con un sistema per escludere ad ogni costo il risarcimento. Ma poi un numero considerevole di danni alla libertà non sarebbe stato risarcito. Resta aperta la questione se un diritto fondamentale costituisca o meno un imperativo per il legislatore di configurare un sistema completo di tutela dai danni che eventualmente possono verificarsi<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Appare così la questione cruciale di come misurare il danno, un problema classico in questa disciplina. Cfr. LLAMAS POMBO (2020).

<sup>22</sup> In tal senso, l'assenza della categoria del danno non patrimoniale può sorprendere gli studiosi di illecito civile. Sul punto, cfr. GÓMEZ LIGÜERRE (2015, 27-82).

<sup>23</sup> “Cabe puntualizar que, en este análisis en las coordenadas y conforme a la lógica del art. 14 CE, no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre si el precepto debe o no existir o, más en general, sobre si es constitucionalmente obligada una previsión indemnizatoria” (FJ 6)

<sup>24</sup> “Tan respetuoso del art. 24.2 CE es un sistema automático de indemnización como uno que la excluya sin excepción, del mismo modo que el art. 6.2 CEDH no otorga derecho a una indemnización por prisión provisional adoptada legalmente” (FJ 11)

<sup>25</sup> Già radicalmente sollevato in tema di diritto alla vita e all'integrità fisica in relazione alla Legge sulla Responsabilità Civile e l'Assicurazione nella circolazione degli autoveicoli.

#### 4. L'articolo 294 LOPJ distingue tra i casi senza giustificazione oggettiva o ragionevole e conseguenze sproporzionate

Dal punto di vista del principio di uguaglianza – e dopo aver raccolto in FJ 6 la dottrina canonica sullo stesso – in FJ 7 si afferma che “no se alcanza una justificación objetiva y razonable para excluir los supuestos de acreditada no participación en los hechos” del meccanismo di compensazione di cui all'articolo 294 della LOPJ. In altri termini, inesistenza oggettiva e soggettiva sono le stesse a tali fini, quindi l'art. 294 viene meno dal punto di vista dell'art 14. Ma ciò avviene anche quando si circoscrivono come indennizzabili “los supuestos de absolución o de sobreseimiento por insuficiencia de la prueba de cargo, atañe dicha insuficiencia al hecho o a la participación”.

Da ciò non resta che intendere che possa procedersi al risarcimento quando la carcerazione provvisoria è seguita dall'assoluzione ma che la sua realizzazione dipende da un insieme di fattori e non solo “de los motivos del resultado sobre el fondo de la imputación ventilado en el proceso penal”.

Ciò sostanzialmente determina che le conseguenze dell'assoluzione siano sempre le stesse (sia essa risarcitoria o meno). Non è possibile rispettare il criterio che la persona che non può essere catturata non sia risarcita, mantenendo una dualità nella qualità di assolto che lascia spazio alla distinzione cittadina tra la giustizia materiale – per la quale l'assolto in virtù del principio *in dubio pro reo* è un criminale che non è stato catturato – e la giustizia formale, che appare come meramente procedurale e – anche e in definitiva – ingiusta.

Ciò in quanto convertendo in danno la categoria chiave, il ragionamento del tribunale prende una direzione specifica:

“El sentido resarcitorio de la disposición es ajeno al dato de si la ausencia de condena se debe a que no existió el hecho, resultaba atípico, no concurre conexión de autoría o participación, no se alcanzó a probar más allá de toda duda razonable los anteriores extremos o a si concurre legítima defensa u otra circunstancia eximente. Ninguna de las anteriores circunstancias incide y, por tanto, hace decaer la finalidad de compensar el sacrificio del privado de libertad. Esas otras situaciones de prisión preventiva no seguida de condena desencadenan el *mismo daño*”. (le parti in corsivo sono state aggiunte)<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Come abbiamo visto, il voto particolare di Narváez e Enríquez non individuano lo stesso danno.

Da ciò si deduce che i commi in questione violano l'art. 14 CE<sup>27</sup>, il quale a sua volta consente al TC di non entrare nella possibile violazione dell'art. 17. In questo modo, tuttavia, sorgono questioni spinose, come, per esempio, se il diritto a riparare il danno alla libertà faccia parte o meno del contenuto del diritto. In definitiva, il TC con le sue argomentazioni lascia senza risposta la domanda se un sistema che rifiuta tutti i risarcimenti per coloro che hanno subito la carcerazione provvisoria e successivamente assolto sarebbe conforme alla CE. Sappiamo che non ci sarebbero problemi dal punto di vista dell'articolo 24.2 o dell'articolo 14, ma per quanto riguarda l'articolo 17<sup>28</sup>?

### **5. L'articolo 294 LOPJ costituisce una violazione del diritto alla presunzione d'innocenza**

Sulla base di questi aspetti, la sentenza sposta il suo punto di vista sulla questione specifica di come il precetto incida sulla presunzione di innocenza secondo il quadro interpretativo disegnato congiuntamente dal TC e dalla Corte EDU. In questo senso, c'è un'indiscutibile coincidenza nel fatto che "la presunzione di innocenza è ciò che la Corte EDU dice di essere". Non ci sono dubbi al riguardo. Nel FJ 10 con chiarezza cristallina il TC indica:

“este Tribunal modificó su doctrina tradicional sobre el contenido y ámbito aplicativo del derecho a la presunción de inocencia para acoger la dimensión del derecho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había estimado lesionada precisamente con ocasión de pro-

<sup>27</sup> “La selección establecida en el art. 294 LOPJ por los incisos controvertidos discrimina entre el supuesto de inexistencia del hecho imputado y el resto de supuestos de prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento. La diferencia de trato desde una perspectiva indemnizatoria entre quienes, después de sufrir prisión preventiva, no resultan condenados por haberse probado la inexistencia del hecho y quienes lo han sido por otras razones de fondo es, además, radical, pues solo los primeros pueden ver satisfecha su pretensión de ser indemnizados. Esa diferencia no solo carece de justificación desde la finalidad del precepto que recoge el derecho a la indemnización de quienes se vieron privados de su libertad en aras el interés común, sino que resulta evidentemente desproporcionada en sus consecuencias, de un carácter gravoso extraordinario, ya que quedan excluidos del derecho a la indemnización, por lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE)”. FJ 9.

<sup>28</sup> Ha quindi senso l'obiezione che fa scorrere l'opinione di Roca quando afferma che la questione che costituiva la sostanza della proposta della questione non è affrontata. In effetti, c'è una certa contraddizione.

cedimientos indemnizatorios por prisión provisional del art. 294 LOPJ.”

Il corollario è il seguente: “la finalidad de esta dimensión, que opera como garantía de efectividad del derecho a la presunción de inocencia, es evitar que los funcionarios y las autoridades públicas traten a las personas que han sido absueltas de cargos penales o cuyos procesos penales han sido sobreesfados como si fueran de hecho culpables de la acusación formulada en su contra”. In altri termini, dall’assoluzione per insufficienza di prove non si può desumere alcuna conseguenza se non l’assoluzione per insussistenza del fatto.

Certamente il 294 determina l’apertura di un nuovo processo ma l’opinione maggioritaria<sup>29</sup> non dubita sul fatto che ciò da cui discende la responsabilità penale e ciò che avviene al fine di chiedere il risarcimento dei danni causati dal carcere provvisorio siano del tutto collegati (FJ 11). È proprio su questo collegamento che la Corte si basa per sostenere un’affermazione a mio avviso inquietante:

“Tan respetuoso del art. 24.2 CE es un sistema automático de indemnización como uno que la excluya sin excepción, del mismo modo que el art. 6.2 CEDH no otorga derecho a una indemnización por prisión provisional adoptada legalmente (STC 8/2017, FJ 5)” FJ 11.

In questo aspetto si osserva ancora una volta che l’intera costruzione del TC si basa davvero sul principio di uguaglianza e sulla presunzione di innocenza. Non si tiene conto dell’argomento della lesione della libertà personale e del danno concorrente quando è stata sacrificata.

In definitiva, se alcuni vengono risarciti e altri no, si seminano dubbi sull’innocenza del non condannato che non ha ricevuto il risarcimento.

<sup>29</sup> Non quello del Parere Particolare del Giudice Roca, uno dei cui fondamenti è sostenere che nel caso preso a rinvio vi siano due processi che si mantengono separati. Il secondo, quello in cui si chiede il risarcimento, è sconnesso dal primo e quindi l’esito dello stesso non incide sulla presunzione di innocenza. Questa interpretazione, a mio avviso, si distingue per il suo formalismo, poiché in effetti è ovvio che l’esito della seconda è condizionato dal motivo che ha determinato l’assoluzione. C’è, si potrebbe dire, una passerella abbastanza schietta ed è quella che ha portato alla reiterata condanna della CEDU.

## 6. L'errore e i suoi effetti

Posto in questi termini l'argomento, il verdetto non solleva dubbi in capo al TC. Non c'è modo di salvare la costituzionalità dell'articolo 294 LOPJ, né attraverso un'interpretazione conforme né attraverso il 293. La sua applicazione comporta sempre il rigetto del risarcimento nei casi in cui l'assoluzione sia richiesta sulla base del principio *in dubio pro reo*. La gradazione dell'innocenza che emerge dall'articolo 294 (dalle inesistenze oggettive a quelle soggettive fino a raggiungere l'innocenza "non piena", poiché non può provarsi la responsabilità) non è conforme al paradigma costituzionale per violazione degli articoli 14 e 24.2 CE per come la vicenda è stata interpretata dalla Corte EDU. In questo modo, il legame specifico tra il 294 LOPJ e il 17 CE rimane ingiustificato. La libertà personale, la prima in questione, è alla fine solo un tropo che permette di contestualizzare il sacrificio, motivo per cui si stabilisce che se fosse generale e non si differenziasse tra le ragioni dell'assoluzione, non risulterebbe incostituzionale. Questo argomento<sup>30</sup> mi sembra molto discutibile, considerando che finisce con l'accantonare la discussione sul concorso di risarcimenti economici in caso di carcerazione preventiva.

In definitiva, l'articolo 294 della LOPJ recita come segue: "Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios".

<sup>30</sup> Nello stesso senso RODRÍGUEZ RAMOS (2019): "El artículo 17 consagra el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad, estableciendo los requisitos básicos de las privaciones de libertad operadas por la institución procesal penal de la detención y exigiendo un plazo máximo para la prisión preventiva a determinar por ley. La lesión de este derecho, por erróneas detenciones o prisiones preventivas, parece merecer la responsabilidad patrimonial del Estado Administrador –detención– o Juez –prisión preventiva–, si se acepta a sensu contrario la necesaria realidad y efectividad de tan básico derecho, pues sin duda en tales supuestos erráticos se ha lesionado el derecho fundamental a la libertad personal y, si tal lesión no se repara, su vigencia real y efectiva se convierte en ilusoria en ese caso concreto". Cfr. SIMÓN CASTELLANO (2021): "No podemos dejar de criticar el hecho que la STC 85/2019 haya desaprovechado la oportunidad para declarar que determinados extremos del artículo 294 LOPJ eran inconstitucionales por resultar contrarios a la libertad personal ex artículo 17 CE. Es evidente que existe una conexión o vínculo constitucional del art. 294 LOPJ con el art. 17 CE; de hecho, la fuente del deber indemnizatorio por las prisiones preventivas seguidas de absolución es en realidad el daño que sufre el investigado en su derecho a la libertad. Motivo por el cual resulta incomprensible ese «olvido» forzado del máximo intérprete constitucional, lo que ha sido criticado por la doctrina y, no está de menos recordar que, además, fue expresamente solicitado por la Fiscal General del Estado".



Con una siffatta formulazione, non stupisce che la Corte metta in guardia contro un'interpretazione della stessa che conceda automaticamente un risarcimento nel caso di riferimento. Tenta di farlo rilevando il rispetto dell'ampia portata dell'intervento legislativo e facendo riferimento alla teoria generale sul diritto al risarcimento nella sua concreta applicazione da parte del potere giurisdizionale, ma è difficile limitare l'effettività generale del diritto al risarcimento stabilito dal nuovo articolo 294 LOPJ. Il margine è centrato, come espressamente indicato, sul quantum compensativo e sull'eventualità ("tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto"... è l'espressione, correttamente scelta, che lo rivela) di qualche presupposto non risarcibile che può trovare giustificazione nell'ultimo comma del nuovo articolo. Non è strano che questo argomento non convinca i voti particolari<sup>31</sup> e che la Suprema Corte, nella prima pronuncia in cui ha la possibilità di applicare il nuovo art. 294, stabilisca nell'ottavo *fundamento de derecho*:

"Pese a la advertencia de la falta de automatismo en la indemnización, es lo cierto que el Tribunal Constitucional ha procedido de hecho a dar una nueva redacción al precepto, que pasa a tener el siguiente tenor literal «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios», esto es, salvo los supuestos de que no se hayan irrogado perjuicios, lo que es prácticamente imposible de sostener en el caso de haber padecido prisión injusta, en todos los demás supuestos el tiempo de privación de libertad debe ser indemnizado, esto es, aunque el Tribunal Constitucional defiera a los Tribunales ordinarios la fijación en cada caso de la procedencia de la indemnización, debemos concluir que partiendo de nuestra sujeción a la norma y tomando en cuenta la nueva redacción de la misma, en la que desaparece la mención «por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre», en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización"<sup>32</sup>.

Infine, il TC affronta la questione degli effetti della sentenza, che, come è

<sup>31</sup> La stessa preoccupazione la troviamo in MANZANARES SAMANIEGO (2020).

<sup>32</sup> Sentenza 1348/2019 della *Sala Tercera de lo contencioso Administrativo*, Sección 5ª, del Tribunal Supremo, 10 ottobre.

facilmente prevedibile da chi di noi ne studia la giurisprudenza, dimentica i rigori della nullità del provvedimento (art. 39 LOTC) e richiama l'art. 40 della sua legge regolamentare in modo che solo le nuove cause o quelle in cui non vi sia ancora una risoluzione definitiva possano esserne interessate.

## 7. I voti particolari

Come abbiamo avuto modo di verificare nel seguito della sentenza, ci sono due voti individuali del giudice Encarnación Roca Trías, il primo e il secondo firmato insieme ai giudici Antonio Narváez Rodríguez e Ricardo Enríquez Sancho. Entrambi discostano dall'opinione prevalente e concordano sul fatto che l'articolo 294 della LOPJ non presenti un vizio di costituzionalità, avendo come parametro di riferimento gli articoli 17, 14 e 24.2 CE.

In merito all'articolo 17, il giudice Roca sostiene che “en el fondo de la argumentación de la sentencia late la idea, no explícitamente expresada, que la lesión realmente sufrida por el investigado en prisión provisional declarado absuelto o cuando el asunto se ha sobreesido concierne a su derecho a la libertad” (3). Quindi sostiene, come anche chi scrive, che è una strana visione quella che porta all'emanazione della sentenza. Tuttavia, il voto particolare non arriva a dire in maniera esplicita che si configura una violazione. Piuttosto è d'accordo con la sentenza nell'escludere la violazione dell'art. 17 CE<sup>33</sup>. Lo fa argomentando sulla responsabilità patrimoniale e sulla configurazione dell'articolo 294 LOPJ come uno sviluppo adeguato dell'articolo 121 CE. Rispetto a questo punto, insiste sulla libertà del legislatore<sup>34</sup>:

“el legislador puede regular las instituciones del modo y manera que considere conveniente, siempre y cuando, claro está, tenga en

<sup>33</sup> “La regla del art. 17 CE es la libertad, con las excepciones que se contienen en los párrafos 2 y 3 del propio precepto que llevan a la aplicación del art. 121 CE. En este sentido, estaría de acuerdo con la exclusión de la vulneración del art. 17 CE, que establece la sentencia (fundamento jurídico 8).” A mi juicio, tal exclusión de debe a que el TC, según indica, no considera necesario abordar la cuestión: “Todo ello conduce a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. “por inexistencia el hecho imputado” y “por esta misma causa”, lo que hace innecesario que nos pronunciemos acerca de si, además, conllevan una vulneración del derecho a la libertad”. (FJ 13)

<sup>34</sup> “La Constitución deja al desarrollo legislativo la determinación de los requisitos tanto en el art. 106.2 CE, como en el art. 121 CE, que es el que ahora importa”.

cuenta el contenido constitucionalmente reconocido de los derechos fundamentales. Quiero con ello decir que en el caso de la indemnización por prisión provisional el constituyente en el art. 121 CE solo obliga a indemnizar unos supuestos concretos –error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia– y éstos deben ser respetados en todo caso por el legislador. A partir de este límite puede ampliar los supuestos indemnizables, decidir indemnizar todos o despreciar algunos sin que en ello pueda haber tacha de inconstitucionalidad alguna.”

In definitiva, questo voto dissenziente fa sorgere la seguente domanda: i diritti fondamentali consentono a un regolamento di “ignorare” come risarcibili alcuni casi in cui è sì è verificato un particolare sacrificio?

In realtà, tale visione è il prodotto del paradigma per cui il punto di partenza sia la responsabilità patrimoniale e non i diritti. Così si afferma nell’analisi sull’uguaglianza: “si se abandona la base sobre la que se ha venido sustentando el art. 294 LOPJ, que es la responsabilidad patrimonial, nace una construcción teórica, a la que luego me referiré, en la que no se indemnizan los distintos supuestos, sino cualquier tipo de prisión seguido de absolución”. Neppure rileva che il precetto in questione mette a confronto il diritto alla presunzione di innocenza garantito dall’art. 24, n. 2, CE come dovrebbe essere interpretato sulla base della giurisprudenza di Strasburgo.

I giudici Narváez Rodríguez e Enríquez Sancho raccolgono la testimonianza del giudice Roca e sostengono che il TC è andato oltre quanto gli compete se si ammette la sua posizione di legislatore negativo. Lanciano anche la dichiarazione che l’articolo 294 della LOPJ non ha fondamento costituzionale. Essendo questa argomentazione così chiara, è del tutto evidente che non esiste alcun nesso possibile tra risarcimento e taluni effetti particolarmente gravosi sulla libertà personale. Ciò, a mio avviso, è tutt’altro che scontato e bisogna rilevare come se così fosse, il bene, con la sua garanzia di esproprio, godrebbe di garanzie maggiori rispetto all’art. 17 CE (Cfr. Del Saz, 2014).

Inoltre escludono la violazione degli articoli 14 e 24.2 CE. Riguardo al primo, abbiamo già notato che evidenziano come la sentenza non sia abbastanza esaustiva nello stabilire i termini di paragone. Non è lo stesso danno quello che in tutti i casi determina la carcerazione provvisoria del successivamente proscioltto e quindi rientra nella discrezionalità del legislatore risarcire solo quando ricorre la circostanza che cagiona la maggiore criticità: l’oggettiva inesistenza del reato. Non credo che sia possibile subordinare automaticamente l’intensità afflittiva

a questa sottigliezza giuridica, che, ovviamente, varierà a seconda delle particolari circostanze di ciascun interessato, elemento perfettamente valutabile secondo i criteri generalmente stabiliti per l'individuazione del danno, come precisato anche al comma 2 del precetto impugnato.

Né si vede nel 294 la violazione del diritto alla presunzione di innocenza del 24.2 CE, fondata soprattutto su un'interpretazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo che incide sul linguaggio utilizzato dai giudici che concedono o negano il risarcimento. A loro avviso, i tribunali non sono obbligati da questo precetto a trattare questo tipo di questioni e a dare come esempio risoluzioni giurisprudenziali assolutamente neutre, in modo che il principio del *in dubio pro reo* non venga leso.

Le opinioni dissenzienti, insomma, esprimono i profondi dubbi che continuano a circondare la regolamentazione della questione dell'illecito civile in relazione, in questo caso, ai diritti fondamentali. Gli elementi basilari di questo tema non sono affatto un territorio pacifico.

## 8. Conclusioni

1. Il TC riconfigura sotto nuovi parametri la circostanza integrante del presupposto di fatto dell'articolo 294 LOPJ, considerandola una specifica assunzione di responsabilità patrimoniale dell'amministrazione della giustizia slegata dall'articolo 121 CE.

2. Tale specificità deriva a sua volta dalla posizione particolare del diritto dell'art. 17 CE e dalle conseguenze estremamente dannose che la carcerazione provvisoria ha su coloro che vengono successivamente assolti.

3. Tale sacrificio, tuttavia, potrà meritare o meno un risarcimento, ma nel caso in cui si decidesse di attribuire un diritto al risarcimento dovrà rispettare il principio di uguaglianza (art. 14 CE) e non pregiudicare la presunzione di innocenza (art. 24.2 CE)

4. In merito al principio di uguaglianza, il parere di maggioranza oggettivizza il danno subito dalla custodia cautelare e ritiene che non sia possibile differenziare in base alla causa per la quale la persona è stata definitivamente assolta.

5. La giurisprudenza della Corte EDU così come interpretata dal TC dà una dimensione alla presunzione di innocenza dell'art. 24.2 CE che obbliga a dichiarare l'incostituzionalità dell'articolo 294 LOPJ.

6. La sentenza 85/2019 lascia aperti molte questioni, in particolare in relazione all'effetto dell'articolo 17 CE.

7. Le opinioni dissenzienti mettono in luce le profonde divergenze di opinione, che in ultima analisi portano alla necessità di proseguire l'indagine sul fondamento costituzionale del diritto al risarcimento.

8. È senza dubbio corretto quanto sostiene il secondo giudizio particolare: “La declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los mencionados incisos lleva consigo un cambio sustancial en la configuración del precepto y de esta modalidad de responsabilidad patrimonial de la administración de Justicia por prisión provisional, muy alejada de la que el legislador le quiso dar”. Certamente, ma non è questa una delle conseguenze insite nella dichiarazione di incostituzionalità delle leggi? Quando la LO 4/2000 è stato modificato da STC 236/2007 o LO 1/1992 da STC 341/1993, il complesso normativo in ciascun caso perseguito è stato profondamente colpito? Ciò che si percepisce da questa sentenza è effettivamente una riconfigurazione della responsabilità patrimoniale in termini di legittime restrizioni alla libertà personale; una rielaborazione dogmatica della materia che la separa definitivamente dall'ambito di applicazione dell'art. 121 CE.

### Riferimenti bibliografici

- COBREROS MENDAZONA, E. (2019). El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada. *Revista de Administración Pública*.
- DEL SAZ CORDERO, S. (2014). La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado. *Revista de administración pública*, n° 195, p. 74 y 75
- DIÉZ-PICAZO, L. (2011). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas Thomson Reuters. Madrid.
- DOMENECH PASCUAL, G. (2015). ¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento. *INDRET*, 4.
- GALÁN VIOCQUE, R. (2001). De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador. *RAP*, n. 115,
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. (2002). “El principio de «la responsabilidad de los poderes públicos» según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, Antonio Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 4.
- GARCÍA ROCA, J., (2019). *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters-Civitas. Madrid.

- GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2015). “Concepto de daño moral”, in F. GÓMEZ POMAR E I. MARÍN GARCÍA (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Barcelona, pp. 27-82.
- GUILLÉN LÓPEZ, E. (2018). “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 42, , pp. 371-410.
- LLAMAS POMBO, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*, La ley. Wolters Kluwer.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2020). “El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, Nº 9563, Sección Doctrina. Wolters Kluwer.
- NIETO GARRIDO, E. (2020). “La indemnización de daños o perjuicios causados por las medidas adoptadas durante el estado de alarma”, *Diario La Ley*, Nº 9696, Sección Tribuna, Wolters Kluwer.
- ROCA, E., GUILLÉN, E., VIDAL, C., QUERALT, A., REVIRIEGO, F., ÁLVAREZ, L. (2020). “Spain”, in ALBERT, R., LANDAU, D., FARAGUNA, P., DRUGDA, S., I-CONnect-Clough Center 2019, *Global Review of Constitutional Law*.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2019). “¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019 de 19 de junio: sumarias loas y críticas”, *Diario La Ley*, Nº 9477, Sección Tribuna, 13 de Septiembre de 2019, Wolters Kluwer.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2021). “Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional indebida (Interrogantes tras la STC 85/2019)”, *La Ley Penal*, Nº 143, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica. Wolters Kluwer.

LA COSTRUZIONE DELLA CITTADINANZA EUROPEA  
ATTRAVERSO IL PROGRAMMA ERASMUS:  
UNA QUESTIONE DI SOSTENIBILITÀ\*

GIACOMO PALOMBINO

SOMMARIO: 1. Perché interrogarsi sulla costruzione di una “vera” cittadinanza europea. – 2. La promozione della cultura e la dignità dell’individuo nelle Costituzioni italiana e spagnola. – 3. Istruzione e diritto allo studio quali precondizioni del processo democratico. – 4. Dalle culture europee alla cultura europea. – 5. “Fatta l’Europa, bisogna fare gli europei”: la costruzione della cittadinanza europea tramite il programma *Erasmus*. – 6. La costruzione della cittadinanza europea: una questione di sostenibilità. – 7. A mo’ di conclusione: “Europa, società aperta” (al futuro).

**1. Perché interrogarsi sulla costruzione di una “vera” cittadinanza europea**

Interrogarsi circa la configurazione di una “vera” cittadinanza europea pone l’accento su come la questione si presenti, di per sé, di non agevole risoluzione. Ci si domanda, infatti, per quale motivo la dimensione europea della cittadinanza non possa (ancora) considerarsi parificata alla tradizionale categoria con cui la dottrina costituzionalistica è abituata a dialogare. Detto altrimenti, la questione è perché nel titolo della sezione in cui si colloca il presente contributo si sia deciso di evidenziare che quella europea non possa ancora essere trattata alla stregua di una vera cittadinanza e quali siano le soluzioni da adottare e/o i meccanismi da attivare al fine di poterla intendere tale<sup>1</sup>.

Non c’è dubbio che, in questa prospettiva, non renda agevole la riflessione il fatto che allo *status* di cittadino europeo non corrisponda la conformazione di un popolo europeo, dato che si coglie sia dalla lettera dei Trattati

\* Questo contributo ha ricevuto il premio *ex aequo* come migliore relazione del V congresso internazionale del Seminario Italospagnolo “Europa, Società aperta”.

<sup>1</sup> La suggestione discende, appunto, dal titolo del Panel in cui, in occasione del V Congresso “Europa, società aperta”, è stata realizzata la comunicazione da cui prende spunto il presente contributo. Il titolo, invero, recita “Il cittadino e le istanze sociali: verso una vera cittadinanza”, laddove la formulazione “verso una vera cittadinanza” lascia intendere che ci si riferisca ad un percorso ancora non compiuto, ad una costruzione tuttora in atto e alla ricerca delle soluzioni idonee a completarla.

istitutivi e della Carta dei diritti fondamentali<sup>2</sup>, sia da note pronunce della giurisprudenza<sup>3</sup>. La conformazione di un popolo, infatti, incide sulla presente indagine in quanto quest'ultimo è tradizionalmente inteso quale l'insieme degli individui che vantano un vincolo di cittadinanza con uno Stato<sup>4</sup>. Ed è proprio in funzione di quest'ultimo termine, d'altronde, che si vanno delineando ulteriori elementi di criticità in relazione alla costruzione di una vera cittadinanza, considerato che il soggetto nei cui confronti si instaura quella europea non corrisponde, appunto, ad uno Stato<sup>5</sup>.

È noto, infatti, come il vincolo da cui scaturisce lo *status* di cittadino europeo non sia la diretta conseguenza del rapporto tra l'individuo e l'Unione, bensì il riflesso del legame di cittadinanza che già esiste tra il singolo e uno Stato membro di appartenenza; detto in altri termini, quello con l'Unione è un rapporto "mediato", in quanto passa attraverso il vincolo di cittadinanza che lo stesso individuo detiene nei confronti di uno Stato che aderisce all'Unione<sup>6</sup>. Così stabiliva il Trattato di Maastricht del 1992, che, nella prospettiva di accompagnare l'avanzamento del processo di integrazione e favorire la solidarietà tra i popoli degli Stati membri, ha previsto che la cittadinanza europea non si sostituisse a quella nazionale ma fosse un suo complemento, ovvero la sua titolarità fosse una diretta e automatica conseguenza della cittadinanza di un singolo Stato membro<sup>7</sup>.

Già solo riflettendo su questi presupposti, sembra emergere come il cortocircuito che innesca, in capo al costituzionalista, il dubbio che quella europea non possa ancora definirsi una vera cittadinanza, dipenda, probabilmente, da una diversa combinazione delle categorie tradizionali su cui poggia lo studio del diritto costituzionale<sup>8</sup>. Tra queste rientrano, senza dubbio, gli elementi costitutivi dello Stato, da cui discendono anche i criteri di configurazione della cittadinanza (si pensi alla sovranità) e a cui la vicenda europea,

<sup>2</sup> La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per esempio, esordisce riferendosi proprio ai "popoli europei", formulazione che si rinviene sia nel TUE che nel TFUE, dove l'utilizzo del plurale sta a sottolineare l'inesistenza di un popolo europeo.

<sup>3</sup> Celebre la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 1992, in cui si legge che "con il trattato di Maastricht non viene fondato uno stato che ha le sue radici nel popolo (*staatsvolk*) europeo, ma un'associazione di stati attraverso cui diventa più stretta l'unione dei popoli europei attualmente organizzati".

<sup>4</sup> Si rinvia, in generale, alla manualistica di diritto costituzionale.

<sup>5</sup> Sul punto, in generale, si rinvia a SILVESTRI, (2013); FERRAIUOLO, (2020).

<sup>6</sup> Si rinvia a PINELLI, (2007).

<sup>7</sup> Tale previsione oggi confluisce nell'art. 9 TUE.

<sup>8</sup> In generale, v. CASSESE; SCHIERA; VON BOGDANDY, (2013).



non coincidendo ad una dimensione statutale, non permette di fare propriamente ricorso<sup>9</sup>.

Tuttavia, ci si domanda se al fine di configurare una vera cittadinanza europea, ci si possa qui riferire a quello che autorevole dottrina ritiene essere il quarto elemento costitutivo dello Stato (accanto a popolo, sovranità e territorio), ovvero la cultura (HÄBERLE, 2005). Detto altrimenti, la questione è se la costruzione della cittadinanza europea sia anche un “fatto” culturale, da collocarsi, evidentemente, nelle più articolate dinamiche del processo di integrazione.

Il presente capitolo, dopo aver circoscritto una nozione di cultura, tenterà di rispondere proprio a questo quesito, e ciò soprattutto tenendo conto di come l’Unione abbia previsto strumenti finalizzati allo sviluppo e alla promozione della cultura europea. Tra questi, in particolare, rientra il Programma *Erasmus*, il quale, dando vita ad una rete della conoscenza che coinvolge tutti i paesi membri, sembra costituire una essenziale ramificazione del processo di integrazione proprio per quanto riguarda la costruzione di una vera cittadinanza<sup>10</sup>. In conclusione, si proverà a dimostrare come il processo di costruzione della cittadinanza europea tramite i programmi attuati in campo formativo possa trattarsi alla stregua di una questione di sostenibilità.

## **2. La promozione della cultura e la dignità dell’individuo nelle Costituzioni italiana e spagnola**

Il concetto di cultura è di complessa definizione, motivo per cui il ricorso allo stesso non esula dal rischio di generare equivoci sul piano strettamente interpretativo<sup>11</sup>. Tuttavia, ci si riferisce a una nozione che, nonostante si caratterizzi per confini non ben definiti, trova una sua specifica collocazione nel diritto costituzionale e corrisponde, sul piano testuale, a un bene oggetto di tutela e promozione da parte degli Stati<sup>12</sup>.

Questa considerazione rintraccia una sua corrispondenza sia nel testo della Costituzione italiana che in quello della Costituzione spagnola<sup>13</sup>. Tra i

<sup>9</sup> Sul punto, si rinvia alla manualistica di diritto costituzionale.

<sup>10</sup> Su cittadinanza e Unione europea, si veda HÄBERLE, (1997).

<sup>11</sup> In generale, HÄBERLE, (2011). Nell’ambito di questa riflessione, non può che rinviarsi a quella letteratura che ha studiato la dicotomia cultura/civiltà (*Kultur/Zivilisation*). Si rinvia, su tutti, a TYLOR, (1972).

<sup>12</sup> In materia, si rinvia a LUTHER, (2020).

<sup>13</sup> La scelta di riferirsi alla Costituzione italiana e a quella spagnola dipende principalmen-

principi fondamentali della Costituzione italiana, l'art. 9 dichiara che "la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica"<sup>14</sup>. Nel caso della Costituzione spagnola, invece, il termine cultura (pur rintracciandosi in molteplici disposizioni) lo si evidenzia in maniera particolare nel testo dell'art. 44, dove si legge che "los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho"<sup>15</sup>.

I testi costituzionali assunti a riferimento, tuttavia, non consentono di rintracciare una definizione univoca di cultura, bensì, leggendone il disposto, ne sono molteplici le declinazioni offerte sia dal Costituente italiano che da quello spagnolo.

L'art. 9, co. 1, della Costituzione italiana, per esempio, pone significativamente la promozione della cultura accanto a quella della ricerca scientifica e tecnica, dovendosi intendere i beni di riferimento riconducibili a un medesimo ambito di tutela. Inoltre, se si accoglie l'idea della "traiettorie circolare" (AINIS; FIORILLO, 2015, 171) che la dottrina ha individuato nella costruzione dell'art. 9, nella sfera dell'elemento culturale (nonché dell'impegno della Repubblica alla relativa promozione) vanno inclusi anche il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione indicati nel comma 2 del medesimo articolo.

Anche la Costituzione spagnola offre più declinazioni della nozione di cultura. Lo fa, per esempio, all'art. 3, dove definisce "la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España" quale "patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección". Ulteriore declinazione, condivisa con quella presente nella Costituzione italiana, la si rinviene nell'art. 46, dove si legge che "los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran"<sup>16</sup>.

Ma al di là delle specifiche declinazioni del concetto di cultura (rinvenibili, oltre che sul piano strettamente testuale, anche in via interpretativa, soprattutto ricorrendo a criteri di natura strettamente sociologica), è interessante notare come vi sia un particolare aspetto riguardante la nozione di cultura che lega i due disposti costituzionali ed è "condiviso", tra l'altro, con i Trattati dell'Unione. Ci si riferisce, invero, al dato in base al quale la cultura

te dalle origini del contesto scientifico in cui si colloca la pubblicazione del presente volume, ovvero il Seminario Italospagnolo.

<sup>14</sup> Per un commento dell'art. 9, MONTANARI, (2018).

<sup>15</sup> Ancora in tema di cultura, si rinvia a TAJADURA TEJADA, (2001), 83-95.

<sup>16</sup> In generale, si rinvia ancora a TAJADURA TEJADA, (2001).

non sia solo oggetto di tutela, ma anche di promozione e quindi – talvolta testualmente – di “sviluppo”<sup>17</sup>. Oltre che nelle disposizioni costituzionali già menzionate, ciò lo si rintraccia nell’art. 3 del Trattato sull’Unione europea, dove si afferma che l’Unione “rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo”<sup>18</sup>.

D’altronde, non potrebbe essere altrimenti, se si considera che lo sviluppo e la promozione della cultura sono strettamente legati alla tutela dell’individuo e allo sviluppo della sua personalità. A ben vedere, questa impostazione la si coglie in maniera espressa in più articoli della Costituzione spagnola ed è stata confermata, sul piano interpretativo, anche sulla base di quella italiana<sup>19</sup>.

All’art. 9, per esempio, la Costituzione spagnola menziona l’elemento culturale tra i criteri posti alla base del principio di eguaglianza e in funzione del quale valutare l’inclusione del cittadino all’interno della società; ancora, all’art. 25 l’accesso agli strumenti culturali è inteso quale fattore di sviluppo della personalità individuale; ed infine, all’art. 48, si dichiara che i poteri pubblici promuovono le condizioni volte a rendere effettiva la partecipazione della gioventù allo sviluppo politico, sociale ed economico e, appunto, culturale del paese<sup>20</sup>.

Ed è proprio ragionando su tutti questi elementi, e soprattutto sulla intrinseca connessione del termine in oggetto con la dignità stessa dell’individuo, che è possibile giungere a una definizione, per quanto generica, di cultura, in base alla quale quest’ultima sia da intendersi come “quella che nasce dal libero sviluppo della personalità dell’uomo, dalla sua libertà di scelta dei processi formativi, dalla libera formazione del suo sistema di valori” (MERLINI, 2003). Sulla base di questa definizione, sembra allora evidente lo stretto legame che esiste tra la nozione di cultura (e naturalmente le norme che ne garantiscono la tutela e la promozione) e la tutela di quei diritti il cui esercizio, di fatto, determina l’accesso dell’individuo alla cultura o comunque

<sup>17</sup> In questo senso, si legga GIANNINI, (1991).

<sup>18</sup> Su questo tema, SÁNCHEZ BARRILAO, (2009); LANEVE, (2012); DEGRASSI, (2018).

<sup>19</sup> Sul punto, è stato osservato come “un regime di piena libertà scolastica, per l’efficace contributo che dà alla formazione spirituale del cittadino, entra come elemento essenziale nel sistema dei sostegni che la società offre allo Stato, e nello stesso tempo in quello delle controforze che la società dev’essere capace di opporre alla pressione che lo Stato volesse indebitamente esercitare sull’autonomia della persona” MORTATI, C. (1959). *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*. Rai. Roma, 105.

<sup>20</sup> In generale, si rinvia a TAJADURA TEJADA, (1998), 97-134.

costituiscono uno strumento finalizzato a usufruire, in senso ampio, di ciò che si definisce cultura<sup>21</sup>. Ci si riferisce, in particolare, all'istruzione e alla tutela del diritto allo studio<sup>22</sup>.

### 3. Istruzione e diritto allo studio quali precondizioni del processo democratico

Le sedi della conoscenza rappresentano, senza alcun dubbio, la principale via d'accesso dell'individuo a tutto ciò che, direttamente o indirettamente, può essere ricondotto nella definizione di cultura poc'anzi offerta. E tra queste sedi, appunto, non possono non includersi tutte quelle legate all'istruzione e al diritto allo studio, intesi a tutti i loro livelli, da quello scolastico a quello universitario<sup>23</sup>. L'istruzione, infatti, contribuisce alla promozione della cultura e, parallelamente, allo sviluppo della personalità dell'individuo<sup>24</sup>.

Quest'ultimo aspetto, così come la centralità del diritto allo studio, lo si coglie espressamente dalla lettera delle Carte costituzionali già assunte a riferimento. Nel caso della Costituzione italiana, è stato più volte sottolineato lo stretto legame che esiste tra il già menzionato art. 9 e l'art. 33<sup>25</sup>. In via del tutto generale, si ricordi come quest'ultimo tuteli la libertà dell'insegnamento e sancisca l'impegno della Repubblica nell'organizzazione dell'istruzione nonché delle scuole statali, riconoscendo anche a enti privati il diritto di "istituire scuole ed istituti di educazione". In questa prospettiva, l'art. 34 Cost. dichiara che "la scuola è aperta a tutti" e che "l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita", laddove i criteri dell'obbligatorietà e della gratuità non fanno altro che confermare la centralità dell'istruzione e l'impegno dello Stato sul punto<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Sul punto, MORO, (1947) riteneva che è "essenziale, perché vi sia una vera libertà in materia di educazione, che sussista accanto all'iniziativa statale (...) una molteplicità di iniziative educative ed una possibilità effettiva di scelta da parte (...) di coloro i quali siano interessati al processo di educazione".

<sup>22</sup> In questo senso, HÄBERLE, (2011) afferma che la cultura "è più concretamente determinabile come quella sfera in cui lo Stato instaura un legame particolarmente stretto con il mondo dello spirito, cioè i tre ambiti principali: formazione (*Bildung*), scienza e arte".

<sup>23</sup> In generale, si rinvia a MANGIAMELI, (2000). 209 ss..

<sup>24</sup> Su questi temi, cfr. CRISAFULLI, (1956), 271 ss.; ZANGARA, (1959), 389; CERETI, (1963), 163 ss..

<sup>25</sup> Sul punto, si veda CROCE, (2009), 895 ss..

<sup>26</sup> In materia di diritto allo studio, si rinvia ad ATRIPALDI, (1975), 30 ss.

Dello stesso tenore sono le norme in materia presenti nella Costituzione spagnola. In particolare, l'art. 27, oltre a riconoscere il diritto di tutti all'istruzione e garantire la libertà dell'insegnamento, specifica che "la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales".

Ed è proprio sulla base di questi ultimi passaggi ricostruttivi che si vogliono riprendere le fila della più stretta riflessione sulla cittadinanza, ovvero chiarire il legame che esiste tra quest'ultima, cultura e istruzione. Per far ciò, si inizi con il sottolineare che nell'ambito della riflessione di diritto costituzionale, il ricorso al termine "cittadino", potendo essere analizzato secondo molteplici prospettive, può talvolta generare degli equivoci. Proprio il testo della Costituzione italiana, d'altronde, offre un esempio (ci si riferisce all'art. 3, co. 1) di come, almeno in via interpretativa, si sia presentata la necessità di riferirsi con il concetto di "cittadino" a una comunità più ampia di quella tecnicamente riconducibile alla nozione di "popolo"<sup>27</sup>.

Tuttavia, è noto come dalla titolarità dello *status* di cittadino in senso stretto discenda una serie di situazioni giuridiche soggettive. Queste ultime corrispondono sia a vantaggi cui i non cittadini non possono accedere (o non possono accedere nella stessa misura), sia a obblighi e doveri che coloro che non detengono un vincolo di cittadinanza non sono chiamati (o, talvolta, tenuti) a rispettare<sup>28</sup>. Ebbene, proprio facendo riferimento a questo insieme di situazioni giuridiche attive e passive, è possibile cogliere quegli elementi che permettono di intercettare il legame che esiste tra cittadinanza, da un lato, e istruzione e cultura, dall'altro. Ciò soprattutto avendo riguardo a quella sfera di diritti e doveri riconducibili alla partecipazione del cittadino al processo democratico<sup>29</sup>.

Si pensi, nello specifico, al diritto di elettorato attivo e passivo. Sia la Costituzione italiana che quella spagnola offrono, nei loro rispettivi *incipit*, delle inequivocabili indicazioni sul fatto che solo il cittadino sia ammesso all'esercizio della sovranità popolare, e cioè ammesso sia ad esprimere la sua volontà al fine di eleggere i rappresentanti politici (elettorato attivo), sia a

<sup>27</sup> Sul punto, si rinvia a molteplici sentenze della Corte costituzionale italiana. Tra le altre, v. sentenza n. 25 del 1966; sentenza n. 104 del 1969; sentenza n. 144 del 1970.

<sup>28</sup> Oltre che, in generale, alla manualistica di diritto costituzionale, si rinvia a BALAGUER CALLEJÓN, (2020). 73 ss.

<sup>29</sup> In linea generale, sul punto, si rinvia a STAIANO, (2008).

svolgere in prima persona il ruolo di rappresentante (elettorato passivo)<sup>30</sup>. Come è noto, infatti, la Costituzione italiana esordisce dichiarando, all'art. 1, che “la sovranità appartiene al popolo”, mentre all'art. 1, co. 2, quella spagnola afferma che “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Ebbene, non vi è dubbio che l'esercizio della sovranità sia affidato solo a chi vanta lo *status* di cittadino, anche sulla base della tradizionale impostazione per cui con il concetto di popolo ci si riferisca proprio all'insieme degli individui legati a uno Stato dal vincolo di cittadinanza<sup>31</sup>.

Per quanto tutto ciò rappresenti un dato ampiamente acquisito, non può non ricordarsi come il principio della sovranità popolare e le vicende della rappresentanza costituiscano le basi dello Stato democratico. Ma proprio in funzione di questa considerazione, è un'altra la domanda che rileva in questa sede ed è funzionale all'indagine che ci si propone di svolgere, e cioè quali siano gli strumenti predisposti dal costituzionalismo al fine di garantire il corretto svolgimento del processo democratico<sup>32</sup>; in altri termini, ci si domanda se una democrazia sia tale non solo perché ripone nel popolo la sovranità (che, nei limiti dettati dalla Costituzione, la esercita, principalmente tramite il voto) ma anche in quanto predispone strumenti idonei a tutelare e garantire la stessa partecipazione del cittadino al processo democratico.

Si fa qui riferimento a quelle che autorevole dottrina definisce “precondizioni del processo democratico”, includendole, non a caso, tra i diritti fondamentali riconducibili ai “diritti di cittadinanza” (RODOTÀ, 2012, 63). In tal senso, invero, è stato affermato come “il riconoscimento del diritto di voto libero ed eguale per tutti non può fare astrazione dalle condizioni materiali in cui viene esercitato” (RODOTÀ, 2012, 81) e che, in un certo senso, lo precedono. Detto altrimenti, sono molteplici i fattori che incidono sullo svolgimento del processo democratico, condizionando la consapevolezza del singolo circa l'esercizio dei diritti riconducibili al principio di sovranità e, perché no, talvolta anche influenzando la stessa determinazione dell'individuo a partecipare o meno al processo democratico.

Tra queste precondizioni, per esempio, rientra senza alcun dubbio la libertà di informazione<sup>33</sup>. Il diritto di accedere a un'informazione libera e pluralista è uno dei principali strumenti tramite cui l'individuo alimenta la pro-

<sup>30</sup> In materia di rappresentanza, PAPA, (1998).

<sup>31</sup> In generale, URBINATI, (2018).

<sup>32</sup> Per approfondire questo tema, si legga FERRAJOLI, (1994).

<sup>33</sup> In generale, PAPA, (a cura di) (2018).

pria identità e, in quanto cittadino, forma la sua opinione politica e partecipa alla vita democratica<sup>34</sup>. In questo senso, la Corte costituzionale italiana ha in passato affermato che la libertà tutelata dall'art. 21 Cost. costituisca la "pietra angolare" di una democrazia<sup>35</sup>.

Sembra opportuno ritenere, tuttavia, che la principale preconditione del processo democratico (che, a pensarci bene, è in un certo senso preconditione anche della stessa libertà di informazione) sia proprio l'istruzione<sup>36</sup>. Ciò in quanto le sedi della conoscenza (la scuola, l'Università, i centri educativi in generale), introducendo l'individuo alla partecipazione al processo democratico, rappresentano delle vere e proprie palestre di cittadinanza. È tramite l'istruzione, infatti, che il singolo, sviluppando la sua personalità, non solo diviene cosciente dei suoi diritti e dei suoi doveri, ma, formando il suo sistema di valori, acquisisce una consapevolezza di sé come cittadino che, per quanto qui rileva, è funzionale anche all'esercizio della sovranità popolare e dunque al corretto svolgimento della vita democratica di un ordinamento<sup>37</sup>.

Tutto ciò, oltre che cogliersi sul piano strettamente interpretativo, è suggerito anche dalle disposizioni costituzionali già menzionate<sup>38</sup>. La libertà dell'istruzione e l'accessibilità alla stessa riconosciuta "a tutti"; l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione inferiore; ma soprattutto l'istruzione (e le sue sedi, in primo luogo la scuola) come luogo di sviluppo della persona sia come individuo che come membro della comunità (in tal senso, significativo il già menzionato art. 27 della Costituzione spagnola che individua l'istruzione quale luogo di sviluppo della personalità nel rispetto dei "principi democratici di convivenza"). La promozione della cultura veicolata dall'accesso all'istruzione, invero, è un fattore di inclusione sociale<sup>39</sup>, in quanto nel suo essere diretta "a tutti" consente di superare quegli ostacoli che limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, così garantendo la loro effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e, soprattutto, sociale e culturale del paese<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> In tema di "democrazia della comunicazione" e formazione dell'opinione pubblica, PAPA, (2017), 246.

<sup>35</sup> Sentenza della Corte costituzionale italiana n. 84 del 1969.

<sup>36</sup> In questo senso, ancora RODOTÀ, (2012), 63.

<sup>37</sup> Sul "progetto di formazione" degli italiani, si veda DE FORT, (2011), 45 ss..

<sup>38</sup> In generale, si rinvia a CASSESE, (1977), 251 ss.

<sup>39</sup> Per approfondire la materia, v. BARBATI, (2011), 1049 ss..

<sup>40</sup> In particolare, art. 3 Cost. italiana e art. 27 Cost. spagnola.

#### 4. Dalle culture europee alla cultura europea

In linea di principio, quanto osservato sul piano degli ordinamenti interni rintraccia una sua corrispondenza anche a livello europeo.

Per quanto riguarda il concetto di cultura, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel titolo dedicato all'uguaglianza, la stessa è assunta quale elemento strettamente connesso alla dignità dell'individuo. L'art. 22, infatti, afferma che "l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica". Non mancano, tra l'altro, disposizioni che recepiscono, nei termini già indicati, l'attività di promozione accanto a quella di tutela<sup>41</sup>.

In questa prospettiva, si ricordi nuovamente l'art. 3, co. 3, TUE, dove si dichiara che l'Unione "rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo". Molteplici, inoltre, sono le disposizioni in materia contenute nel TFUE. Tra le altre, l'art. 6 include la cultura tra i settori di competenza dell'Unione; l'art. 107, co. 3, lettera d), considera compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati a promuovere la cultura; il Titolo XIII è espressamente intitolato alla cultura<sup>42</sup>.

Ma se analizzando il livello nazionale ci si è interrogati circa le declinazioni del concetto in esame (le quali, in linea di massima, non possono che rinvenirsi anche a livello europeo), è ora interessante riflettere su "quale" cultura o "quali" culture siano oggetto della tutela e della promozione dell'Unione<sup>43</sup>. La questione, invero, dipende dal fatto che sia dalla Carta di Nizza, che dai Trattati istitutivi, emerga un continuo dialogo tra le culture europee e la cultura europea. È stato sottolineato, infatti, come una caratteristica dell'Europa sia proprio "l'unità e la pluralità della sua cultura" (HÄBERLE, 2011, p. 115), tanto che potrebbe forse parlarsi dell'esistenza di una "cultura multiculturale dell'Europa" (HÄBERLE, 2011, p. 116)<sup>44</sup>.

Questo aspetto lo si intercetta già nel primo paragrafo del preambolo della Carta dei diritti fondamentali, dove il soggetto della disposizione si identifica con "i popoli europei". Sulla non configurabilità di *un* popolo europeo si è già detto<sup>45</sup>, ma adesso è significativo notare come, sia nella Carta,

<sup>41</sup> Sul tema della dimensione della cultura nel contesto europeo, si rinvia a HÄBERLE, (2016).

<sup>42</sup> In materia, vedi BIEBER; WIDMER, (1995), 364 ss.

<sup>43</sup> In generale, BALAGUER CALLEJÓN, (2004).

<sup>44</sup> Sempre in questa prospettiva, tra l'altro, non può non menzionarsi il motto dell'Unione europea, ovvero "Uniti nella diversità". Su questa tematica, CARTABIA (2005); PINELLI, (2012).

<sup>45</sup> Vedi note n. 2 e 3.



che nei Trattati, da ciò discenda anche la conformazione di molteplici culture<sup>46</sup>. Sempre nel preambolo della Carta, per esempio, si legge che l'Unione rispetta la "diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei"; nel preambolo del TUE, si dichiara che l'Unione si ispira alle eredità culturali dell'Europa; all'art. 3 TUE è specificato che l'Unione rispetta la diversità culturale; allo stesso modo, nell'art. 167 TFUE si dichiara che "l'Unione contribuisce al pieno sviluppo *delle culture* degli Stati membri"; nell'art. 207, co. 4, lett. a), si afferma che nel settore degli scambi di servizi culturali, il Consiglio interviene qualora si ravvisino pregiudizi alla diversità culturale dell'Unione.

Ma se la diversità culturale è intesa quale espressione di una società pluralista e dunque come ricchezza e patrimonio da tutelare, allo stesso modo l'attività di promozione si rivolge anche a una cultura europea, che poggiandosi su una base comune e condivisa da tutti i popoli dell'Unione, sembra corrispondere a un'entità autonoma. In altri termini, emerge come dalla tutela delle culture europee prenda forma la promozione di una cultura europea, quella che rintraccia il suo fondamento nei valori e nelle tradizioni condivisi (una "cultura multiculturale", appunto)<sup>47</sup>.

Anzi, sembra condivisibile affermare che nella prospettiva europea l'impegno alla promozione della cultura acquisti uno scopo alternativo. Tale promozione, invero, calata nelle più ampie articolazioni del processo di integrazione<sup>48</sup>, sembrerebbe diretta proprio a confermare le basi comuni delle culture europee e, in questa direzione, affermare l'esistenza di una cultura europea da cui lo stesso processo di integrazione trae la sua origine. Quest'ultimo, invero, sembra presentarsi quale "vicenda" anche culturale, oltre che politica ed economica, considerato che "cultura e diritto (...) "fanno" l'Europa" (HÄBERLE, 113).

A dimostrazione di ciò, già nel primo paragrafo del preambolo della Carta dei diritti fondamentali, si dichiara la volontà dei popoli europei di "condividere un futuro di pace fondato su valori comuni", concetto più volte ribadito anche con espresso riferimento alle "comuni tradizioni costituzionali". Ma quanto affermato lo si coglie, in maniera più significativa, nell'art. 167 TFUE, dove si legge che "l'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regio-

<sup>46</sup> Sul punto, DEGRASSI, L. (2018), Salvaguardia del pluralismo culturale e linguistico come parte dell'identità europea. *Federalismi.it*, n. 7.

<sup>47</sup> Sempre HÄBERLE, (2011). Su questo aspetto, si rinvia anche a SÁNCHEZ BARRILAO, (2009); PIZZORUSSO, (2002).

<sup>48</sup> In tema di integrazione sovranazionale si rinvia a BILANCIA, (2019).

nali, *evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune* (corsivo mio)”; nello stesso articolo, al comma 2, inoltre, è sancito l’impegno dell’Unione ad integrare l’azione degli Stati in materia di conservazione e salvaguardia del “patrimonio culturale di *importanza europea* (corsivo mio)”.

### 5. “Fatta l’Europa, bisogna fare gli europei”<sup>49</sup>: la costruzione della cittadinanza europea tramite il Programma *Erasmus*

Nel tentativo di sviluppare la riflessione a livello europeo in maniera parallela rispetto a quanto già affermato a livello nazionale, ci si chiede se anche all’interno dell’Unione possa riflettersi su istruzione e tutela del diritto allo studio quali meccanismi di accesso alla cultura, e, nei termini già esposti, di promozione di quella europea<sup>50</sup>. La risposta non può che essere affermativa<sup>51</sup>.

In linea del tutto generica, il diritto allo studio è fatto oggetto di tutela, in particolare, dall’art. 14 della Carta di Nizza, che ribadisce la gratuità dell’istruzione obbligatoria, e dal Preambolo del TFUE, dove si dichiara che l’Unione promuove “lo sviluppo del massimo livello possibile di conoscenza nelle popolazioni attraverso un ampio accesso all’istruzione e attraverso l’aggiornamento costante”. Inoltre, il Titolo XII del TFUE (di cui è significativo segnalare la contiguità con il successivo Titolo XIII dedicato, come già si è avuto modo di osservare, alla cultura) è intitolato “Istruzione, formazione professionale, gioventù e sport”.

È noto, d’altronde, come l’impegno europeo in materia di istruzione preceda di diversi anni le disposizioni menzionate<sup>52</sup>. Più nello specifico, risale al 1987 la nascita del Programma *Erasmus*, sorto, come è noto, con gli obiettivi, tra gli altri, di promuovere la mobilità degli studenti universitari europei, diffondere i valori fondativi dell’allora Comunità europea, favorire l’appren-

<sup>49</sup> Il titolo è una citazione di una frase comune attribuita a Massimo D’Azeglio (anche se sull’attribuzione a quest’ultimo non mancano ricostruzioni alternative). La frase originaria, come è noto, recita “Fatta l’Italia, bisogna fare gli italiani”, volta proprio a sottolineare come, all’indomani dell’Unità d’Italia, pur potendosi parlare di un’Italia unita da un punto di vista geografico e politico, non si potesse ancora parlare, per vari elementi di criticità, di un popolo italiano.

<sup>50</sup> Sulla democrazia rappresentativa nel contesto europeo, si rinvia a BALAGUER CALLEJÓN, (2017), 45.

<sup>51</sup> In generale, BALAGUER CALLEJÓN, (2019).

<sup>52</sup> In tema di istruzione e identità culturale, LANEVE, (2012), 6 ss..

dimento delle lingue del vecchio continente e aumentare, tramite una maggiore qualità dei processi formativi, il livello di occupazione giovanile. L'*Erasmus* è stato poi parte integrante dei Programmi *Socrates* e *Socrates II* (relativi, rispettivamente, ai periodi 1994-1999 e 2000-2006) e successivamente del *Lifelong Learning Programme* (relativo agli anni 2007-2013). Quest'ultimo, dal 2014, è stato sostituito da *Erasmus plus* grazie al Regolamento europeo 1288/2013, il quale si colloca espressamente nell'ambito di promozione e tutela sancito all'interno del Titolo XII TFUE (artt. 165 e 166)<sup>53</sup>.

Alla luce dell'intenzione della presente indagine, invero, è interessante sottolineare come la mobilità degli studenti universitari rappresenti, ad oggi, solo uno dei molteplici segmenti che compongono *Erasmus plus*. Quest'ultimo, infatti, prevede anche programmi destinati alle scuole, e quindi a chi sta terminando il percorso formativo pre-universitario; programmi rivolti allo svolgimento di tirocini in studi professionali o aziende, coinvolgendo, in questo caso, coloro che hanno terminato o stanno per terminare il percorso universitario; programmi destinati a finanziare la ricerca, nello specifico si pensi alle azioni *Jean Monnet*; e per finire, programmi rivolti allo sport e all'apprendimento di chi si trova in stati più avanzati della propria vita, ovvero, si legge nei documenti ufficiali, agli adulti<sup>54</sup>.

Quanto appena osservato permette di sottolineare come l'istruzione e la formazione detengano grande centralità nell'ambito delle politiche dell'Unione europea, soprattutto perché si rivolgono a tutti i cittadini europei, coinvolgendo una vastissima fascia di individui, visti i criteri dell'età e delle prospettive occupazionali<sup>55</sup>.

Alla luce di queste caratteristiche, l'*Erasmus* non può che considerarsi il principale motore di promozione della "cultura multiculturale" europea (HÄBERLE, 2011), e ciò sulla base di due fattori in particolare: da un lato, la mobilità a cui il programma dà luogo, considerato che la stessa genera inevitabilmente occasioni di incontro tra cittadini di diversi Stati membri; dall'altro lato, il fatto che queste occasioni di incontro avvengano nelle sedi

<sup>53</sup> Per un'analisi più approfondita del Programma, si rinvia alla guida pubblicata sul sito ufficiale dell'Unione europea: [https://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/programme-guide/part-a/objectives-and-important-features/important-features\\_it](https://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/programme-guide/part-a/objectives-and-important-features/important-features_it)

<sup>54</sup> In linea del tutto generica, si rinvia a CRUZ VILLALÓN (2013).

<sup>55</sup> Per approfondire la riflessione a tal proposito, si rinvia a LUCAS MARTÍN (2018).

della conoscenza, della formazione e, in virtù di quanto già affermato, di promozione della cultura e sviluppo della personalità<sup>56</sup>.

È anche per questo che l'*Erasmus*, tramite la rete organizzativa che ne discende, si converte in una palestra di cittadinanza, della cittadinanza europea. Tra le ragioni di questa considerazione rientra, senza dubbio, quella per cui il programma permetta all'individuo di realizzare il suo *status* di cittadino europeo grazie a quei servizi rispetto ai quali vanta un vero e proprio diritto di accesso all'interno di un altro Stato membro; ciò vale sia, naturalmente, per l'istruzione (tra l'altro potendo contare sul sostegno economico dell'Unione), sia per tutta una serie di altri servizi, come la copertura assicurativa o sanitaria<sup>57</sup>.

Se è vero, infatti, che allo *status* di cittadino corrispondono una serie di situazioni giuridiche cui il "non cittadino" non può accedere o accedere nella stessa misura, la maturazione di un sentimento di cittadinanza dipende anche dalla consapevolezza di poter usufruire di specifici servizi ed esercitare determinati diritti trovandosi in uno Stato che, pur non essendo quello di provenienza, è membro dell'Unione. In questo senso, la c.d. "generazione Erasmus" – ormai generazioni – è senza dubbio composta da quegli individui che, più di altri, hanno avuto l'opportunità di sperimentare, e quindi maturare, la cittadinanza dell'Unione proprio in funzione della loro esperienza europea<sup>58</sup>.

E allora, se è vero che l'istruzione è una preconditione del processo democratico, in quanto è tramite la stessa che l'individuo matura una consapevolezza di sé in quanto cittadino, anche l'*Erasmus*, grazie alla rete della conoscenza cui dà luogo, è una delle preconditioni del processo democratico, e nello specifico di quello europeo<sup>59</sup>. La costruzione di una vera cittadinanza, pertanto, deve passare anche dalla promozione di una cultura europea, che è comune proprio quando (o in quanto) condivisa<sup>60</sup>. È grazie alla condivisione

<sup>56</sup> Sul tema, si vedano LUNARDON, (2010). 3 ss.; CHIARA, (2010), 91 ss..

<sup>57</sup> Proprio in questa prospettiva, non possono che accogliersi con estremo favore i dati sulla mobilità legata a *Erasmus plus* nonché il budget destinato a quest'ultimo previsto per la programmazione 2021/2027, quasi raddoppiato rispetto al periodo 2014-2020 (26 miliardi rispetto ai 14,7 della precedente programmazione). La fonte è TRIPODI, A. (2021). Italia terza in Ue per scambi Erasmus: dal 2014 partiti quasi 250 mila studenti e 22 mila professori. *Il sole 24 ore*.

<sup>58</sup> In generale, si rinvia a POGGI, (2012).

<sup>59</sup> BALAGUER CALLEJÓN, in PÉREZ MIRAS; TERUEL LOZANO; RAFFIOTTA; IADICICCO, (2020).

<sup>60</sup> In questa prospettiva, LIU, (2006), 330 ss..

di questa cultura comune, tra l'altro, che, pur restando ferma l'impossibilità di affermare l'esistenza di un popolo europeo, può trovare spazio la progressiva composizione di un'identità europea, destinata a interagire in modo dialettico con le singole identità degli Stati membri<sup>61</sup>.

È in questo senso che *Erasmus plus* finisce con il rappresentare uno strumento irrinunciabile per la costruzione della cittadinanza europea. Convertendosi in un'occasione di incontro tra i popoli europei tramite la promozione di una cultura comune e condivisa, il Programma *Erasmus* è probabilmente, tra le ramificazioni del processo di integrazione<sup>62</sup>, il principale motore di sviluppo di un'identità europea e, di conseguenza, di maturazione di un sentimento di cittadinanza<sup>63</sup>.

## 6. La costruzione della cittadinanza europea: una questione di sostenibilità

Vi è un ultimo passaggio su cui riflettere e cioè per quale ragione la costruzione della cittadinanza europea, tramite il processo di integrazione e in particolare grazie al programma *Erasmus*, possa essere trattata alla stregua di una questione di sostenibilità<sup>64</sup>.

In linea del tutto generica, si sottolinei come la preoccupazione verso le generazioni future costituisca un elemento centrale delle politiche europee, e ciò sia avendo riguardo a quanto contenuto nei Trattati dell'Unione, sia con riferimento a decisioni e strategie adottate nel corso degli ultimi anni. In questo senso, è stato affermato che il principio di sostenibilità rappresenti, ormai, un obiettivo prioritario delle politiche europee<sup>65</sup>.

Ciò lo si legge nell'art. 3 del Trattato sull'Unione, dove si formalizza

<sup>61</sup> In dottrina non mancano riflessioni circa la composizione di un'identità europea e il ruolo decisivo che quest'ultima è destinata a svolgere nella prospettiva del compimento del processo di integrazione. In particolare, è stato sottolineato come una vera e propria clausola identitaria possa ravvisarsi in tutte quelle disposizioni (per esempio, il preambolo della Carta dei diritti fondamentali o l'art. 2 del TUE) in cui si fa espresso riferimento al nucleo comune di valori che accompagnano la conformazione di un'identità europea; valori che costituiscono, invero, degli elementi acquisiti (come la democrazia, l'uguaglianza, lo Stato di diritto) in cui tutti i popoli europei, pur nelle loro diversità, appunto, si identificano. In tal senso, ZAGREBELSKY, (2009).

<sup>62</sup> Per approfondire il tema dell'integrazione europea, si rinvia a BILANCIA, (2012).

<sup>63</sup> In materia di identità europea e processo di integrazione si rinvia a SÁNCHEZ BARRILAO, (2018).

<sup>64</sup> In generale, BIFULCO, (2008); BIFULCO; D'ALOIA (a cura di) (2008).

<sup>65</sup> In generale, CARAVITA; CASSETTI; MORRONE (2016).

l'impegno "per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita 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 di un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente". Allo stesso modo, anche il Trattato sul funzionamento dimostra come lo sviluppo sostenibile sia stato ampiamente assorbito dalle dinamiche che caratterizzano le politiche europee. Si leggano, in particolare, gli articoli 11 e 191 del TFUE, dove si promuove l'integrazione tra fattori economici, sociali e produttivi e l'instaurazione di un alto livello di protezione dell'ambiente<sup>66</sup>.

Anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, inoltre, si rinvengono riferimenti alla cura del domani e di chi lo vivrà. Nel preambolo, infatti, il paragrafo 6 dichiara che il godimento dei diritti sanciti dalla Carta "fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future"<sup>67</sup>; l'art. 37, inoltre, ribadisce l'impegno dell'Unione in merito alla salvaguardia ambientale e rispetto alla promozione di uno sviluppo economico sostenibile. È proprio in questa direzione, tra l'altro, che l'Unione ha approvato, durante il mese di gennaio del 2020, il c.d. *Green New Deal*, un piano di investimenti volto a determinare una conversione sostenibile del sistema economico-produttivo del vecchio continente<sup>68</sup>.

Come è evidente, invero, pur riscontrando la sua principale declinazione in materia di salvaguardia dell'ambiente, il principio di sostenibilità richiede il raggiungimento di un equilibrio tra le politiche strettamente ambientali e i fattori, per così dire, economici, produttivi e sociali. Ed è proprio in materia strettamente economica, infatti, che l'Unione europea contribuisce alla configurazione di ulteriori strumenti di tutela del futuro<sup>69</sup>. Ci si riferisce, in particolare, al *Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'unione economica e monetaria* – il c.d. *Fiscal compact* – tramite il quale sono stati attivati processi di revisione costituzionale nei singoli paesi membri destinati a cristallizzare il rispetto del principio di sostenibilità anche al momento di adottare decisioni di spesa da parte degli Stati, e ciò al fine di im-

<sup>66</sup> Sul punto, BROWN WEISS, (1989); BROWN WEISS; MAGRAW; SZASZ, (1992).

<sup>67</sup> Questa disposizione è stata letta da alcuni in combinato disposto con l'art. 54 della medesima Carta, intitolato al divieto dell'abuso di diritto. In questo senso, si consenta un rinvio a PAPA; PALOMBINO (2018).

<sup>68</sup> Sul punto, SOLA, (2020).

<sup>69</sup> Su questo aspetto, è di particolare interesse la sentenza n. 18 del 2019 della Corte costituzionale italiana. Sul punto, si consenta un rinvio a PALOMBINO, (2020).

pedire una eccessiva produzione di debito destinata a pesare, appunto, sulle generazioni future e sui diritti delle stesse, soprattutto quelli riconducibili all'ambito dello Stato sociale<sup>70</sup>.

Non può che affermarsi, quindi, come la sostenibilità, proprio in quanto obiettivo prioritario dell'Unione, finisca con il coinvolgere tutte le politiche europee. Nel ricorso al paradigma della sostenibilità, infatti, è sempre più comune intravedere l'esigenza di una generale attenzione del decisore pubblico verso il futuro e coloro che lo vivranno. È per questo motivo che la sostenibilità non può interpretarsi come un criterio riconducibile esclusivamente alla sfera dello sfruttamento delle risorse naturali<sup>71</sup>. Alla luce di ciò, sia la dottrina che la giurisprudenza parlano ormai di un principio di equità generazionale, ovvero dell'obbligo del decisore pubblico di tenere sempre conto degli interessi delle generazioni future al momento di adottare scelte che abbiano (o possano avere) una portata di lungo termine, a prescindere dal concreto settore che riguardano<sup>72</sup>.

In questa prospettiva, emerge come anche la tutela e la promozione della cultura siano da formularsi in un'ottica di sostenibilità, e ciò sulla base dell'accezione più ampia di cultura e quindi con riferimento a tutte le declinazioni che la caratterizzano. Si rifletta, per esempio, su come la idonea conservazione del patrimonio storico-artistico ne garantisca non solo la fruizione da parte delle generazioni future, ma anche la trasmissione a queste ultime delle "testimonianze aventi valore di civiltà"<sup>73</sup> delle comunità che le hanno precedute<sup>74</sup>.

Nel medesimo senso, e sempre in maniera strettamente connessa al tema della cultura, non può non riflettersi ancora sul diritto allo studio e sull'ac-

<sup>70</sup> In questa materia, si rinvia a LUCIANI, (2008), 423-441; e PINELLI, (1994). Sul punto, si consenta anche un rinvio a PALOMBINO, (2020). 242.

<sup>71</sup> In generale, si rinvia a PORENA, (2017).

<sup>72</sup> In generale, in tema di protezione delle generazioni future, si rinvia BROWN WEISS, (2013). Sul tema della rappresentanza di chi ancora non esiste, si veda THOMPSON, (2010). 17-37.

<sup>73</sup> Si rinvia al testo dell'art. 2 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. In dottrina, si rinvia a BILANCIA, (a cura di) (2005); PAPA, (2006); FRIGO, (1986).

<sup>74</sup> Proprio in questa prospettiva, è di estremo interesse quanto avvenuto negli Stati Uniti d'America successivamente ai noti eventi del 6 gennaio 2021. Il Museo nazionale di storia americana, infatti, ha deciso di raccogliere ed esporre gli oggetti lasciati dai manifestanti perché possano essere d'aiuto alle generazioni future per ricordare il giorno in cui la democrazia americana è stata minacciata in uno dei suoi luoghi maggiormente simbolici. Sul punto, si rinvia SMALL, (2021).

cessibilità all'istruzione, da quella primaria a quella universitaria. È proprio nelle politiche pubbliche adottate in tema di diritto allo studio, infatti, che può registrarsi una forma di preoccupazione del soggetto pubblico verso le generazioni future, la cui efficacia è da considerarsi più o meno "elevata" tenendo conto, naturalmente, delle concrete scelte adottate al fine di garantire il diritto in oggetto. Più nello specifico, indici rilevanti di tale grado di tutela sono l'intervento economico programmato per consentire un ampio accesso a tutti i livelli di istruzione e l'inclusività del sistema scolastico, universitario e, in generale, formativo che ne consegue.

Il profilo "inter-" e "intra-" generazionale delle politiche adottate in materia di diritto allo studio può essere così apprezzato secondo molteplici prospettive; si pensi solo alla instaurazione di un modello effettivo di pluralismo che può scaturire da un sistema di istruzione particolarmente inclusivo e al livello di "mobilità" sociale che viene a configurarsi dinanzi a un'ampia accessibilità allo studio, senza considerare le opportunità occupazionali che le politiche in materia possono generare a vantaggio dei lavoratori di domani. In sostanza, l'istruzione risulta essere un mezzo imprescindibile tramite cui avere cura dei tempi avvenire, e ciò fornendo alle generazioni future gli strumenti non solo necessari a maturare una consapevolezza dei diritti di cui sono – e saranno – titolari, ma anche indispensabili a porne in essere il relativo esercizio<sup>75</sup>.

In altri termini, le politiche in materia di diritto allo studio sono intrinsecamente caratterizzate dal paradigma della sostenibilità, sostanziandosi in un vero e proprio investimento i cui risultati potranno misurarsi solo nell'avvenire. Tali politiche, infatti, hanno riguardo a una società in continuo divenire e sono destinate a generare un impatto sulla sua futura conformazione<sup>76</sup>.

Nella sua stretta connessione con la promozione della cultura e la tutela del diritto allo studio, anche la costruzione della cittadinanza sembra coinvolta in questa declinazione del principio di sostenibilità. L'accesso a quella che è stata definita una precondizione del processo democratico, infatti, avrà un chiaro impatto anche sul futuro svolgimento di tale processo, e ciò in molteplici direzioni. È inevitabile, per esempio, che il livello e la qualità dell'istruzione incidano sulla maturazione del senso critico di chi ne è il destinatario, ovvero il futuro elettore o il futuro rappresentante; allo stesso mo-

<sup>75</sup> In generale, qui si fa riferimento alla nozione di "ascensore sociale", per cui si rinvia a MANDRONE, (2011); v. anche LICCIARDELLO; SCUDERI, (2003).

<sup>76</sup> In linea del tutto generica, spunti di riflessione si rinvengono in BAUMAN, (2007).



do, tra l'altro aspetto strettamente connesso con quanto appena osservato, il pluralismo di una società democratica si misura anche sul modello di istruzione che si adotta e sul grado più o meno elevato di inclusione che lo stesso è programmato per generare, anche tramite i sussidi economici destinati a chi, altrimenti, non potrebbe accedervi<sup>77</sup>.

Questa riflessione può declinarsi anche rispetto al processo di integrazione e alla costruzione di una vera cittadinanza europea tramite il Programma *Erasmus*. Se si accetta, infatti, l'idea in base alla quale le sedi della conoscenza costituiscano delle palestre di cittadinanza e il Programma *Erasmus* abbia reso le stesse luoghi di maturazione del sentimento di cittadinanza europea, la costruzione di quest'ultima sta avvenendo in un'ottica prospettica<sup>78</sup>. Il processo di integrazione, d'altronde, sottolinea proprio questo, ovvero come la costruzione di un'Europa unita, e dunque anche la configurazione di una vera cittadinanza, sia una vicenda in divenire<sup>79</sup>.

## 7. A mo' di conclusione: "Europa, società aperta" (al futuro)

Il termine processo, con cui tradizionalmente si è fatto riferimento al principale obiettivo dell'esperienza europea, ovvero quello dell'integrazione, è un concetto che, di per sé, sottolinea una tensione al futuro, riferendosi a ciò che deve ancora avvenire. Un processo, infatti, non permette, anzi evita l'opportunità, di fotografare un "fatto", e così segnala l'esistenza di una vicenda in divenire, di cui possono solo prevedersi, o auspicarsi, le trasformazioni. Anche per questo motivo, forse, quella europea può definirsi una società aperta e, più nello specifico, aperta al futuro<sup>80</sup>.

Quello dell'integrazione, tuttavia, pur non potendosi di certo considerare un processo compiuto, prosegue nella sua direzione tramite i molteplici meccanismi che ha attivato al suo interno, ognuno destinato a produrre specifici

<sup>77</sup> Per quanto riguarda questa specifica declinazione, si rinvia a PUASCHUNDER, (a cura di) (2018), 3 ss..

<sup>78</sup> Sul punto, si rinvia a HÄBERLE, (1997); MARTÍN CUBEL, (2018).

<sup>79</sup> Su questo aspetto e sull'attuazione dei diritti in Europa, nonché sulla tutela delle generazioni future, si rinvia a RODOTÀ (2012), 28 ss.

<sup>80</sup> Si è già avuto modo di sottolineare l'attenzione delle politiche europee alla cura del domani. Sempre su questo argomento, sembra opportuno sottolineare come tale attenzione abbia avuto modo di manifestarsi anche nell'ambito delle misure adottate per contrastare la crisi epidemiologica da Covid-19, da cui la denominazione del piano *Next Generation EU*.

effetti nell'ambito dell'architettura europea<sup>81</sup>. Tra questi meccanismi rientra anche il Programma *Erasmus*, che, promuovendo le culture europee, determina la conformazione anche della “cultura multiculturale” europea (HÄBERLE, 2011), una cultura comune proprio in quanto condivisa<sup>82</sup>. E la costruzione di una vera cittadinanza non può che passare da qui, anche considerato che investire nell'istruzione e nella formazione dei cittadini europei è forse uno dei principali indici dell'apertura al futuro della società europea<sup>83</sup>.

Una società aperta al futuro perché, grazie alla mobilità promossa da *Erasmus Plus*, l'obiettivo sembra essere proprio quello di agire sulla sua futura conformazione, coinvolgendo quanti più individui possibili nella maturazione di quel sentimento di cittadinanza di cui coloro che hanno partecipato al Programma sono i principali testimoni. Aperta al futuro perché è nel futuro che si raccoglieranno i frutti, si spera sempre più evidenti, di questo processo, quando ci si augura che non si parlerà più di una “generazione Erasmus” ma (solo) di una vera – appunto – cittadinanza europea. Una società aperta al futuro perché ci si continua a riferire a un processo, che in quanto tale, chissà, non è destinato ad esaurirsi ma a vivere un moto continuo, ininterrotto, verso un'Europa, si spera, sempre più unita<sup>84</sup>.

### Riferimenti bibliografici

- AINIS, M.; FIORILLO, M. (2015). *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*. Giuffrè. Milano. 171.
- ATRIPALDI, V. (1975). *Diritto allo studio*. Editoriale scientifica. Napoli.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2020). *Manual de derecho constitucional* (vol. 2). Technos. Madrid. 73 ss.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2017), La democrazia rappresentativa e l'Unione Europea. *Federalismi.it*, n. 1, 45.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2019). La subsidiariedad en la Unión Europea. *ReDCE*, n. 31.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2020), La democracia representativa y la Unión Europea. In PÉREZ MIRAS, A.; TERUEL LOZANO, G. M.; RAFFIOTTA, E. C.; IADICICCO, M.

<sup>81</sup> Sul punto, si rinvia a CARTABIA, (1993).

<sup>82</sup> Sul punto, si consenta un rinvio a PALOMBINO (2020).

<sup>83</sup> Per un approfondimento, SÁNCHEZ BARRILAO (2018).

<sup>84</sup> In materia, si rinvia a BILANCIA, (2016); ID, (2014). 319 ss..

- P. (DIRS.); ROMBOLI, S. (coord.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Volumen I: *Balances y perspectivas en la Europa constitucional*. CEPC. BOE. Madrid, 389 ss..  
[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2020-108&tipo=L&modo=2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2020-108&tipo=L&modo=2).
- BALAGUER CALLEJÓN, F., Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional. *ReDCE*, núm. 1, 2004. <http://www.ugr.es/~redce/>.
- BARBATI, C. (2011). Il “decreto sviluppo”. La scuola, l’università, la ricerca e lo sviluppo. *Giorn. dir. amm.*, n. 10, 1049 ss..
- BAUMAN, Z. (2007). Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone (PESCE, O., trad.). Laterza. Bari.
- BIEBE, R.; WIDMER, P. (1995). *Der europäische Verfassungsraum*. Mohr Siebeck GmbH & Co. KG. Tübingen.
- BIFULCO, R. (2008). *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*. Franco Angeli. Milano.
- BIFULCO, R.; D’ALOIDA, A. (a cura di) (2008). *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*. Jovene. Napoli.
- BILANCIA, P. (2012). *The Dynamics of the European Integration and the Impact on the National Constitutional Law*. Giuffrè. Milano.
- BILANCIA, P. (2014). Il governo dell’economia tra Stati e processi di integrazione europea. In CIANCIO, A., (coord.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*. Aracne. Roma. 319 ss..
- BILANCIA, P. (2019). L’effettività della Costituzione economica nel contesto dell’integrazione sovranazionale e della globalizzazione. *Federalismi.it*, 5.
- BILANCIA, P. (a cura di) (2005), *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato. Studio dei modelli di gestione integrata*. Franco Angeli. Milano. 2005.
- BILANCIA, P., (2016). Il processo di integrazione europea alla prova della crisi economica. In IACOVELLO, A., (coord.), *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact*. Giuffrè. Milano. 58-77
- BROWN WEISS, E. (1989). *In fairness to future generations: international law, common patrimony and intergenerational equity*. The United Nations University. Tokyo
- BROWN WEISS, E. (2013). *Intergenerational equity*. In *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*
- BROWN WEISS, E.; MAGRAW, D.B.; SZASZ, P.C. (1992). *International Environmental Law: Basic Instruments and References*. Martinus Nijhoff. Leida.
- CARAVITA, B.; CASSETTI, L.; MORRONE, A. (2016). *Diritto dell’ambiente*. Il Mulino. Bologna.
- CARTABIA, M. (1993). *Principi inviolabili e integrazione europea*. Giuffè. Milano.
- CARTABIA, M. (2005). “Unità nella diversità”: il rapporto tra Costituzione europea e le Costituzioni nazionali. *Il Dir. Un. Eur.*, n. 3, 583 ss.

- CASSESE, S.; SCHIERA, P.; VON BOGDANDY, A. (2013). *Lo Stato e il suo diritto*. Il Mulino. Bologna.
- CASSESE, S. (1977). La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali. In AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, III. Giuffrè. Milano, 251 ss.
- CERETI, C. (1963). Principi costituzionali sulla scuola e formazione della persona. In AA.VV., *Raccolta scritti in onore di A.C. JEMOLO*, III. Giuffrè. Milano. 163 ss..
- CHIARA, G. (2010). Linee di sviluppo della cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione. *Teoria del dir. e dello Stato*, n. 1, 91 ss..
- CRISAFULLI, V. (1956). La scuola nella Costituzione italiana. *Riv. trim. dir. pubbl.*, 271 ss.
- CROCE, M. (2009). Le libertà garantite dall'art. 33 Cost. nella dialettica irrisolta (e irrisolvibile?) individualismo-comunitarismo. *Dir. pubbl.*, n. 3, 895 ss..
- CRUZ VILLALÓN, P. (2013). La identidad constitucional de los estados miembros: dos relatos europeos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 17, 501.
- DE FORT, E. (2011). La scuola e il progetto di formazione degli italiani. *Le carte e la storia*, n. 2, 45 ss..
- DEGRASSI, L. (2018). Salvaguardia del pluralismo culturale e linguistico come parte dell'identità europea. *Federalismi.it*, n. 7.
- FERRAIUOLO, G. (2020). Transizione e persistenza. Note su Stato-nazione e processo di integrazione europea. *Federalismi.it*, n. 31, 9.
- FERRAJOLI, L. (1994). Dai diritti del cittadino ai diritti della persona. In ZOLO, D. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*. Laterza. Roma-Bari, 263 ss.
- FRIGO, M. (1986). *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*. Giuffrè. Milano.
- GIANNINI, M. S. (1991). Sull'art. 9 Cost. (la promozione culturale). In AA.VV. *Scritti in onore di A. FALZEA*, III, Giuffrè. Milano.
- HÄBERLE, P. (1997). La cittadinanza come tema di una dottrina europea della Costituzione. *Rivista di diritto costituzionale*, 19-35.
- HÄBERLE, P. (2005). *Lo stato costituzionale* (POLITI, F.; ROSSI, S., trad.). Istituto della Enciclopedia italiana. Roma.
- HÄBERLE, P. (2011). *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*. Carocci. Roma.
- LANEVE, G. (2012). Istruzione, identità culturale e Costituzione: le potenzialità di una relazione profonda, in una prospettiva interna ed europea. *Federalismi.it*, n. 24, 6 ss..

- LICCIARDELLO, M.; SCUDERI, G. (2003). L'ascensore come situazione sociale problematica. *Quaderni di sociologia*, n. 31, 109-121.
- LIU, G. (2006). Education, equality and national citizenship. *The Yale Law Journal*, n. 116, 330 ss..
- LUCAS MARTÍN, F. J. (2018). Identidad y Constitución europea. ¿Es la identidad cultural europea la clave del proyecto europeo?. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 8.
- LUCIANI, M. (2008). Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali. In BIFULCO, R.; D'ALOIA, A. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*. Jovene. Napoli. 423-441
- LUNARDON, F. (2010). Il diritto alla formazione nell'ordinamento europeo e nella Costituzione italiana. *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 2, 3 ss.
- LUTHER, J. (2020). La cultura de los derechos culturales. In *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel*. Thomson Reuters. Cizur Menor.
- MANDRONE, E. (2011). La mobilità sociale. Conservazione e rinnovamento tra generazioni. *Osservatorio Isfol*, n. 2, 105.
- MANGIAMELI, S. (2000). Università e Costituzione (considerazioni sulla recente evoluzione dell'ordinamento). *Riv. dir. cost.*, n. 2000, 209 ss..
- MARTÍN CUBEL, F. (2018). La cuestión identitaria: un serio asunto en la actual UE. *Boletín IIEE*, n. 3.
- MERLINI, S. (2003) in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni varie. Scritti in onore di Paolo Barile*. Cedam. Padova, 515.
- MONTANARI, T. (2018). *Art. 9: Costituzione italiana*. Carocci. Roma.
- MORO, A. (1947). Sulla scuola – Assemblea Costituente. In *Discorsi parlamentari*. I. Camera dei Deputati. Roma, 23.
- MORTATI, C. (1959). La persona, lo Stato e le comunità intermedie. Rai. Roma, 105.
- PALOMBINO, G. (2020). La configuración jurídica del principio de imparcialidad generacional: ¿hacia una democracia sostenible? *ReDCE*, n. 33.
- PALOMBINO, G. (2020). La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale. *Federalismi.it*, n. 24, 242.
- PALOMBINO, G. (2020). Recensione dell'opera in 5 volumi *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, di PÉREZ MIRAS, A.; TERUEL LOZANO, G. M.; RAFFIOTTA, E. C.; IADICICCO, M. P. (dirs.). *Nomos*, n. 2.
- PAPA, A. (1998). *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*. Editoriale scientifica. Napoli.
- PAPA, A. (2006) *Strumenti e procedimenti della valorizzazione dei beni culturali*. Editoriale Scientifica. Napoli
- PAPA, A. (2017). “Democrazia della comunicazione” e formazione dell'opinione pubblica. *Federalismi.it*, n. 1, 246.

- PAPA, A. (a cura di) (2018). *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*. Giappichelli. Torino.
- PAPA, A.; PALOMBINO, G. (2018). Abuso del diritto e responsabilità intergenerazionale: prime note di una riflessione in divenire. In L. CARPENTIERI (a cura di), *L'abuso del diritto e la sua rinnovata rilevanza "trasversale" nell'ordinamento giuridico italiano: considerazioni introduttive*. Giappichelli. Torino. 239 ss.
- PINELLI, C. (1994). Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario. In RUGGERI, A., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*. Giappichelli. Torino. 551.
- PINELLI, C. (2007). Cittadinanza europea. In *Enciclopedia del diritto, Annali*, I. Giuffrè. Milano.
- PINELLI, C. (2012). Società multiculturale e Stato costituzionale. [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it).
- PIZZORUSSO, A. (2002). *Il patrimonio costituzionale europeo*. Il Mulino. Bologna.
- POGGI, A. (2012). Politiche nazionali di riforma dei sistemi universitari e processo di integrazione europea: autonomia della didattica e accentramento della ricerca. *Federalismi.it*, n. 8.
- PORENA, D. (2017). *Il principio di sostenibilità: contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*. Giappichelli. Torino.
- PUASCHUNDER, J. M. (a cura di) (2018). *Intergenerational responsibility in the 21<sup>st</sup> century*. Vernon press. Wilmington.
- RODOTÀ, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Laterza. Bari. p. 63.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. (2018). Tra identità: il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale. *Nomos*, n. 2.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2009). Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho constitucional europeo. *ReDCE*, n. 12, 2009. <http://www.ugr.es/~redce/>.
- SILVESTRI, G. (2013). Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato. *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 905-919.
- SMALL, Z. (2021). *The Smithsonian Is Collecting Objects From the Capitol Siege*. The New York Times. <https://www.nytimes.com/2021/01/08/arts/design/smithsonian-capitol-artifacts.html?searchResultPosition=1>
- SOLA, A. (2020). Sostenibilità ambientale e Green New Deal: prime analisi in commento alla legge di bilancio 2020. *Federalismi.it*, n. 10.
- STAIANO, S. (2008). Migrazioni e paradigmi di cittadinanza: alcune questioni di metodo. *Federalismi.it*, n. 21.
- STAIANO, S. (2017). La rappresentanza. *Rivista AIC*, n. 3.
- TAJADURA TEJADA, J. (1998), La constitución cultural. *Revista de derecho Político*, n. 43, 97-134.

- TAJADURA TEJADA, J. (2001). El servicio de la cultura como deber y atribución del Estado. *Revista de derecho político*, n. 50, 83-95.
- THOMPSON, D.F. (2010). Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship. *Critical review of international and political philosophy*, 13 (1), 17-37.
- TRIPODI, A. (2021). Italia terza in Ue per scambi Erasmus: dal 2014 partiti quasi 250 mila studenti e 22 mila professori. *Il sole 24 ore*.
- TYLOR, E. B. (1972). Die Kulturwissenschaft. In KÖNIG, R; SCHMALFUSS, A., *Kultur-anthropologie*. Econ, 51-52.
- URBINATI, U. (2018). *Costituzione italiana: art. 1*. Carocci. Roma.
- ZAGREBELSKY, G. (2009). La identidad europea (SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., trad.). *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 12, 17 ss..
- ZANGARA, V. (1959). I diritti di libertà nella scuola. *Rass. di dir. pubbl.*, 389.





*TAKING SOLIDARITY SERIOUSLY:*  
IL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ E DI RECIPROCA RESPONSABILITÀ  
COME NUOVO PARADIGMA COSTITUZIONALE  
PER LA RIFORMA DEL REGOLAMENTO DI DUBLINO\*

FRANCESCA POLACCHINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’articolato intreccio di fonti in tema di asilo e immigrazione. – 3. Le disposizioni dei Trattati in materia di asilo e i principi alle stesse sottesi. – 4. Il sistema “Dublino” al cospetto del principio di solidarietà: ricognizione delle principali carenze. – 5. Il meccanismo temporaneo di ricollocamento obbligatorio come primo tentativo di conferire cogenza al principio di solidarietà. – 6. La convergenza delle istituzioni dell’Unione circa l’incapacità del regolamento di Dublino di attuare il principio di solidarietà tra Stati membri. – 7. La proposta di modifica del regolamento di Dublino: rilievi critici. – 8. Riflessioni conclusive.

## **1. Introduzione**

La gestione dei flussi migratori, che in virtù delle disposizioni dei Trattati deve essere condotta in osservanza del principio di solidarietà e reciproca responsabilità, rappresenta il fenomeno sul quale si sono manifestate alcune delle più acute tensioni e divisioni tra Stati membri e tra Stati membri e Unione, rivelando la sua attitudine ad esprimere una chiave di lettura del grado di avanzamento del processo di integrazione europea e della esistenza stessa delle condizioni per la conservazione della coesione del tessuto sociale su cui si fonda la costruzione europea.

La crucialità del tema si spiega in ragione della sua inevitabile incidenza su altri versanti strategici delle politiche nazionali, come l’istruzione, il lavoro, la salute, l’economia, l’assistenza e la previdenza sociale, la sicurezza, nonché, più in generale, in considerazione della sua configurabilità come una manifestazione essenziale della sovranità dello Stato, che deve essere tenuta ben distante dalle recenti derive sovraniste assunte da alcuni Paesi che, in totale spregio del principio di solidarietà tra Stati membri, hanno messo in discussione il principio di equa ripartizione degli oneri connessi alle migrazioni, sottraendosi al dovere di accogliere in sede di ricollocamento i richiedenti

\* Questo contributo ha ricevuto il premio *ex aequo* come migliore relazione del V congresso internazionale del Seminario Italospagnolo “Europa, Società aperta”.

asilo giunti nei Paesi che si trovano ai confini geografici dell'Unione, come l'Italia e la Grecia (*infra*, par. 5).

L'attualità della materia e la necessità di affrontarla assumendo come principi guida la solidarietà tra Stati membri e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo emergono dalle posizioni assunte dal Parlamento europeo e dalla Commissione che, sebbene propongano soluzioni di riforma parzialmente differenti, convergono nel ritenere non più differibile una revisione del sistema di asilo, in particolare, la correzione delle regole previste dal regolamento di Dublino per la determinazione dello Stato competente a gestire le domande di protezione internazionale.

Entro la sopra delineata cornice di riferimento, l'obiettivo del lavoro è analizzare lo *status quo* in materia di asilo, evidenziandone i limiti e le criticità alla luce del dovere di solidarietà tra Stati membri, e sviluppare una riflessione sulla proposta di revisione del regolamento di Dublino presentata dalla Commissione europea nel settembre 2020, che, come sarà posto in luce, si mantiene nel solco dell'impostazione di fondo del sistema "Dublino", risultando quindi distante dall'afflato umanitario di cui erano intrise le conclusioni del Consiglio europeo formulate a Tampere nel 1999, dove si affermò che «l'obiettivo è un'Unione aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti umani e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà».

## **2. L'articolato intreccio di fonti in tema di asilo e immigrazione**

Il fenomeno migratorio rappresenta una materia composita, sia sotto il profilo delle fonti sia sotto il profilo dei contenuti nei quali si articola. Con riguardo al primo versante, la complessità emerge sia in seno ai Trattati, che sviluppano lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nelle tre politiche relative all'asilo, immigrazione e controlli alle frontiere, oggetto di specifica e differenziata disciplina normativa, sia nel contesto delle fonti di diritto derivato, che compongono un mosaico costituito da molteplici tasselli normativi: il reg. 2016/399 sull'attraversamento delle frontiere esterne, il reg. 2009/810 sui visti di soggiorno di breve durata, il reg. 2016/1624 sul coordinamento della vigilanza delle frontiere esterne attraverso la Guardia di frontiera e costiera europea e il sistema europeo comune di asilo (SECA). Quest'ultimo, a sua volta, si compone di sei strumenti normativi, ovvero la direttiva qualifiche 2011/95, la direttiva procedure 2013/32, la direttiva accoglienza

2013/33, la direttiva sfollati 2011/55, il reg. 2013/604 (Dublino III) e il reg. 2013/603 (EURODAC). Occorre, altresì, menzionare i permessi di soggiorno per motivi di lavoro (dir. 2011/98), lo status di soggiornanti di lunga durata (dir. 2003/109), il ricongiungimento familiare (dir. 2003/86) e il rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (dir. 2008/115).

Il quadro è completato dalle fonti internazionali pattizie, tra le quali assume una posizione centrale la Convenzione di Ginevra, definita dalla Corte di giustizia come “la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati”<sup>1</sup>, e dal diritto internazionale consuetudinario, in seno al quale è possibile individuare il divieto di respingimento, la cui portata assoluta mostra forti potenzialità limitative della condotta degli Stati, che possono essere colte e apprezzate soprattutto nel periodo di intensi flussi migratori che l’Italia e, in generale, l’Europa stanno attraversando. Questo principio si sostanzia nel divieto di ogni forma di allontanamento di stranieri verso Paesi nei quali gli stessi corrano il concreto rischio di essere sottoposti a persecuzioni, tortura o trattamenti inumani o degradanti.

Nel contesto delle fonti internazionali pattizie, ha svolto un ruolo significativo il sistema Cedu, contraddistinto da una copiosa serie di pronunce in tema di divieto di espulsione e respingimento applicato al contesto della cooperazione europea in materia di asilo, in modo paradigmatico nominate “*Dublin cases*”. In particolare, la Corte di Strasburgo ha assunto una posizione fortemente critica rispetto alle regole del sistema Dublino, ravvisandone l’incompatibilità con l’art. 3 della Convenzione (*infra*, par. 4).

Accanto al quadro europeo e internazionale, si collocano gli interventi normativi nazionali, che in Italia si sono susseguiti nel tempo determinando una stratificazione normativa spesso di difficile interpretazione, a detrimento dell’attuazione in forma organica dell’art. 10, comma 3, della Costituzione italiana, ovvero del diritto di asilo, riconosciuto da autorevole dottrina come un diritto soggettivo perfetto (CASSESE, 1975, 534; BERNARDI, 1987, 427; BIN, BARTOLE, 2008, 86). In proposito, si può osservare come le scelte che un determinato Paese opera in materia di asilo rappresentino un eccezionale indice rivelatore del grado di “solidarietà” che una determinata società, in un preciso momento storico, è effettivamente disposta ad offrire all’individuo “altro” per antonomasia, ovvero allo straniero (GRASSO, 2012, 17).

Anche i contenuti nei quali si articola la richiesta dello straniero di accedere al territorio di uno Stato dell’Unione risultano contraddistinti da un elevato grado di frammentarietà, che emerge in modo evidente dalla direttiva

<sup>1</sup> Sentenza *B. e D.*, del 9 novembre 2010.

2011/95, che disciplina tre distinte forme di protezione internazionale, caratterizzate dalla diversità dei presupposti e dalla differente intensità delle garanzie alle stesse connesse (AMADEO, SPITALERI, 2019, 56). Oltre allo status di rifugiato, lo straniero e l'apolide possono ricevere accoglienza nel territorio dell'Unione qualora corrano il rischio di subire un grave danno nel Paese d'origine (c.d. protezione sussidiaria). Questa ipotesi ricalca in larga misura i contenuti enucleabili dallo scibile giurisprudenziale di Strasburgo in tema di divieto di *refoulement*, che incide fortemente sulla facoltà degli Stati di procedere al trasferimento dei richiedenti asilo verso il Paese competente alla gestione della domanda secondo i criteri definiti dal regolamento di Dublino. La terza forma di tutela è la protezione temporanea, che istituisce un meccanismo immediato e provvisorio di accoglienza per le c.d. *displaced persons*, ovvero coloro che hanno dovuto abbandonare il proprio Paese o che sono stati evacuati e il cui rimpatrio non possa avvenire in condizioni di sicurezza a causa della situazione presente nel Paese stesso.

Complementare alla protezione internazionale è la protezione umanitaria, solo contemplata dalla direttiva 2011/95 (considerando 15), che rinvia alla legislazione degli Stati membri, che la possono discrezionalmente riconoscere per motivi umanitari o caritatevoli, purché non si ponga in conflitto con il diritto dell'Unione e risponda ad una ratio chiaramente distinguibile da quella che anima le forme di protezione di origine eurounitaria<sup>2</sup>.

### **3. Le disposizioni dei Trattati in materia di asilo e i principi alle stesse sottesi**

Come noto, l'asilo, l'immigrazione e i controlli alle frontiere esterne sono oggetto di specifica e differenziata disciplina normativa, ma trovano un punto di contatto nell'essere governati dal principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, principi che il TFUE pone come criteri guida delle tre menzionate politiche. I principi *de quo* rispondono all'esigenza di prendere in considerazione i differenti costi e oneri connessi ai controlli alle frontiere, alla gestione dei flussi di immigrazione e alle conseguenti domande di asilo, che gli Stati membri, in ragione della diversa posizione geografica, si trovano a dover sostenere per far fronte ai fenomeni migratori che interessano le frontiere esterne dell'Unione. Precisamente, il quadro che governa la gestione delle domande di asilo, su cui si

<sup>2</sup> Corte di Giustizia, sentenza *B. e D.*, del 9 novembre 2010.

concentrerà il presente lavoro, è delineato dal combinato disposto degli articoli 67, 78 e 80 TFUE, che vengono incontro alla necessità di distribuire in modo equo ed in spirito di solidarietà interstatale i costi che la collocazione geografica distribuisce tra gli Stati in modo diseguale, fornendo la base giuridica per l'adozione di misure di solidarietà e ripartizione delle responsabilità in materia di gestione delle domande di protezione internazionale.

L'art. 67, par. 2, prevede che l'Unione sviluppi "una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi." L'idea di istituire un sistema europeo comune di asilo affonda le proprie radici nel Consiglio di Tampere del 1999, nel quale si convenne di costruire tale sistema fondandolo su due principi: la piena e completa applicazione della convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, come integrata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967 («convenzione di Ginevra»), con l'integrale riconoscimento del principio di non respingimento, e il principio di solidarietà e di reciproca fiducia tra Stati.

L'art. 80 dispone che le politiche dell'Unione in materia di asilo e immigrazione e la loro attuazione siano governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario; precisa inoltre che "Ogniqualevolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio". L'art. 80 funge, quindi, da base normativa di legittimazione ai fini dell'adozione da parte dell'Unione di misure di solidarietà e ripartizione delle responsabilità che, altrimenti, non avrebbero un preciso fondamento giuridico nei Trattati. In questo contesto, il principio di solidarietà si configura come un principio "orizzontale" (LANG, 2014, 858), espressione sia dell'obiettivo dell'Unione di promuovere la solidarietà tra Stati membri (art. 3, par. 3, TUE) sia dell'obbligo di leale cooperazione posto in capo agli Stati dall'art. 4, par. 3, TUE. Invero, il principio di solidarietà marca l'intera dimensione assiologica della costruzione europea, che promuove il principio in esame in molteplici contesti del TUE, del TFUE e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE). La valenza contenutistica del principio *de quo* non è riconducibile ad una prospettiva unitaria, posto che la sua portata normativa varia a seconda del contesto nel quale si trova espresso. Il significato che il principio assume nei Trattati non è lo stesso che ricorre in seno alla Carta di Nizza, nella quale compare sia come contenitore assiologico che raccoglie una frammentata serie di situazioni giuridiche soggettive, sia come riferimento valoriale idoneo a fondare i doveri e le responsabilità che il Preambolo riconosce in capo a coloro che

beneficiano dei diritti previsti dalla Carta e proietta a favore “degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future”. Nello specifico ambito della politica in materia di asilo, la solidarietà, riconosciuta sin dall’inizio come una componente essenziale del sistema, impone l’obbligo delle istituzioni e degli Stati membri di cooperare al fine di individuare le modalità più adeguate per perseguire l’obiettivo di offrire uno status appropriato allo straniero o apolide che invochi protezione internazionale, per garantire il rispetto del principio di non respingimento e, infine, per assicurare un’equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri (RAVO, 2015, 254).

Le misure di solidarietà e di ripartizione delle responsabilità contemplate dall’art. 80 assumono diverse forme e natura, potendosi concretizzare in attività di cooperazione amministrativa, nella ricollocazione dei richiedenti asilo e nel trattamento congiunto delle domande di asilo, nonché, in una prospettiva esterna, nel reinsediamento, nei programmi di protezione regionale e nelle procedure di ingresso protetto, oppure in misure di carattere eminentemente finanziario. In una dimensione interna, connessa ai rapporti tra Stati membri, le menzionate ipotesi di gestione in chiave solidaristica delle domande di protezione internazionale risentono di alcuni vizi sia di ordine pratico sia di ordine normativo. Con riguardo al primo profilo, l’esperienza dimostra come non tutti i Paesi dell’Unione si siano mostrati rispettosi del programma di ricollocazione che nel 2015<sup>3</sup>, in deroga ai criteri di attribuzione della competenza previsti dal regolamento Dublino, aveva previsto entro i successivi due anni la distribuzione tra i Paesi dell’Unione di 120.000 richiedenti asilo in evidente necessità di protezione internazionale giunti sul territorio dell’Italia e della Grecia. In conseguenza del rifiuto di conformarsi al meccanismo temporaneo di ricollocazione, nell’aprile 2020 la Polonia, l’Ungheria e la Repubblica Ceca sono state condannate dalla Corte di giustizia per aver violato il diritto dell’Unione, essendosi sottratte al dovere di accogliere una parte dei richiedenti asilo. A parere di chi scrive, questi Paesi hanno violato non solo gli obblighi discendenti dalle decisioni del Consiglio, ma altresì quella parte del diritto dell’Unione che esprime i principi fondativi della costruzione europea, in particolare il rispetto dello Stato di diritto e dei diritti umani (art. 2 TUE), valori all’osservanza dei quali sono subordinati sia l’ingresso nell’Unione sia la permanenza nella stessa. Nei confronti della decisione 2015/1601 fu presentato da Ungheria e Slovacchia ricorso di annullamento, che la Corte di giustizia respinse con un’ampia e articolata sentenza (2 dicembre 2015, C-643/15 e C-647/15) nella quale ebbe l’occasione di ri-

<sup>3</sup> Decisioni (UE) 2015/1523 e 2015/1601 del Consiglio.

badire «la centralità del principio di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE, dal quale discende in via di principio una regola di ripartizione degli oneri tra gli Stati membri, secondo le scelte discrezionali operate dalle istituzioni Ue» (FAVILLI, 2018, p. 374).

Sul versante normativo, le misure volte ad alleviare i costi e gli oneri che i Paesi geograficamente posti ai confini dell'Unione sono costretti a sopportare scontano un difetto di origine, ovvero la disciplina contenuta nel regolamento di Dublino, che individua lo Stato di primo ingresso come il soggetto competente ad esaminare le richieste di protezione internazionale (MORGESE, 2020, 99). L'esperienza degli ultimi anni ha mostrato che, specialmente in situazioni di afflussi massicci lungo specifiche rotte migratorie, l'attuale sistema attribuisce la competenza giuridica della gestione della maggioranza dei richiedenti asilo a un numero limitato di Stati membri, con evidente squilibrio nei costi di gestione del fenomeno migratorio. L'effettiva attuazione dei principi espressi nell'art. 80 TFUE richiederebbe, quindi, una sostanziale riforma del sistema Dublino, come del resto è stato sottolineato dalla Commissione europea<sup>4</sup>, che ha puntualizzato come il sistema Dublino non sia stato concepito per garantire una distribuzione solidale e sostenibile delle responsabilità nei confronti dei richiedenti asilo nell'ambito dell'UE, posto che, a livello empirico, il criterio principale per determinare la competenza per le domande di asilo si sostanzia nell'ingresso irregolare attraverso il territorio di uno Stato membro. In modo ancora più radicale, il Parlamento europeo ha riconosciuto il fallimento del "sistema Dublino", rimasto sostanzialmente invariato dal 1990<sup>5</sup>. In particolare, il Parlamento ha osservato come le misure di emergenza adottate dalla Commissione in risposta al picco migratorio del 2015, ovvero la creazione di "punti di crisi" (hotspot) per gestire l'accoglienza dei migranti e la registrazione delle domande di asilo, il meccanismo di ricollocazione temporanea dei richiedenti e il poderoso rafforzamento dei mezzi operativi e finanziari di Frontex e del SECA, non siano riuscite a colmare le lacune di cui risente il sistema comune di asilo e, in particolare, il regolamento di Dublino III.

<sup>4</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio per riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa, COM(2016) 197, 6.4.2016.

<sup>5</sup> Relazione sull'attuazione del regolamento Dublino III (2019/2206(INI)), del 2.12.2020.

#### 4. Il sistema “Dublino” al cospetto del principio di solidarietà: ricognizione delle principali carenze

All'interno del sistema europeo di asilo, il regolamento di Dublino svolge una funzione strategica, posto che identifica lo Stato responsabile dell'esame delle domande di protezione internazionale

La necessità di individuare lo Stato responsabile della gestione della domanda di asilo nasce per scongiurare conflitti negativi e positivi di competenza, che ricorrono quando, a fronte di più richieste, nessuno Stato si riconosca competente o, viceversa, più Stati si trovino a dover esaminare una domanda di protezione internazionale (AMADEO, SPITALERI, 2019, 106, 107). Il principio fondamentale sul quale poggia il regolamento di Dublino III è, quindi, la concentrazione della competenza in capo ad un solo Stato membro, che viene individuato sulla base dei criteri indicati nel Capo III (artt. 7 e ss.).

La risposta all'esigenza di individuare un solo Stato responsabile, certamente legittima, si fonda, tuttavia, su un assunto dimostratosi erroneo, ovvero su una presunzione di equivalenza degli apparati strumentali dedicati alla protezione dei rifugiati e dei richiedenti asilo nei diversi Stati dell'Unione, a sua volta fondata sul principio di reciproca fiducia (VITIELLO, 2013, 155). L'operatività di questa presunzione ha determinato la pronuncia di diverse condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo contro quegli Stati dell'Unione che hanno trasferito i richiedenti asilo verso lo Stato competente secondo i criteri dettati dal regolamento di Dublino, senza curarsi della circostanza che le procedure esistenti all'interno dello Stato medesimo non garantissero un adeguato standard di tutela e di accoglienza ai richiedenti medesimi (*M.S.S. c. Belgio e Grecia*, del 21 gennaio 2011). Esiste una nutrita serie di pronunce che compongono lo status del divieto di *refoulement*, ritenuto dalla Corte europea come parte integrante dell'art. 3 Cost. e, quindi, come un divieto assoluto e inderogabile, ex art. 15, par. 2 Cedu (*M.S.S. c. Belgio e Grecia*, del 21 gennaio 2011; *Mohammed c. Austria*, del 6 giugno 2013; *Tarakhel c. Svizzera*, 4 novembre 2014). Le regole poste dal sistema europeo di asilo non possono, pertanto, trascurare gli impegni che discendono dall'appartenenza degli Stati dell'Unione alla Cedu. In particolare, in plurime occasioni la Corte è intervenuta a sanzionare sia quegli Stati che, a causa delle inefficienze delle procedure di gestione delle domande dei richiedenti asilo, hanno confinato questi ultimi in condizioni di estrema indigenza, tali da raggiungere la soglia del trattamento inumano e degradante, sia quei paesi che non hanno osservato il divieto di *refoulement*, diretto o indiretto. Paradigma-



tico, in tal senso, è il caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in cui la Corte europea ha adottato un'interpretazione estensiva del concetto di "trattamento inumano e degradante", includendovi anche lo stato di indigenza in cui il richiedente asilo si trovi in ragione delle disfunzioni del sistema d'asilo greco. Muovendo dalla qualificazione dei richiedenti asilo come "gruppo particolarmente vulnerabile", la Corte ha posto in capo agli Stati parte della Cedu un obbligo positivo di protezione, consistente nell'adozione delle misure necessarie per evitare che i richiedenti asilo possano andare incontro a condizioni di vita o di detenzione inumane o degradanti. Parimenti, la Corte ha condannato il Belgio per aver trasferito il ricorrente in Grecia, sebbene fosse noto e documentato lo stato di grave mal funzionamento che contraddistingue la procedura amministrativa greca di esame delle domande di protezione internazionale. In questo caso, il Belgio avrebbe dovuto avvalersi della clausola di sovranità contenuta nell'art. 3, par. 2, del regolamento di Dublino, che consente agli Stati di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale valutazione non gli competerebbe in base ai criteri stabiliti in via generale.

In base al regolamento, i criteri per stabilire la responsabilità dell'esame di una domanda di protezione internazionale si fondano, in ordine gerarchico, su considerazioni di natura familiare, sul possesso recente di un visto o permesso di soggiorno in uno Stato membro, sull'ingresso regolare o irregolare del richiedente nell'Unione europea. Tuttavia, tra tutti i criteri che consentono di decidere quale Stato membro debba essere responsabile di una domanda di asilo, di fatto il più applicato è quello relativo all'ingresso o al soggiorno illegali in uno Stato membro e, nella maggior parte dei casi, il Paese di arrivo è considerato il Paese responsabile della domanda di asilo. Di fatto, il regolamento conferisce la responsabilità per l'esame della richiesta di asilo al primo paese di ingresso in Europa, quindi prevalentemente ai paesi di frontiera, ovvero a quei paesi che, per ragioni geografiche, sono interessati, come la storia recente dimostra, da consistenti flussi migratori provenienti dall'Africa e dal Medio Oriente (Italia, Grecia, Spagna, Cipro, Malta). Pertanto, gli oneri connessi alla gestione del fenomeno migratorio sono sostenuti in modo fortemente diseguale dagli Stati membri, in totale spregio del principio di solidarietà e di reciproca responsabilità previsti dagli artt. 67 e 80 del TFUE. La gerarchia dei criteri stabilita dal regolamento Dublino III non tiene conto delle capacità degli Stati membri, né mira a equilibrare gli sforzi. In particolare, come ammesso dalla Commissione europea, il regolamento non è stato concepito per far fronte a situazioni di pressione sproporzionata, non si prefigge l'obiettivo di un'equa ripartizione delle responsabilità e non affronta

la distribuzione diseguale dei richiedenti tra gli Stati membri. Queste caratteristiche sono diventate particolarmente evidenti in alcuni Stati, che hanno incontrato forti difficoltà nell'assicurare l'adeguata procedura di registrazione dei richiedenti asilo e l'esame tempestivo delle domande di protezione internazionale.

In sintesi, l'attuale configurazione del sistema di gestione delle domande dei richiedenti asilo non risponde all'esigenza di equa e solidale ripartizione delle responsabilità tra Stati membri e si mostra non rispettosa del diritto dello straniero di vedere esaminata la propria domanda in tempi rapidi. Le garanzie procedurali che devono essere riconosciute al richiedente asilo rischiano di incontrare un'attuazione sbrigativa e puramente formale qualora lo Stato di primo ingresso subisca un massiccio afflusso di migranti. La Corte dei conti ha rilevato che, presso i punti di crisi in Grecia, le persone che hanno inoltrato una domanda di asilo nel 2018 hanno ricevuto l'appuntamento per un colloquio nel 2022 o persino nel 2023.

Come è stato osservato, occorrerebbe provvedere ad una ripartizione degli oneri connessi all'accoglienza che non si limiti a contributi di natura finanziaria, ma implichi altresì il trasferimento dei richiedenti asilo verso Stati meno interessati dal fenomeno dell'immigrazione (ADINOLFI, 2015, 25), tenendo altresì in considerazione le aspettative di colui che richiede protezione internazionale.

Per queste ragioni, la proposta di regolamento formulata dal Parlamento europeo nel 2017 aveva previsto l'attivazione di un Meccanismo correttivo di assegnazione per garantire un'equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri e il rapido accesso dei richiedenti alle procedure di concessione della protezione internazionale, destinato ad operare nelle situazioni in cui uno Stato membro dovesse affrontare un numero eccessivamente elevato di domande di protezione internazionale, in applicazione dei criteri di competenza previsti dal regolamento stesso. Tale meccanismo avrebbe dovuto attenuare le sproporzioni nella distribuzione delle domande di asilo tra gli Stati membri, derivanti dall'applicazione dei criteri di competenza.

Un ulteriore elemento di criticità deve ravvisarsi nel divieto di circolazione dei beneficiari di protezione internazionale all'interno del territorio dell'Unione, indice rivelatore dell'approccio ancora oggi nazionale alla gestione dei flussi migratori verso l'Europa. Sebbene nel lasso di tempo che intercorre tra l'esame della domanda e l'adozione della decisione amministrativa che conclude il primo grado del procedimento il soggiorno dei richiedenti asilo non possa essere definito irregolare (CGUE, sentenza 19 giugno 2018, C-181/16, *Gnandi*, par. 40), questi ultimi si trovano costretti a rimanere nello

Stato competente, generalmente quello di primo arrivo, pur desiderando invece trasferirsi in un altro Stato, dove ritengono di avere maggiori possibilità di integrazione per affinità linguistiche, presenza di reti parentali, di sistemi di welfare più strutturati o più concrete opportunità lavorative.

### **5. Il meccanismo temporaneo di ricollocamento obbligatorio come primo tentativo di conferire cogenza al principio di solidarietà**

I difetti strutturali del sistema Dublino sono emersi violentemente nel 2015, quando la crisi migratoria ha posto sotto forte stress la capacità di accoglienza dei richiedenti asilo, in particolare da parte di Italia e Grecia. La drammaticità della situazione ha condotto il Consiglio ad adottare due decisioni che hanno previsto un sistema di ricollocamento di emergenza rispettivamente di 40.000 e 120.000 richiedenti da Italia e Grecia verso altri Stati membri. Si trattava di una risposta di emergenza *ad hoc*, di natura temporanea, volta ad offrire sostegno ai due Paesi che stavano sperimentando afflussi di migranti senza precedenti e che dovevano essere sollevati di parte degli oneri connessi all'accoglienza.

Come è stato osservato, l'aspetto più innovativo delle decisioni risiede nella definizione di quote obbligatorie sulla base delle quali distribuire i richiedenti protezione internazionale tra gli Stati membri, ad eccezione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca. Per la prima volta sono stati stabiliti criteri oggettivi per individuare il numero di persone che ogni Stato membro può potenzialmente accogliere, in considerazione della popolazione del Paese, del numero di richiedenti già presente, del prodotto interno lordo e del tasso di disoccupazione (FAVILLI, 2018, 375).

Queste decisioni, che hanno temporaneamente derogato al regolamento di Dublino, si sono scontrate con la riottosità di alcuni Paesi, precisamente di Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca, che si sono rifiutati di accogliere la parte di richiedenti asilo a cui erano obbligati, ricevendo per questa ragione una condanna da parte della Corte di giustizia (sentenza 2 aprile 2020). La sentenza dei giudici di Lussemburgo costituisce un significativo tassello verso il riconoscimento della cogenza giuridica del principio di solidarietà e di equa distribuzione delle responsabilità tra gli Stati membri in riferimento allo sviluppo di una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, come sancito dagli artt. 67 e 80 TFUE. I principi in esame dovrebbero, tuttavia, trovare inveramento non solo in misure derogatorie assunte di fronte all'eccezionalità di una situazione, ma permeare

l'intera normativa, orientando i progetti di riforma che da tempo sono in discussione, ma che finora sono rimasti senza esito (PENASA, 2017, 740; CORSI, 2020, 442).

## **6. La convergenza delle istituzioni dell'Unione circa l'incapacità del regolamento di Dublino di attuare il principio di solidarietà tra Stati membri**

L'esperienza menzionata dimostra che il regolamento di Dublino non è in grado di reggere a fronte di situazioni emergenziali, che hanno richiesto l'imposizione di un meccanismo temporaneo di ricollocamento. Il complesso delle istituzioni europee ha mostrato di convergere sulla considerazione dell'inefficienza del regolamento di Dublino e sulla sua strutturale inadeguatezza a realizzare compiutamente il principio di solidarietà e di reciproca responsabilità che dovrebbe governare il sistema di gestione delle domande dei richiedenti asilo. Oltre a minare la solidità dei rapporti che legano i Paesi dell'Unione, alcuni dei quali hanno avvertito di essere stati confinati in una condizione di isolamento e di abbandono nell'adempimento degli oneri connessi al fenomeno migratorio, la mancata attuazione del principio di solidarietà si è tradotta in una profonda lesione dei diritti umani dei migranti, trattenuti per lungo tempo in strutture sovraffollate e inadeguate a garantire loro un'esistenza dignitosa.

Nella Relazione speciale n. 24/2019, efficacemente intitolata "Asilo, ricollocazione e rimpatrio dei migranti: è ora di intensificare gli sforzi per ovviare alle disparità tra obiettivi e risultati", la Corte dei conti ha posto in luce la lenta e faticosa attuazione del principio di solidarietà. In particolare, pur evidenziando come i regimi obbligatori di ricollocazione abbiano rappresentato la prima iniziativa di solidarietà nella storia della politica europea in materia di migrazione destinata a redistribuire su vasta scala i richiedenti asilo tra i vari Stati membri, ed abbiano assicurato protezione a un significativo numero di richiedenti, che altrimenti sarebbero rimasti in Italia o in Grecia o che si sarebbero forse spostati in altri paesi in modo irregolare, ha tuttavia rilevato come il numero di richiedenti asilo ricollocati non sia stato sufficiente ad alleviare efficacemente la pressione sui sistemi di asilo in Grecia e in Italia. I migranti ricollocati durante il periodo di ammissibilità hanno rappresentato solo il 4 % circa di tutti i richiedenti asilo in Italia e il 22 % circa di quelli in Grecia.

Il Parlamento europeo da tempo è impegnato in una riflessione critica rispetto al sistema costruito mediante il regolamento di Dublino, del quale

propone la riforma in chiave maggiormente attenta al principio di solidarietà<sup>6</sup>. Oltre ad assumere valore *ex se*, come guida delle politiche comuni in materia di asilo e come principio carico di significati tali da consolidare l'idea degli Stati di appartenere ad una comunità non solo di diritto, ma anche di doveri di solidarietà reciproca, il rispetto del principio rappresenta un'essenziale preconditione per la tutela dei diritti umani e per l'effettività del diritto di asilo, poiché consente una equa e sostenibile ripartizione delle domande che, come auspicato dal Parlamento europeo, dovrebbe seguire criteri oggettivi che tengano conto, in particolare, del Pil e della popolazione di ciascun Paese dell'Unione.

Anche la Commissione ha rilevato le significative criticità che inficiano la corretta esecuzione del sistema comune di asilo, in particolare ha osservato che la gerarchia dei criteri stabilita dal regolamento Dublino III non tiene conto delle capacità degli Stati membri, né mira a equilibrare gli sforzi, concludendo con la perentoria ammissione che il regolamento non è stato concepito per far fronte a situazioni di pressione sproporzionata, non si prefigge l'obiettivo di un'equa ripartizione delle responsabilità e non è in grado di affrontare la distribuzione sproporzionata dei richiedenti tra gli Stati membri.

Anche il Comitato delle regioni ha indicato i profili critici e problematici che presenta il sistema eurounitario in tema di gestione dei fenomeni migratori. Come evidenziato nel parere del 4 dicembre 2014 (2015/C 019/12), dal titolo "Gli sforzi per promuovere un'autentica solidarietà nel quadro di una vera politica europea in materia di migrazione", "si continua a ricorrere meno del necessario all'articolo 80 del TFUE per applicare il principio di solidarietà e di equa ripartizione di responsabilità con misure che assicurino la mobilità tra gli Stati membri tenendo conto anche delle sue implicazioni finanziarie. L'impegno in materia di migrazione e rimpatrio continua ad essere del tutto volontario, e, in alcuni casi, sono gli enti locali a prendere l'iniziativa di metterlo in pratica" (punto 6). La prospettiva solidaristica che informa la gestione del fenomeno migratorio deve operare non solo tra Stati membri, ma anche all'interno delle articolazioni territoriali dei singoli Stati, distribuendo in modo equo tra gli enti locali e regionali gli oneri relativi al flusso migratorio. Tra le criticità rilevate dal menzionato parere vi è proprio la diseguale ripartizione degli oneri relativi all'accoglienza: "la ripartizione

<sup>6</sup> Cfr. le risoluzioni del Parlamento europeo del 17 dicembre 2020 sull'attuazione del regolamento Dublino III (2019/2206(INI)), del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e sulla necessità di un approccio olistico dell'UE alla migrazione (2015/2095(INI)), e del 10 settembre 2015 sulla migrazione e sui rifugiati in Europa (2015/2833(RSP)).

delle responsabilità relative all'accoglienza è disuguale tanto tra gli Stati membri quanto all'interno di essi, per cui alcuni enti locali e regionali assumono responsabilità di gran lunga maggiori di altri, offrendo accoglienza a una gran parte dei nuovi arrivati, una quota che in molti casi è superiore alle proprie capacità" (punto 10).

## **7. La proposta di modifica del regolamento di Dublino: rilievi critici**

A questo punto, occorre chiedersi se il nuovo patto sull'immigrazione e l'asilo formulato dalla Commissione europea nel settembre del 2020 sia in grado di superare le inefficienze e le carenze insite nella disciplina del regolamento di Dublino.

Invero, già nel 2015, la Commissione europea aveva proposto di modificare parzialmente il regolamento Dublino III, introducendo un meccanismo di «ricollocazione di crisi», simile a quello delle decisioni n. 2015/1523 e 2015/1601, ma a carattere permanente. Questa proposta era stata tuttavia accantonata a seguito di un più ampio progetto di modifica (c.d. «Dublino IV»), avanzato dalla Commissione nel maggio 2016, che manteneva fermi i criteri di competenza del regolamento Dublino III (compresa la regola dello Stato di primo ingresso) introducendo, però, un «meccanismo correttivo di assegnazione» in situazioni in cui uno Stato si trovasse ad affrontare un numero sproporzionato di domande per il cui esame risultasse competente; inoltre, tale proposta prevedeva a carico degli Stati inadempienti una sanzione di 250.000 euro per ogni richiedente non ricollocato. Si trattava di un progetto che si poneva nel solco dell'impostazione di Dublino III, senza sradicarne le opzioni di fondo e innestando soltanto misure di manutenzione e aggiustamento (FAVILLI, 2019, 34). Come noto, il 16 novembre 2017 il Parlamento europeo nell'esame in prima lettura aveva adottato a larga maggioranza numerosi emendamenti in base ai quali si proponeva il superamento del criterio del Paese di primo arrivo, con l'introduzione di un sistema automatico di trasferimenti con un metodo di ripartizione fisso, non condizionato al superamento del 150% della quota considerata sostenibile per ogni Stato. Inoltre, la scelta del Paese di trasferimento avrebbe dovuto promuovere la valorizzazione dei legami sociali esistenti tra i richiedenti e il Paese di destinazione, in particolare dei legami familiari (estesi a figli adulti in carico ai genitori, fratelli e sorelle), dell'avvio di un percorso di studi o anche della semplice circostanza di avere vissuto nel Paese di destinazione.

Questa proposta di revisione è stata a sua volta ritirata e sostituita

dall'attuale progetto di regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione. La proposta in discussione prevede un nuovo meccanismo di solidarietà tra Stati membri volto a sostenere i Paesi dell'UE più esposti ai flussi migratori e ai volumi di domande di protezione. Il "meccanismo di solidarietà" è volto a promuovere l'equità come "parte integrante del sistema di asilo dell'UE, tenendo conto della diversità delle problematiche inerenti alle diverse ubicazioni geografiche e garantendo che tutti contribuiscano affinché le reali esigenze create dagli arrivi irregolari di migranti e di richiedenti asilo non siano gestite da singoli Stati membri lasciati a sé stessi, bensì dall'UE nel suo insieme".

Il sistema di solidarietà si compone di tre strumenti, che operano alternativamente, facendo quindi affidamento sulla volontarietà delle condotte degli Stati membri. Precisamente, le misure di solidarietà possono tradursi nella ricollocazione, nei rimpatri sponsorizzati e nel contributo al rafforzamento della capacità degli Stati membri nel settore dell'asilo e dell'accoglienza. In particolare, ciascuno Stato membro dovrà contribuire alla ricollocazione e/o alla sponsorizzazione dei rimpatri mediante una quota di riferimento che verrà applicata secondo criteri di distribuzione basati sul PIL (50%) e sulla popolazione (50%). La proposta prevede che agli Stati membri venga tuttavia concessa flessibilità nel decidere se e in quale misura ripartire il proprio impegno. Questi potranno infatti contribuire anche attraverso altre forme di solidarietà, quali lo sviluppo, nello Stato membro interessato, delle capacità nel settore dell'asilo, dell'accoglienza e del rimpatrio, la messa a disposizione di supporto operativo e l'adozione di misure connesse agli aspetti esterni della migrazione.

L'impianto complessivo del meccanismo di solidarietà si espone a due rilievi critici. In primo luogo, la misura della ricollocazione fa affidamento sugli Stati volenterosi, riproducendo in gran parte ciò che era già stato deciso nell'accordo di Malta del 23 settembre 2019. La novità risiede nell'offrire agli Stati che non intendano accogliere alcun richiedente protezione internazionale l'alternativa di collaborare come "sponsor" dei rimpatri. In estrema sintesi, o si ammette un richiedente protezione internazionale o si collabora al rimpatrio di una persona non regolarmente soggiornante. Questa forma di collaborazione può assumere le più svariate forme, può essere di natura finanziaria, oppure può tradursi, ad esempio, nell'impegno dello Stato sponsor ad assumere il ruolo di interlocutore privilegiato con le autorità dei Paesi terzi verso i quali i migranti devono essere rimpatriati. Ciò in considerazione del fatto che ogni Stato membro dell'Unione ha le proprie aree di influenza, ha i propri accordi bilaterali di riammissione e quindi può offrire un proprio in-

dividuale contributo al rimpatrio di una persona che si trovi in un altro Stato membro. Nel frattempo, nelle more della conclusione della procedura di rimpatrio, la persona rimane nello Stato di primo ingresso e può rimanervi fino ad otto mesi, trascorsi i quali se il rimpatrio non è avvenuto, vi sarà il trasferimento del migrante nello Stato membro che ha assunto il ruolo di sponsor per il rimpatrio.

Il secondo profilo di criticità risiede nella conservazione delle regole di Dublino in tema di individuazione dello Stato competente. In base alla proposta di nuovo patto sull'immigrazione e l'asilo, qualsiasi attraversamento di frontiera senza un visto o autorizzazione d'ingresso è qualificato come irregolare e dunque soggetto all'applicazione del criterio che attribuisce la responsabilità allo Stato di primo arrivo.

## 8. Riflessioni conclusive

L'attuale sistema Dublino non è stato concepito per garantire una distribuzione sostenibile e solidale delle responsabilità nei confronti dei richiedenti in tutta l'Unione. Il sistema di asilo per ora sembra comune solo nella formulazione linguistica e rimarrà probabilmente tale fino a quando non saranno concepiti efficaci meccanismi intra-europei di ripartizione delle responsabilità, essenziali non solo per realizzare una compiuta attuazione del principio di solidarietà, ma altresì per assicurare una tutela effettiva dei diritti dei richiedenti asilo.

Il criterio del primo Stato di ingresso sancito dal regolamento di Dublino III, vero architrave del SECA, non rappresenta una formula di condivisione, poiché attribuisce la responsabilità dell'accoglienza principalmente agli Stati membri di frontiera. Questa regola, confermata dalla recente proposta della Commissione, rappresenta il principale ostacolo alla attuazione del principio di «solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità» sancito dall'art. 80 TFUE e ne rappresenta, anzi, la sua antitesi. La mancata declinazione concreta del principio di solidarietà in materia di asilo appare particolarmente grave se si tiene presente che il principio di solidarietà innerva l'intera costruzione europea, marca la dimensione assiologica e teleologica su cui poggia l'impianto normativo dell'Unione. La solidarietà rappresenta, infatti, valore (*ex art. 2, TUE*), obiettivo (*ex art. 3, TUE*) e principio (*ex art. 21, TUE*) del processo di integrazione europea. La solidarietà, nella veste di valore sul quale, *ex art. 2 TUE*, indirettamente si fonda l'Unione e di obiettivo dell'azione dell'Unione, è emersa proprio nel contesto di fondazione dell'ordi-



namiento dell'Unione sulla base dei principi e valori costitutivi del patrimonio costituzionale comune agli Stati membri. È sulla base di uno spirito di solidarietà e collaborazione che vengono creati i presupposti per la cooperazione tra gli Stati membri e si giunge alla creazione prima delle tre Comunità poi dell'Unione europea. Il processo di integrazione europea risulta caratterizzato sin dagli albori dalla condivisione di obiettivi e interessi tra gli Stati e da un vincolo di solidarietà che valeva a differenziare i trattati comunitari dagli ordinari trattati internazionali, generalmente volti alla definizione e composizione di interessi confliggenti (MEZZETTI, 2019, 118). La solidarietà rappresenta un valore fondamentale del processo di costruzione dell'edificio comunitario sin dalla dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, nella quale si riconobbe che «[l]'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto». In qualità di principio ed obiettivo dell'Unione, che irradia trasversalmente l'intera dimensione assiologica e teleologica dell'Unione, la solidarietà non può essere confinata ad una dimensione emergenziale, non può essere destinata a trovare applicazione solo nelle situazioni di intensi flussi migratori, ma deve essere assunta come principio in grado di assicurare una gestione dei richiedenti asilo che sia sostenibile e soprattutto rispettosa dei diritti fondamentali.

Una delle sfide che impegneranno l'Unione nel breve termine consiste quindi nella costruzione di un sistema che sia in grado di garantire una progettualità a lungo termine alla gestione della migrazione e che sia pienamente fondato sui valori europei di solidarietà e di tutela dei diritti della persona, nonché sul diritto internazionale. A questo proposito, non si può dimenticare che il principio di non respingimento, oltre a trovare sanzione nei documenti internazionali, rappresenta una norma di *ius cogens*, ovvero un precetto che esprime un divieto assoluto e inderogabile anche in presenza di situazioni di emergenza, pertanto anche nel periodo di intensi flussi migratori. Come è stato chiarito dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, il divieto di respingimento deve essere considerato il complemento logico del diritto di asilo riconosciuto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e deve essere garantito ai rifugiati indipendentemente dal loro riconoscimento ufficiale, quindi anche ai richiedenti asilo il cui status non sia stato ancora definito.

La progettazione di un sistema comune di gestione delle questioni connesse alle migrazioni e alle richieste di protezione internazionale rappresenta un tema dall'altissima salienza politica, in grado di influenzare in modo significativo la possibilità di promuovere e di consolidare un progetto di reale

identità politica, istituzionale e giuridica della costruzione europea. Una gestione dei migranti realmente improntata al principio di solidarietà rappresenta una delle sfide sulle quali l'Unione potrà irrobustire la legittimazione delle proprie istituzioni e della propria stessa esistenza contro le riserve espresse dai movimenti sovranisti che fanno della questione migratoria uno dei capisaldi dei propri progetti politici.

In questa cornice, l'inserimento del rispetto dei diritti umani come valore sul quale si fonda l'Unione (art. 2, TUE) potrebbe essere letto come una formula idonea a promuovere un'armonizzazione dei contenuti del diritto di asilo previsto in seno agli ordinamenti degli Stati membri, al fine di costruire un patrimonio costituzionale comune a presidio del diritto degli stranieri di essere accolti qualora il Paese di origine presenti strutturali carenze in tema di protezione dei diritti fondamentali. Richiamando le parole di un Padre della Costituzione italiana, Giorgio La Pira, il "concetto del valore sacro dell'uomo" dovrebbe rappresentare la stella polare di ogni intervento in materia di asilo e accoglienza. In questa prospettiva, giova sottolineare che i valori dell'Unione non possiedono soltanto una forte carica ideale e politica, ma altresì generano conseguenze giuridiche per le istituzioni dell'Unione e per gli Stati membri in caso di loro mancato rispetto. Con riferimento alle prime, i valori innervano la dimensione degli obiettivi dell'Unione e condizionano l'attività delle istituzioni sovranazionali, assurgendo a parametro di legittimità della produzione normativa e dei comportamenti degli organi dell'Unione (ADAM, TIZZANO, 2017, 392). In relazione agli Stati, il rispetto dei valori fondanti l'ordinamento europeo si pone come preconditione ai fini dell'adesione all'Unione (art. 49 TUE) e come requisito per il godimento dei diritti previsti dai trattati. Nel caso in cui esista un evidente rischio di grave violazione da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'art. 2 TUE, l'art. 7 TUE prevede l'attivazione di una procedura che può condurre alla sospensione di alcuni diritti previsti dai trattati, incluso il diritto di voto. Si potrebbe, dunque, immaginare l'attivazione di sanzioni di questo tenore qualora gli Stati si rifiutino di adempiere agli obblighi di solidarietà che devono informare la gestione dei richiedenti asilo.

### Riferimenti bibliografici

- ADAM, R., TIZZANO, A. (2017). *Manuale di diritto dell'Unione europea*. Giappichelli, Torino
- ADINOLFI, A. (2014). La circolazione tra gli Stati membri dell'Unione degli stranieri

- in condizione regolare. In Caggiano, *I percorsi giuridici per l'integrazione: migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino
- ADINOLFI, A. (2015). La "politica comune dell'immigrazione" a cinque anni dal Trattato di Lisbona: linee di sviluppo e questioni aperte. In Amadeo, Spitaleri, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*. Giappichelli, Torino
- AMADEO, S. (2015). La funzione dei diritti fondamentali nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea. In Amadeo, Spitaleri, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*. Giappichelli, Torino
- AMADEO, S., SPITALERI, F. (2019). *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*. Giappichelli, Torino
- BENVENUTI, M. (2007). Asilo (diritto di) - II: Diritto costituzionale. *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma
- BERNARDI, E. (1987). Asilo politico. *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino
- BIN, R., BARTOLE, S. (2008). *Commentario breve alla Costituzione*. Cedam, Padova
- CASSESE, A. (1975). Principi fondamentali. Art. 10-12. In Branca, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma
- CORSI, C. (2020). Commissione c. Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria: il principio di solidarietà nelle politiche in materia di asilo. *Quaderni costituzionali*, 2
- FAVILLI, C. (2018). La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri. *Quaderni costituzionali*, 2
- FAVILLI, C. (2019). La difficile costruzione di un sistema europeo comune di asilo. *Minorigiustizia*, 1
- GRASSO, L. (2012). L'asilo costituzionale in Europa: analogie e divergenze di un generalizzato declino. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4
- LANG, A. (2014). Commento all'articolo 80 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In Tizzano, *Trattati dell'Unione europea*. Giuffrè, Milano
- MEZZETTI, L. (2019). Principi costituzionali e forma dell'Unione. In Costanzo, Mezzetti, Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*. Giappichelli, Torino
- MORGESE, G. (2020). La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità. *Diritto pubblico*, 1
- NASCIMBENE, B. (2020). La dimensione interna ed esterna della politica di immigrazione e asilo. Principi e valori. *Studi sull'integrazione europea*, XV

- PENASA, S. (2017). La relocation delle persone richiedenti asilo. Un sistema legittimo, giustificato e... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio. *DPCE on line*, 3
- RAVO, L.M. (2015). La giurisprudenza *N.S e altri c. Regno Unito* e il problema della solidarietà fra Stati membri in materia di asilo. In Amadeo, Spitaleri, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Giappichelli, Torino
- VITIELLO, D. (2013). Regolamento Dublino II e diritti dei richiedenti asilo nell'Unione europea: considerazioni in merito al dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo. *Bocconi Legal Papers*, 1

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA  
EN CUESTIONES AMBIENTALES.  
LA INFLUENCIA DEL CONVENIO DE AARHUS  
EN EL DERECHO EUROPEO\*

BELÉN BURGOS GARRIDO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El contexto internacional sobre la información y participación en el medio ambiente. – 3. El Convenio de Aarhus y su influencia en el Derecho Europeo. – 4. El derecho de acceso a la información ambiental en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). – 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

El derecho de acceso a la información pública ha sido objeto de gran debate jurídico en los últimos tiempos en Europa. Ello se debe a una ardua petición de transparencia y buen gobierno por parte de la ciudadanía que, ante la crisis de la democracia representativa, exige, cada vez más, una sociedad más democrática a través de mecanismos participativos, que permita a los ciudadanos tomar parte en la adopción de las decisiones, a la par que exigir la oportuna rendición de cuentas a los Poderes públicos. Precisamente, estos Poderes públicos, a través de la información, deben ofrecer transparencia en sus actuaciones. En este sentido, SOMMERMANN (2010, 11-26) defiende que la transparencia, cimentada en los derechos de información y participación, funciona a modo de barómetro de desarrollo de un Estado democrático.<sup>1</sup>

\* Este trabajo ha recibido el premio ex aequo a la mejor comunicación presentada en el V Congreso internacional del Seminario Ítaloespañol “Europa, sociedad abierta”.

Esta publicación es parte del Proyecto I+D correspondiente al Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia: DER2017-87789-R “Los servicios urbanos del agua en España y Europa: Retorno a la gestión directa o colaboración público-privada, pero con un efectivo gobierno y control público del servicio” y de la ayuda PRE2018-086606 financiados por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y FSE “El FSE invierte en tu futuro”. Y del Proyecto I+D+i del programa operativo FEDER Andalucía: B-SEJ-444-UGR1 “El ciclo urbano del agua en situaciones de sequía y escasez: medidas preventivas y reactivas”.

<sup>1</sup> Igualmente, para BLASCO DÍAZ (2010, 132).

Asimismo, y para poner en valor la importancia de la información, hemos de resaltar que, según una investigación llevada a cabo por el Defensor del Pueblo Europeo “la falta de información y la información incorrecta constituyen la alegación más frecuente en las reclamaciones presentadas por la ciudadanía.”<sup>2</sup> En definitiva, la sociedad desea obtener información con relevancia pública susceptible de afectar a sus derechos e intereses<sup>3</sup> así como participar en la adopción de las decisiones.

En relación con esto, gran parte de la doctrina ha señalado que nos hallamos ante un nuevo modelo social, donde ha tenido lugar una evolución de las relaciones entre el ciudadano y las Administraciones Públicas sustentadas ahora en comunicaciones “abiertas, interactivas y fluidas” en las que la información se ha erigido en requisito central (BARNÉS VÁZQUEZ, 2007, 7), incluso en “elemento de poder” (CASTELLS ARTECHE, 1984, 135). El fin perseguido en este modelo social es la *gobernanza* o *buen gobierno*, concepto que, como indica GUILLEM CARRAU (2009, 83) “reaparece en nuestro Ordenamiento conectado a un instrumento comunitario de *soft-law* conocido como el Libro Blanco de la Gobernanza de la Comisión Europea. Esta noción fue asociada por la Institución comunitaria a la mejora normativa y la necesaria modernización administrativa. Igualmente, el incremento de la transparencia en los procesos de toma de decisión y la participación ciudadana constituyeron, junto a la inevitable adaptación a las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, piezas clave de este empeño comunitario por desarrollar sociedades democráticas avanzadas en la UE.”

En este orden de ideas, para CERRILLO MARTÍNEZ (2005, 11-37), la *gobernanza* se define como “una forma nueva y diferente de gobernar caracterizada por la interacción entre una pluralidad de actores, con unas relaciones horizontales, buscando el equilibrio entre poder público y sociedad civil y la participación en el gobierno de la sociedad en general y no de un único actor. Su importancia reside en la capacidad de englobar todas las instituciones y relaciones implicadas en los procesos de gobierno”. Por su parte, PRATS CATALÀ (2005, 131 y ss.) expone que la gobernanza moderna se fundamenta en la necesidad de crear estructuras y procesos sociopolíticos que favorezcan la asunción de responsabilidades comunes dado que los gobiernos no son los únicos actores. En nuestra opinión, ante este nuevo escenario donde el ciudadano consciente o concienciado está demandando un papel más activo en los asuntos sociales no cabe sino dotar de transparencia al sistema.

<sup>2</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO (1996).

<sup>3</sup> BUSTOS GISBERT (2017, 63 a 97).

Por otra parte, el principio 1 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972, conocida como Declaración de Estocolmo, consagró el derecho al medio ambiente como un derecho de tercera generación, al determinar que “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar.” En relación con ello, no debemos olvidar que, las Constituciones modernas (LOZANO CUTANDA, 2010, 311) han consagrado el derecho de todos a disfrutar del medio ambiente y conservarlo<sup>4</sup>. Precisamente, consideramos que, para poder ejercer este derecho de conservación del medio ambiente, se requiere una participación efectiva en el mismo por parte de la ciudadanía; participación que, en nuestra opinión, tiene su primera manifestación en el derecho a la información del cual nos vamos a ocupar.

Es de destacar que, particularmente, el campo del Derecho ambiental se ha mostrado pionero en estos ámbitos del derecho de acceso a la información y participación ciudadana<sup>5</sup>. En este punto, algunas de las inquietudes ciudadanas son la calidad del aire que respiramos y del agua que bebemos, el saneamiento y depuración de las aguas residuales, la preocupación por el incremento de las sequías, inundaciones y el aumento de las temperaturas o la contaminación, cada vez más acuciante, por plásticos, por citar solo algunos ejemplos donde la ciudadanía está ávida de información. Igualmente, se ha puesto de manifiesto que la denominada *gobernanza ambiental* favorece la “adopción de políticas más efectivas y una mejor aplicación del Derecho en este sector” (PLAZA MARTÍN, 2005, 1). El convencimiento de que el Derecho ambiental requiere de la participación del público para su efectiva y eficaz aplicación ya había sido expresado por la más reputada doctrina desde hace largo tiempo (MARTÍN MATEO, 1994, 17 y ss.). En este sentido, no podemos estar más de acuerdo con ello porque estimamos que la protección del medio ambiente es algo que influye no sólo de modo directo en nuestra calidad de vida, salud y bienestar, así como la del entorno que nos rodea, sino también en la de las futuras generaciones.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Así la española lo ha plasmado en su art. 45, la argentina en su art. 41 (reformada en 1994), la brasileña en su art. 225, la colombiana en su art. 79, la chilena en su art. 19.8, la costarricense en su art. 50, y la ecuatoriana en su art. 19.2, por citar sólo algunos ejemplos. Por otra parte, al respecto de la vinculación del art. 45 CE con el art. 9.2 *vid.* JARIA i MANZANO (2008, 119 y ss.).

<sup>5</sup> En palabras de OLLER RUBERT (2013, 171) el sector ambiental “ha servido de trampolín para que aquellos derechos se extiendan al resto de ámbitos de la vida pública”.

<sup>6</sup> Así lo expresé en relación al derecho humano al agua en BURGOS GARRIDO (2020a,

En este orden de ideas, tal y como señala BOMBILLAR SÁENZ (2018, 115 y 116), la tarea de la protección del medio ambiente “requiere de un fuerte compromiso y grado de concienciación por parte de los propios ciudadanos, concienciación a la que difícilmente se podrá aspirar sin unas correctas campañas de información, educación y sensibilización por parte de los Poderes públicos. La información se convierte, así, en una herramienta imprescindible para que la ciudadanía pueda intervenir *con conocimiento de causa* en los asuntos medioambientales. La información es poder.”

En relación con ello, ese interés de las generaciones presentes y futuras relacionado con los derechos de información y participación ya se puso de manifiesto por parte de la Unión Europea en el Quinto Programa comunitario de Medio Ambiente, de 31 de diciembre de 1996, con el que se pretende alcanzar que todos los posibles agentes privados y públicos que puedan verse inmiscuidos en la ejecución del Derecho ambiental efectivamente lo hagan, para lograr equilibrar los intereses que a corto plazo puedan tener algunas personas y empresas y que conlleven ciertos impactos en el medio ambiente, como por ejemplo, a la hora de producir ciertos bienes, con los beneficios que un medio ambiente sano reporta a largo plazo para toda la sociedad. En definitiva, se destaca la necesidad de ese equilibrio entre todos los agentes implicados en materia ambiental para lograr el objetivo del desarrollo sostenible.

Esta preocupación por la buena gobernanza ha dejado su impronta, como no puede ser de otro modo, en la legislación de diversos Estados que han positivizado el derecho de acceso a la información pública<sup>7</sup>; si bien, el tratamiento jurídico otorgado al mismo difiere de modo notable según el país al

490), donde ya manifesté que “hemos de mantener una actitud crítica y reivindicar la puesta en marcha de mecanismos jurídicos eficaces que garanticen el disfrute de este derecho y permitan su conservación para las generaciones venideras, no pudiendo limitarnos a su mera declaración formal.” Y en BURGOS GARRIDO (2021). Y, respecto a la necesidad de implementar mejoras en el saneamiento y depuración de las aguas residuales, en BURGOS GARRIDO (2020b, 192), donde señalé la necesidad de mantener la *seguridad hídrica* y la defensa del agua como “recurso estratégico de vital importancia para la supervivencia de todos los seres vivos y la conservación de los ecosistemas, que cobra además un especial valor, al tratarse de un recurso limitado, denominándose en este sentido como el *oro azul*.” Relacionado con ello, otros autores han desarrollado el principio de equidad generacional *vid.* PALOMBINO (2020).

<sup>7</sup> En este punto, Suecia fue la precursora, si bien, otros Estados lo han contemplado en sus legislaciones en tiempos más recientes, como ocurre con el Ordenamiento jurídico español.



que nos estemos refiriendo, de forma que, algunos lo han consagrado en sus textos constitucionales, mientras que otros han optado por configurarlo en su legislación ordinaria.<sup>8</sup>

Asimismo, como pone de manifiesto HERNÁNDEZ RAMOS (2018, 484), “el acceso a la información pública es un mecanismo imprescindible para la conformación de una sociedad informada y crítica. Es, en consecuencia, una condición *sine qua non* para una democracia de calidad. La cristalización de un derecho que posibilite este acceso ha sido una lucha de conquista de la sociedad frente a la opacidad estatal”, idea con la que hemos de convenir.

En este sentido, a nivel europeo la Comisión ha ido enfocándose en una política de apertura en el procedimiento de toma de decisiones, ello obedece, como explica PLAZA MARTÍN (2005, 16), al convencimiento de que esto es vital para la lograr “medidas acertadas y viables”, pero precisa, la mencionada autora, que “ha sido en el ámbito del Derecho ambiental, en particular, en donde la Comisión ha insistido de manera especialmente intensa sobre la necesidad de que la elaboración de las disposiciones comunitarias se abra a un proceso de consulta en la fase previa a la presentación de una propuesta y

<sup>8</sup> Por lo que se refiere a su reconocimiento constitucional, según expone el INAP (2016, 48) “Entre los países de la Europa Continental, cabe destacar que Alemania, Bélgica y Portugal recogen expresamente en su articulado el derecho de acceso a la información. En el caso de Italia, no existe un artículo concreto que recoja este derecho, sin embargo, se observan en su texto constitucional algunos artículos relacionados. En el caso de Francia, el preámbulo de su Constitución reenvía a los principios definidos por la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y, en concreto, a su artículo 15. De esta forma otorga un valor constitucional al derecho de exigir cuentas a todo agente público sobre su Administración. Por su parte, Austria promulgó en diciembre de 2014 la Ley Federal sobre el ordenamiento de la información nacional y federal. Dicha norma supuso una reforma de la Ley Federal Constitucional. En referencia a los países escandinavos, es destacable que Finlandia recoge en el articulado de su Constitución el carácter público de la información en posesión de las autoridades. En el caso de Dinamarca no viene recogido expresamente, sino que se hace alusión a la libertad de publicar las ideas. En lo que concierne a Suecia, es importante señalar que su Constitución está compuesta por cuatro documentos, de entre los cuales dos hacen referencia a la libertad de prensa y expresión. En la legislación específica es donde viene recogido expresamente el derecho de acceso. Por otra parte, y teniendo en cuenta los países anglosajones, cabe señalar que Nueva Zelanda, al contrario que Canadá, incluye en su Constitución la libertad para «recibir información y opiniones de cualquier clase en cualquier forma». En relación con los países que forman parte de Iberoamérica, cabe destacar que en Argentina, México y Costa Rica se reconoce explícitamente en sus Constituciones el derecho de acceso a la información pública. Del mismo modo, en Chile también se reconoce constitucionalmente el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública. En Uruguay, por su parte, se hace alusión al derecho a la protección de la libertad y a la libertad de comunicación.”

en la fase de proyecto; postura de la que también se hizo eco el mismo Consejo en su Resolución sobre la redacción, aplicación y cumplimiento del Derecho comunitario de medio ambiente, en la que resaltó la conveniencia de que la Comisión consulte a los principales agentes interesados, incluidos aquellos que puedan intervenir, en el ámbito nacional y en el de la Comisión, en la incorporación y aplicación práctica, en las primeras fases de las propuestas concretas de proyectos legislativos, para facilitar las negociaciones subsiguientes y hacer que la legislación sea más fácil de cumplir.” A nuestro juicio, sin duda, la elaboración de las normas implementando una fase de consulta previa de los sectores implicados, supone un mayor índice de aceptación y cumplimiento de la normativa por parte de la ciudadanía<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Por otra parte, también hemos de tener en cuenta que el derecho de participación tiene muchas plasmaciones en nuestro texto constitucional. Así de un lado, el art. 23 de la CE reconoce como tal el derecho a la participación de los ciudadanos, concretamente, estipula que “los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”. De otro lado, el art. 9.2 CE contiene el mandato dirigido a los Poderes públicos de la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten esa participación (en concreto, dispone que “corresponde a los Poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”) y el art. 48 CE respecto a su obligación de promover las condiciones para la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural. Por su parte, el art. 105 b) estipula que la ley regulará “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. Observamos, por tanto, como indica la STS 3246/1999, de 30 de marzo, FJ 3, “que se remite de forma expresa a la configuración legal el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva. Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa).” Igualmente, la CE se refiere a la participación en sectores específicos, cuestión en la que no podemos entrar por razones de espacio. Al respecto *vid.* arts. 27.5, 27.7, 105.a) y 129 de la CE.

## **2. El contexto internacional sobre la información y participación en el medio ambiente**

El interés de la sociedad en el medio ambiente y en la toma de decisiones que le afectan es cada vez más representativo y así lo demuestran diversos textos internacionales<sup>10</sup>. Así, ya en el Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (CNUMAH), celebrada en Estocolmo entre el 5 y el 16 de junio de 1972, el Secretario General recomendaba que se adoptasen las actuaciones oportunas con la finalidad de instaurar “un programa de información destinado a suscitar el interés de los particulares por el medio humano y a lograr la participación del público en su ordenación y control”, y matizaba que ese plan debía recurrir “a los medios de información pública tradicionales y contemporáneos”, así como contemplar mecanismos de estimulación de participación activa de los ciudadanos capaces de “despertar el interés y lograr la contribución de las organizaciones no gubernamentales en la salvaguarda y mejora del medio.” Por su parte, en la Resolución 37/7 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 28 de octubre de 1982, conocida como la Carta Mundial de la Naturaleza, se afirmaba que “toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernan directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización.” Hallamos pues en ambos textos el germen del derecho a la información y participación medioambiental.

Sin embargo, un gran paso respecto a la participación en los asuntos relacionados con el medio ambiente vino de la mano de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo aprobada en 1992, en cuyo principio número 10, se establecía que el mejor modo de abordar los problemas ambientales era a través de la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel correspondiente. Y puntualizaba que, a nivel estatal, toda persona debía poseer un acceso apropiado a la información que sobre el medio ambiente detenten los Poderes públicos, incluso los datos que se refirieran a materiales y actividades peligrosas en sus comunidades, “así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.” Asimismo, se afirmaba que los Estados debían contribuir al fomento de la sensi-

<sup>10</sup> Sobre la evolución del Derecho al medio ambiente en la Unión Europea *vid.* PLAZA MARTÍN (2013).

bilización y participación de la población poniendo a disposición de la misma la información mediante un “acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos.” Observamos, por tanto, que se configura, de esta forma, el acceso a la información como sustrato previo del derecho a la participación ciudadana, al erigirse el primero en premisa fundamental para el segundo. Principio que, posteriormente, se plasmó y desarrolló en diversos instrumentos jurídicos.

Así, en el ámbito de la Comunidad Europea, se configuró en el Tratado de Maastricht de 1992 el derecho de acceso a los documentos comunitarios como “un derecho fundamental autónomo, independiente de la libertad de expresión y del derecho general a recibir información, asociado a la ciudadanía comunitaria.” (GUICHOT REINA, 2009, 95) promulgándose varias Directivas al respecto. De un lado, la Directiva 90/313/CCE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, que venía a regular la obligación de los Estados miembros de facilitar a cualquier persona que lo requiriese, ya fuese física o jurídica, el acceso a la información en este ámbito; y de otro lado, dos directivas destinadas a salvaguardar la garantía de participación en ciertos procedimientos administrativos, en concreto, en el procedimiento de la evaluación de impacto ambiental con la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente<sup>11</sup>, y, en el procedimiento de concesión de licencias a ciertas instalaciones, con la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación. Pero, sobre las mismas, hemos de hacer una precisión importante, y es que, los destinatarios de sus aplicaciones eran únicamente los Estados miembros, quedando al margen de esas obligaciones, las instituciones comunitarias, lo cual resultaba, a nuestro juicio, bastante llamativo, pues consideramos que, precisamente, las instituciones han de ser un reflejo ejemplarizante de la salvaguarda de estos derechos. Por lo que concluimos que se puede detectar un déficit democrático y una carencia de participación ciudadana en los estadios iniciales de la configuración de estos derechos por parte de la Unión Europea.

Es por ello que, el Convenio internacional sobre acceso a la información,

<sup>11</sup> En relación a esta Directiva, GARCÍA MACHO (2010, 29) resaltar que supuso uno de los primeros conatos que exteriorizaban la relevancia de los derechos de información y participación, siendo la antesala de un cambio de paradigma respecto a la accesibilidad de los archivos y registros públicos. Y, en el mismo sentido, LASAGABASTER HERRARTE (2010, 113).

participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, de 25 de junio de 1998, conocido como el Convenio de Aarhus<sup>12</sup> y que seguidamente analizaremos, adquiere una gran relevancia y consideramos que ha ejercido una influencia auténticamente transformadora en el modo de entender estos derechos por parte de la Unión Europea en el campo específico del medio ambiente. Según dicho Convenio el medio ambiente se configura como un derecho-deber. De un lado, derecho a vivir en un medio ambiente que garantice nuestra salud y bienestar, y de otro lado, el deber, tanto individual como colectivo, de proteger y mejorar el medio ambiente en interés de las generaciones presentes y futuras. Deber de proteger y mejorar para cuya efectiva realización entendemos que se tornan fundamentales, y así se reconoce expresamente, los derechos de información, participación y acceso a la justicia en cuestiones medioambientales.

En este contexto internacional, por lo que respecta al derecho a la información en general, el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, plasmó, en su art. 255, el principio del derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión<sup>13</sup>.

Seguidamente, la Carta de Derechos Fundamentales, de 7 de diciembre de 2000, reconoció el derecho a la transparencia como parte del derecho a una buena administración y el derecho de acceso a los documentos<sup>14</sup>. Y, po-

<sup>12</sup> Por lo que se refiere a otras latitudes, en 2018 se promulgó el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (conocido como Acuerdo de Escazú). El cual afirma que “cada Parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido que esté relacionado con el presente Acuerdo (art. 4.1) y recoge expresamente en el art. 7.3 que cada Parte promoverá la participación del público en procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones distintos a los mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, relativos a asuntos ambientales de interés público, tales como el ordenamiento del territorio y la elaboración de políticas, estrategias, planes, programas, normas y reglamentos, que tengan o puedan tener un significativo impacto sobre el medio ambiente.”

<sup>13</sup> También durante esa época, en 1993, a nivel europeo, el Consejo y la Comisión aprobaron un Código de conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión, y, posteriormente, se dictó la Decisión del Consejo 93/731/CE relativa al acceso del público a los documentos del Consejo, y la Decisión de la Comisión 94/90/CECA/CE/Euratom sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión.

<sup>14</sup> En cuanto al primero, su art. 41 estipula que “el derecho de toda persona a acceder al expediente administrativo que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial”; Y, en cuanto al derecho de acceso a

cos meses después, se promulgó el Reglamento (CE), del Consejo de la Unión Europea y del Parlamento Europeo, 1049/2001, de 30 de mayo, sobre el acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, que entró en vigor el 3 de diciembre de 2001<sup>15</sup>, hemos de precisar que este reglamento regulaba el acceso a la información en general de los documentos de las instituciones comunitarias, fuera ésta de carácter ambiental o de cualquier otro índole, se trata, por tanto, de un reglamento que regula el acceso a la información de manera genérica.

Unos años después, el Reglamento (CE) 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, abordó para su aplicación en el ámbito europeo, ciertas cuestiones del Convenio de Aarhus que no habían quedado recogidas en el Reglamento europeo anterior de carácter general, en particular, las cuestiones relativas precisamente a la recogida y difusión de la información medioambiental. Al estimar, en su considerando número 14, que “para que el derecho de acceso del público a la información medioambiental sea efectivo, es fundamental que la información sea de calidad. Por consiguiente, es preciso adoptar normas que obliguen a las instituciones y los organismos comunitarios a garantizar dicha calidad.” Y que, “las excepciones contempladas en el Reglamento 1049/2001 deben aplicarse subordinadas a cualquier otra disposición específica en el presente Reglamento relativa a las solicitudes de información medioambiental.”

Finalmente, hay que destacar que, con el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE ha pasado a ser jurídicamente vinculante, de modo que pueden hacerse valer ante el TJUE.

Pero como decimos, vamos a centrarnos en el texto jurídico que supuso un gran cambio en la aplicación del derecho a la información en el campo ambiental, esto es, el Convenio de Aarhus.

los documentos, su art. 42 establece que “todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.”

<sup>15</sup> No obstante, hay que destacar que no se aplica a todas las instituciones y órganos de la Unión Europea, sino tan sólo al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión.

### 3. El Convenio de Aarhus y su influencia en el Derecho Europeo

Este Convenio instituye y desarrolla tres vertientes fundamentales en la protección del medio ambiente claramente diferenciadas que se materializan en tres derechos: el derecho de acceso de la ciudadanía a la información que obre en poder de las autoridades públicas; el derecho a la participación del público en la adopción de decisiones con repercusión medioambiental, y, finalmente, en el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales. Por razones de espacio, no podemos indagar todo lo que nos gustaría en todas estas cuestiones, por este motivo nos vamos a centrar únicamente, en el derecho al acceso de la información, dado que consideramos que el derecho a estar informado se erige en un presupuesto previo para ejercer con plenitud el derecho a participar, e igualmente, en ciertos casos, como, por ejemplo en los supuestos de exigencia de responsabilidades por cuestiones ambientales, es absolutamente fundamental contar con la información adecuada para poder sostener oportunamente nuestras pretensiones en juicio.

En este sentido, el Convenio de Aarhus, declara, en su art. 1 que cada Estado firmante, debe garantizar los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental para salvaguardar tanto el derecho individual de cada persona como el derecho de las generaciones presentes y futuras a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar. Observamos, por tanto, que el reconocimiento de estos tres derechos, acceso a la información, participación y acceso a la justicia, se configuran como derechos instrumentales para lograr la realización del derecho al medio ambiente al que se le reconoce, al mismo tiempo, su dimensión individual y colectiva.

Nos interesa destacar, especialmente, que el art. 2.2 de la Convención recoge un concepto muy amplio de “autoridad pública”, y aquí está el *quid* de la cuestión de por qué decimos que este Convenio tiene una influencia decisiva en el Derecho europeo, lo cual valoramos de un modo positivo, dado que, todos estos sujetos que se consideren autoridad pública se hallarán obligados a suministrar la información requerida. En concreto, se considera como autoridad pública, no sólo a la Administración pública a todos los niveles, sino también a “las personas físicas o jurídicas que ejercen, en virtud del derecho interno, funciones administrativas públicas, en particular tareas, actividades o servicios específicos relacionados con el medio ambiente”; asimismo, a “cualquier otra persona física o jurídica que asuma responsabilidades o funciones públicas o preste servicios públicos relacionados con el me-

dio ambiente bajo la autoridad de un órgano o de una persona comprendida” en los apartados que acabamos de mencionar; y también a “las instituciones de cualquier organización de integración económica regional”. No obstante, a reglón seguido, en su párrafo *in fine* el art. 2.2 realiza una matización importante al estipular que ello “no engloba a los órganos o instituciones que actúen en ejercicio de poderes judiciales o legislativos.”<sup>16</sup>

Además, el Convenio ofrece un concepto de qué ha de entenderse por información medioambiental (art. 2.3) abarcando un profuso elenco de datos sobre los que se podrá ejercitar ese derecho a la información<sup>17</sup> determinando, en definitiva, el alcance y contenido de ese derecho de una forma superior a cómo se ejercía en la Unión Europea. En este punto nos señala acertadamente PLAZA MARTÍN (2005, 51), que, si bien el Convenio recoge, en su apartado 3.5, la posibilidad de que las partes amplíen el ámbito y la protección del derecho a la información ambiental, sin embargo, la posibilidad inversa, es decir, la reducción del contenido del derecho a la información comportaría una doble violación del ordenamiento jurídico, “de un lado, una infracción de las obligaciones internacionales asumidas a través de este instrumento internacional, por otro, una infracción del propio ordenamiento jurídico comunitario, ya que las disposiciones de la Convención han pasado, una vez ratificada, a integrarse en dicho ordenamiento, primando sobre el Derecho

<sup>16</sup> Sin embargo, por motivos de coherencia con el Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, del que nos ocuparemos después, el acceso a la información medioambiental también se aplica a las instituciones y organismos comunitarios cuando actúen en ejercicio de poderes legislativos.

<sup>17</sup> En particular, se entiende por información ambiental toda información, disponible en forma escrita, visual, oral o electrónica o en cualquier otro soporte material y que se refiera a: “a) el estado de los elementos del medio ambiente tales como el aire, la atmósfera, el agua, el suelo, las tierras, el paisaje y los parajes naturales, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados, y la interacción entre estos elementos; b) factores tales como las sustancias, la energía, el ruido y las radiaciones y las actividades o medidas, en particular las medidas administrativas, los acuerdos relativos al medio ambiente, las políticas, leyes, planes y programas que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente a que hace referencia el apartado 1 anterior sobre el análisis de costos-beneficios y otros análisis e hipótesis económicos utilizados en la toma de decisiones en materia medioambiental; c) el estado de la salud, la seguridad y las condiciones de vida de los seres humanos, así como el estado de los emplazamientos culturales y de las construcciones en la medida en que sean o puedan ser alterados por el estado de los elementos del medio ambiente o, a través de estos elementos, por los factores, actividades o medidas a que hace referencia la letra anterior.”



derivado comunitario (y, por supuesto, sobre el de los Estados miembros) que debe, en todo caso, respetarlas.” Y ello, porque en el ámbito europeo, en 1998 la Comunidad y la mayoría de sus Estados miembros firmaron el Convenio de Aarhus. En concreto, España ratificó el Convenio de Aarhus en diciembre de 2004, entrando en vigor el 31 de marzo de 2005. Y, posteriormente, la Unión Europea llevó a cabo la ratificación, mediante la Decisión del Consejo, de 17 de febrero de 2005, sobre la celebración del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente<sup>18</sup>. No en vano, era de esperar esta ratificación por parte de la Unión Europea, dado que ya se venía apuntando por parte de la Comisión, en el Libro Blanco sobre la Gobernanza de 2001, la necesidad de realizar mayores esfuerzos para conseguir una Comunidad con mayores índices de transparencia y más abierta a la interacción y participación ciudadana.

No obstante, en el lapso de tiempo entre firma y ratificación la UE elaboró ciertas normas para ir adecuando el Derecho de la Unión al contenido del Convenio de Aarhus. Destacando, en cuanto al derecho de información, la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental<sup>19</sup> que en su preámbulo consigna específicamente que “un mayor acceso del público a la información medioambiental y la difusión de tal información contribuye a una mayor concienciación en materia de medio ambiente, a un intercambio libre de puntos de vista, a una más efectiva participación del público en la toma de decisiones medioambientales y, en definitiva, a la mejora del medio ambiente.” Sin embargo, las disposiciones de esta Directiva se aplicaban únicamente a la información ambiental que obraba en poder de las autoridades competentes pertenecientes a los Estados miembros, pero excluía su aplicación respecto a la información de las autoridades comunitarias. Y, en cuanto al derecho de participación, la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de planes y programas relacionados con el medio ambiente<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> El motivo de que tardase este lapso de tiempo, según comentó, fue que antes de realizar la ratificación las instituciones querían realizar, como es costumbre asentada, las modificaciones oportunas en el Derecho comunitario derivado para amoldarlo a las disposiciones del Convenio de Aarhus.

<sup>19</sup> Que derogó la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente.

<sup>20</sup> Hemos de puntualizar que no se trata de las únicas directivas que se han ocupado de

No obstante, aunque estas Directivas no reconocían un derecho de información tan amplio como el Convenio de Aarhus no hay que desmerecer los avances que supusieron, pues lo cierto es que, impusieron un marco común de exigibilidad de estos derechos en el ámbito de la Unión Europea, obligando a los Estados miembros a adaptar sus respectivas legislaciones nacionales.<sup>21</sup>

En el caso español, la transposición de estas Directivas a nuestro derecho interno, se produjo con la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que declara en su art. 1.a, el derecho a “acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos que la posean en su nombre.”<sup>22</sup> Y que

los problemas ambientales pues podríamos citar otras como la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

<sup>21</sup> En concreto, en España contamos con la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Para un estudio pormenorizado *vid.* LOZANO CUTANDA (2007, 169-206) y RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007).

<sup>22</sup> Y, en cuanto al derecho de participación, la Ley 27/2006, reconoce, en su art. 1.b, el derecho a “participar en los procedimientos para la toma de decisiones sobre asuntos que incidan directa o indirectamente en el medio ambiente, y cuya elaboración o aprobación corresponda a las Administraciones Públicas.” Definiendo la información ambiental, en su art. 1.3, con ciertas similitudes respecto de la definición del Convenio antes transcrita, si bien, no coinciden plenamente; en concreto, lo define en los siguientes términos: “toda información en forma escrita, visual, sonora, electrónica o en cualquier otra forma que verse sobre las siguientes cuestiones: a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, la tierra, los paisajes y espacios naturales, incluidos los humedales y las zonas marinas y costeras, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos modificados genéticamente; y la interacción entre estos elementos. b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente citados en la letra a). c) Las medidas, incluidas las medidas administrativas, como políticas, normas, planes, programas, acuerdos en materia de medio ambiente y actividades que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), así como las actividades o las medidas destinadas a proteger estos elementos. d) Los informes sobre la ejecución de la legislación medioambiental. e) Los análisis de la relación coste-beneficio y otros análisis y supuestos de carácter económico utilizados en la toma de decisiones relativas a las medidas y actividades citadas en la letra c), y f) El estado de la salud y seguridad de las personas, incluida, en su caso, la contaminación de la cadena alimentaria, condi-

reconoce de modo expreso, en su exposición de motivos, la influencia directa del Convenio de Aarhus poniendo de manifiesto que el mismo “parte del siguiente postulado: para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente saludable y cumplir el deber de respetarlo y protegerlo, deben tener acceso a la información medioambiental relevante, deben estar legitimados para participar en los procesos de toma de decisiones de carácter ambiental y deben tener acceso a la justicia cuando tales derechos les sean negados.”<sup>23</sup>

ciones de vida humana, bienes del patrimonio histórico, cultural y artístico y construcciones, cuando se vean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o, a través de esos elementos, por cualquiera de los extremos citados en las letras b) y c).” Por otra parte, el derecho de acceso a la información pública, con carácter general, se regula en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás normativa de desarrollo. Cuestión que ha sido abordada por diversos autores en el ámbito español, entre otros, FERNÁNDEZ LUQUE (2017, 123 a 152), FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ (2017) o GUICHOT REINA (2014).

<sup>23</sup> A mayor abundamiento, continúa diciendo la exposición de motivos de la Ley 27/2006 que: “El pilar de acceso a la información medioambiental desempeña un papel esencial en la concienciación y educación ambiental de la sociedad, constituyendo un instrumento indispensable para poder intervenir con conocimiento de causa en los asuntos públicos. Se divide en dos partes: el derecho a buscar y obtener información que esté en poder de las autoridades públicas, y el derecho a recibir información ambientalmente relevante por parte de las autoridades públicas, que deben recogerla y hacerla pública sin necesidad de que medie una petición previa. El pilar de participación del público en el proceso de toma de decisiones, que se extiende a tres ámbitos de actuación pública: la autorización de determinadas actividades, la aprobación de planes y programas y la elaboración de disposiciones de carácter general de rango legal o reglamentario. El tercer y último pilar del Convenio de Aarhus está constituido por el derecho de acceso a la justicia y tiene por objeto garantizar el acceso de los ciudadanos a los tribunales para revisar las decisiones que potencialmente hayan podido violar los derechos que en materia de democracia ambiental les reconoce el propio Convenio. Se pretende así asegurar y fortalecer, a través de la garantía que dispensa la tutela judicial, la efectividad de los derechos que el Convenio de Aarhus reconoce a todos y, por ende, la propia ejecución del Convenio. Finalmente, se introduce una previsión que habilitaría al público a entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar cualquier acción u omisión imputable, bien a otro particular, bien a una autoridad pública, que constituya una vulneración de la legislación ambiental nacional.” Igualmente, destaca que las Administraciones públicas deberán velar por el cumplimiento de las garantías plasmadas en el Convenio de Aarhus y que nuestra legislación interna enuncia como principios informadores de la actuación pública en este ámbito, cuales son “hacer públicamente accesible la información relevante sobre el plan, programa o disposición normativa; informar del derecho a participar y de la forma en la que lo pueden hacer; reconocer el derecho a formular observaciones y comentarios en aquellas fases iniciales del procedimiento en las que estén aún abiertas todas las opciones de la decisión que haya de adoptarse; justificar la decisión finalmente adoptada y la forma en la que se ha

En cuanto a las condiciones para el ejercicio de estos derechos señaladas en el Convenio es interesante destacar que se debe suministrar copias de los documentos cuya información se solicita, sin que sea necesario invocar un interés particular, y que, la puesta a disposición de la información habrá de producirse tan pronto como sea posible, y a más tardar, en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la solicitud, salvo que el volumen y la complejidad de los datos solicitados justifiquen una ampliación de ese plazo hasta un máximo de dos meses (art. 4 del Convenio)<sup>24</sup>.

No obstante, hemos de puntualizar que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto, sino que sobre él se establecen ciertas limitaciones o motivos por los que podrá denegarse. Ahora bien, es relevante señalar que los motivos de denegación están expresamente tasados, en los arts. 4.3 y 4.4 del Convenio<sup>25</sup>, para evitar decisiones arbitrarias, preceptos

desarrollado el trámite de participación.” Subraya, finalmente, que con esta normativa se incorpora al Ordenamiento español la indicación contenida en el art. 9.3 del Convenio de Aarhus reconociendo una suerte de “acción popular” cuyo ejercicio se atribuye ahora a las personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección medioambiental, reconociéndose de esta forma “una legitimación legal para tutelar un interés difuso como es la protección del medio ambiente a favor de aquellas organizaciones cuyo objeto social es, precisamente, la tutela de los recursos naturales.” Es pues evidente, por tanto, el impacto que ha tenido el Convenio de Aarhus y resto de legislación comunitaria en nuestro Ordenamiento jurídico interno. Otro ejemplo de ello lo constituyen los mapas de ruidos que posibilitan una evaluación sobre la contaminación acústica producida en una determinada zona, cuestión que ha sido estudiada por ARANA GARCÍA y TORRES LÓPEZ (2004).

<sup>24</sup> Plazos que suponen una mejora sustancial a los previsto hasta ese momento por la Decisión 94/90 de la Comisión sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión y la Decisión 93/731 del Consejo relativa al acceso del público a los documentos del Consejo.

<sup>25</sup> Será posible denegarse una solicitud de información sobre el medio ambiente si: “a) la autoridad pública de la que se soliciten no dispone de las informaciones solicitadas; b) la solicitud es claramente abusiva o está formulada en términos demasiado generales, o c) la solicitud se refiere a documentos que estén elaborándose o concierne a comunicaciones internas de las autoridades públicas, siempre que esta excepción esté prevista en el derecho interno o en la costumbre, habida cuenta del interés que la divulgación de las informaciones solicitadas tenga para el público. 4. Podrá denegarse una solicitud de información sobre el medio ambiente en caso de que la divulgación de esa información pudiera tener efectos desfavorables sobre: a) el secreto de las deliberaciones de las autoridades públicas, cuando ese secreto esté previsto en el derecho interno; b) las relaciones internacionales, la defensa nacional o la seguridad pública; c) la buena marcha de la justicia, la posibilidad de que toda persona pueda ser juzgada equitativamente o la capacidad de una autoridad pública para efectuar una investigación de índole penal o disciplinaria; d) el secreto comercial o industrial cuando ese secreto esté protegido por la ley con el fin de defender un interés económico legítimo. En ese marco deberán divulgarse las informaciones sobre emisiones que sean pertinentes para la protección

que, además, habrán de interpretarse de forma restrictiva debiendo notificarse por escrito y de forma motivada la denegación si la solicitud se ha realizado por escrito o el solicitante así lo requiere.

Por otra parte, es interesante destacar que no se propugna sólo el derecho de acceso a la información, sino que se tutela judicialmente el mismo, al disponer el art. 9 del Convenio que los Estados firmantes deben garantizar, en el ámbito de sus respectivas legislaciones, que las personas que no hayan visto atendidas o denegadas sus solicitudes de información puedan acudir, o bien a los tribunales, o bien a un órgano independiente e imparcial designado legalmente. Se prevé, por tanto, el recurso judicial tanto ante casos de resolución expresa negativa como ante supuestos de silencio administrativo.<sup>26</sup> Este tema, por lo que respecta al acceso a los documentos de las instituciones comunitarias se reguló inicialmente en el Código de conducta de 1993 y, actualmente, en el Reglamento (CE) 1049/2001, de 30 de mayo, de acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión por lo que se posibilita acudir al TJUE mediante el recurso de anulación y de omisión contemplados en los Tratados<sup>27</sup>. En relación con esta cuestión, dado que es posible sostener dichos recursos argumentando la violación de cualquier norma comunitaria, lógicamente, es posible hacerlo por no respetar el acceso a la información del que nos estamos ocupando.

del medio ambiente; e) los derechos de propiedad intelectual; f) el carácter confidencial de los datos y de los expedientes personales respecto de una persona física si esa persona no ha consentido en la divulgación de esas informaciones al público, cuando el carácter confidencial de ese tipo de información esté previsto en el derecho interno; g) los intereses de un tercero que haya facilitado las informaciones solicitadas sin estar obligado a ello por la ley o sin que la ley pueda obligarle a ello y que no consienta en la divulgación de tales informaciones, o h) el medio ambiente a que se refieren las informaciones, como los lugares de reproducción de especies raras.”

<sup>26</sup> Sobre el acceso a la justicia en materia ambiental, *vid.* SALAZAR ORTUÑO (2010, 191 a 202).

<sup>27</sup> El recurso de anulación permite controlar la legalidad de los actos adoptados por las instituciones, los órganos y los organismos europeos y analizar si el acto se estima contrario o no al Derecho de la Unión Europea. Se trata de un recurso que puede ser ejercido tanto por las instituciones europeas como por los particulares, bajo determinadas condiciones, conforme al art. 263 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Por su parte, mediante el recurso de omisión el TJUE analiza los casos donde alguna institución de la UE se ha abstenido de pronunciarse violando lo dispuesto en los tratados, y si lo estima, declara dicha violación. Pueden interponer el recurso de omisión, tanto los Estados miembros como las demás instituciones, pero sólo es posible interponerlo tras efectuar un requerimiento a la institución para que actúe. Una vez declarada la ilegalidad de la omisión por el TJUE, incumbe a la institución de que se trate adoptar las medidas oportunas para poner fin a la omisión.

En este punto, hemos de destacar que, tal y como dispone el Convenio de Aarhus, el derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente se puede reclamar, no sólo frente a las instituciones comunitarias, sino también como indica PLAZA MARTÍN (2005, 29) “frente a cualquier otro organismo comunitario (como, por ejemplo, la Agencia Europea de Medio Ambiente)” pues en él tiene cabida el concepto de *autoridad pública* manejado por el Convenio. Ello provocó precisamente, que posteriormente se promulgase el Reglamento (CE) 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Por lo tanto, un particular puede ejercer el derecho de acceso a la información ambiental no sólo frente a las instituciones comunitarias, sino también frente a otros organismos comunitarios que no sean el Parlamento, el Consejo o la Comisión.

Además, es interesante subrayar que el Convenio no sólo recoge el derecho de información ambiental frente a una solicitud específica de un sujeto, sino que contempla la obligación de recogida y difusión de la información sobre el medio ambiente dirigido a la colectividad, por lo que la información se configura en realidad como un derecho-deber, y podemos afirmar que esta obligación de información ambiental va más allá de su mero cumplimiento ante una petición concreta.

Específicamente esta obligación supone que las autoridades públicas deben llevar a cabo una serie de actuaciones para informar al público de forma constante y transparente. En este punto, el art. 5 del Convenio contempla medidas activas de información, como por ejemplo: la elaboración de listas, registros o ficheros accesibles de forma gratuita al público; la puesta a disposición de las informaciones sobre el medio ambiente de forma progresiva en bases de datos electrónicas; la divulgación regular, cada tres o cuatro años, de un informe nacional sobre el estado del medio ambiente; la difusión de diversos textos normativos relacionado con el medio ambiente ya sean de carácter legal o documentos orientativos (tales como los documentos sobre estrategias, políticas, programas y planes de acción relativos al medio ambiente, y los informes sobre la situación en que se encuentra su aplicación, elaborados por las diversas Administraciones públicas, tratados, convenios y acuerdos internacionales y demás documentos); alentar a los explotadores cuya actividad suponga un importante impacto sobre el medio ambiente a informar sobre sus actividades y productos, en su caso, en el marco de programas voluntarios de etiquetado ecológico o de ecoauditorías o por otros

medios; poner en marcha mecanismos para procurar que los consumidores tengan en su poder la información suficiente sobre los distintos productos, que les permita adoptar decisiones ecológicas con pleno conocimiento de causa, etc. Observamos, por tanto, que las medidas de información activa son bastante profusas.

#### **4. El derecho de acceso a la información ambiental en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**

En primer lugar, hemos de tener presente que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no se reconoce de forma expresa un derecho de acceso a la información pública, si bien es cierto que su incorporación se debatió durante los trabajos preparatorios<sup>28</sup>. Igual ocurre con el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y adecuado, que tampoco encuentra acomodo expreso en ningún precepto del CEDH. En este sentido, podemos afirmar que, tal y como está actualmente configurado, es un prerequisite alegar la vulneración de un derecho subjetivo del CEDH, de modo que, en aquellos casos donde exista una injerencia al medio ambiente o en el derecho de acceso a la información, se debe producir, a la par, una vulneración de otro derecho subjetivo de la esfera personal de los particulares. En este sentido, el TEDH sostuvo en su Sentencia *Kyrtatos contra Grecia*, de 22 de mayo de 2003, que ningún artículo contenido en el CEDH está diseñado específicamente para ofrecer una protección general al medio ambiente, siendo otros instrumentos de naturaleza internacional y nacional más adecuados para ello. Si bien, respecto a esta cuestión, existen distintos pronunciamientos doctrinales y puede ser discutida, de hecho, diversos autores se muestran partidarios de una protección más directa del medio ambiente a través de su inclusión en el CEDH, postura con la que hemos de coincidir. Ello sería digno de

<sup>28</sup> La última propuesta para la incorporación del derecho humano al medio ambiente se produjo en 2009 con la Recomendación 1885 (2009), de 30 de septiembre, para la redacción de un protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un medio ambiente sano que fue rechazada por el Comité de Ministros en junio de 2010. Durante su debate, el Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos argumentó que el CEDH ya protegía indirectamente el medio ambiente a raíz de la interpretación evolutiva que TEDH había realizado sobre determinados derechos, y que, la incorporación de un nuevo Protocolo ocasionaría una importante carga de trabajo al TEDH, tanto por el número de demandas que se recibirían, como por el esfuerzo interpretativo a realizar en este derecho que es un tanto impreciso.

un profuso análisis, no obstante, no podemos extendernos en esta sede en torno a este debate.

Por este motivo, se han formulado ante el TEDH demandas de ciudadanos que reclamaban tanto la tutela ambiental como el derecho de acceso a la información pública en diversas circunstancias, argumentando la infracción de distintos derechos del CEDH, como el derecho a la vida (art. 2 CEDH), la tutela judicial efectiva (art. 6 CEDH), el respeto al domicilio y la vida familiar y privada (art. 8 CEDH), la libertad de expresión (art. 10 CEDH), el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH) o el disfrute de la propiedad privada, (art. 1 del Protocolo 1 del CEDH). Lo que ha dado lugar a una jurisprudencia tremendamente casuística.

Una de las primeras sentencias del TEDH en relación con el acceso a la información en general (no de carácter ambiental) fue el caso *Leander contra Suecia*, de 26 de marzo de 1987. En este asunto, el TEDH estudia la reclamación de un ciudadano sueco dado que ante su solicitud de un puesto de trabajo a desempeñar en un museo naval cercano a una base naval del ejército ésta es rechazada tras la consulta, por parte de la Armada, de un expediente secreto sobre su vida privada elaborado por la policía, dado que, en el mencionado expediente, se aludía a la participación del demandante en el partido comunista y en una asociación que publicaba manifiestos en una revista de corte radical. Particularmente, se daba la circunstancia de que, para el ejercicio de este puesto, se debía acceder a zonas del museo restringidas por motivos de seguridad nacional. Pero, las autoridades le negaron su consulta, motivo por el que reclamó ante el TEDH por vulneración de sus derechos a la vida privada y a recibir información (arts. 8 y 10.1 del CEDH respectivamente). Analizado el caso, el TEDH determinó que no se había trasgredido ningún derecho porque la injerencia en la vida privada se hallaba justificada en aras de la protección de la seguridad nacional sin ser desproporcionada. Y respecto al derecho a recibir información, el TEDH estimó que el art. 10 se limita a “prohibir a un gobierno restringir la información que una persona pueda recibir de otra que quiera o quisiera difundir”, es decir, no impone a los Estados una obligación positiva de recoger y de difundir informaciones, y que “no confiere un derecho a los particulares de acceso a los registros o archivos que contengan información sobre una situación personal, ni tampoco impone una obligación a los gobiernos de difundir la información solicitada por los particulares.”

Por otra parte, aunque el CEDH no reconozca un derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y adecuado, está claro que, el mismo, para garantizar su efectividad, debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales,



pues tal y como ha afirmado el TEDH en su decisión del caso *Tyrer contra Reino Unido*, núm. 5856/72, de 25 de abril de 1978, el CEDH un “instrumento vivo”. De esta forma el TEDH ha llevado a cabo una interpretación dinámica de su contenido. También ha reconocido que el CEDH debe hacer los derechos humanos que garantiza concretos y efectivos y no sólo teóricos e ilusorios (casos *Artico contra Italia*, de 13 de mayo de 1980 y *Soering contra Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, entre otros).<sup>29</sup>

Lo cierto es que, tal y como apunta, DE SALLES CAVEDÓN (2008, 1) en los últimos tiempos se está produciendo una relectura de los derechos humanos desde la perspectiva ambiental, dotándoles, a ciertos de ellos, de un nuevo sentido, con la finalidad de “adecuarlos a un momento histórico en que, cada vez con más intensidad, los conflictos se construyen en torno a cuestiones ambientales”, tendencia que se ha visto plasmada en la Corte de Derechos Humanos<sup>30</sup>. Particularmente, apunta OLMOS GIUPPONI (2019, 535 a 551) que en las últimas tres décadas se puede percibir un cambio cualitativo en la forma de valorar la relación entre derechos humanos y medio ambiente.

En este orden de ideas, hemos de comentar que la primera ocasión en la que TEDH tuvo ocasión se pronunciarse en relación a un asunto medioambiental fue en los años 80 en el caso *Arrondelle contra Reino Unido*, núm. 7.889/77, de 15 de julio de 1980, sin embargo, en este supuesto finalmente se alcanzó un acuerdo amistoso. Por lo que hubo que esperar hasta el caso *Powell y Rayner contra Reino Unido*, núm. 9.310/81, de 21 de febrero de 1990, para que la Corte iniciase su estudio de los Derechos humanos en relación con el medio ambiente. En este asunto la Corte reconoció que las perturbaciones en la cualidad del medio ambiente ocasionadas por los ruidos de un aeropuerto suponían una injerencia en el derecho al respecto de la vida privada y del domicilio del demandante, amparado por el art. 8 del CEDH.

No obstante, fue en el caso *López Ostra contra España*, de 9 de diciembre de 1994, donde el TEDH asienta la dimensión ambiental del CEDH al esti-

<sup>29</sup> Asimismo, el TEDH, ha puesto de manifiesto en el caso *Loizidou contra Turquía*, de 23 de marzo de 1995, que el CEDH es un “un instrumento constitucional del orden público europeo”, lo que supone que el TEDH tenga un *status* “constitucional o cuasi-constitucional”, al tomar decisiones de principios y establecer estándares jurídicos.

<sup>30</sup> Respecto al tema de un reconocimiento de un derecho expreso al medio ambiente, tal y como indica FITZMAURICE (2014, 590 a 609), existen dos tipos de modelos: uno de reconocimiento indirecto de derechos ambientales, ejercido por el CEDH y otro de reconocimiento directo de derechos ambientales, seguido por el Sistema Interamericano y el Sistema Africano de Derechos Humanos.

mar que el goce efectivo del derecho al respecto de la vida privada y familiar y del domicilio implica el derecho de vivir en un ambiente sano<sup>31</sup>, y ello, a pesar de que, ni el CEDH ni sus protocolos adicionales efectúan referencia alguna al medio ambiente ni a su vínculo con los derechos humanos<sup>32</sup>. Ello se debe, claro está, a que en el momento de promulgación de este texto internacional la protección medioambiental no se erigía en un tema u objetivo prioritario, poniéndose el foco de atención en garantizar la paz, la democracia, y la construcción de unos valores comunes reflejados en los derechos humanos para Europa<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> En otros asuntos, posteriores, como en el caso *Hatton y otros contra Reino Unido*, de 2 de octubre de 2001, se resalta que “en el campo de los derechos humanos ambientales, la Comisión y la Corte han considerado, cada vez más, que el art. 8 CEDH engloba el derecho a un medio ambiente sano y, por tanto, a la protección contra la contaminación y química, olfativa, respiratoria, sonora, etc.”

<sup>32</sup> Sobre el estudio de ese vínculo *vid.* FRUMER (1998, 813). En este sentido, DE SALLES CAVEDÓN (2008, 2) destaca que “la ampliación de la actuación de la Corte EDH para llegar a abarcar los conflictos ambientales es el resultado de un trabajo muy refinado de actividad judicial creativa, producido a partir del desarrollo de una interpretación creativa, extensiva y evolutiva del CEDH.” En cuanto a los diversos métodos de interpretación del CEDH, la doctrina ha aludido a ellos con diversas terminologías, así para CALLEWAERT (2000, 93 a 108) se debe resaltar el papel del TEDH como intérprete evolutivo y realista del CEDH, COHEN-JONATHAN (1998, 165 a 196) alude a su auténtico poder de creación de nuevos derechos, MARGUÉNAUD (2005) se refiere a que en su práctica lleva a cabo una labor de interpretación extensiva evolutiva y progresista, MOWBRAY (1989, 405 a 463) se inclina por una interpretación creativa, evolutiva y dinámica, OST acoge la interpretación teleológica y el método evolutivo y finalmente, WILDHABER (2007, 217 a 231) se decanta por su interpretación evolutiva.

<sup>33</sup> No obstante, en la década de los 70 se llevó a cabo un intento de elaboración de un Protocolo adicional que reconociese el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado que no fue bien recibido en el Consejo de Europa, presentando el Estado alemán su propuesta propia, conocida como *proyecto Steiger*. Esta propuesta ponía de manifiesto que, las alteraciones negativas de índole ambiental eran susceptibles de incidir en distintos bienes jurídicos, como por ejemplo, en la salud y o en el bienestar de las personas, y que, si bien podían tolerarse ciertas injerencias respecto al bienestar ante otros bienes jurídicos, (como por ejemplo, en el supuesto del necesario desarrollo económico, siempre que se salvaguardasen los principios de necesidad y proporcionalidad), no obstante, estas injerencias no se admitían respecto al derecho a la salud al estar íntimamente conectado con el derecho a la vida, el cual goza de una tutela reforzada. Este proyecto en su artículo segundo, como expone MARTÍNEZ PÉREZ (2018, 2) “desarrolla la teoría de las obligaciones positivas desde la perspectiva de las personas privadas, al incluirse el derecho de toda persona a exigir a las autoridades nacionales que examinen las repercusiones negativas en las condiciones naturales consecuencia de la acción de terceros.” No obstante, a pesar de esta falta de plasmación de la protección al medio ambiente como derecho humano, ello no ha impedido, como pone de manifiesto MARTÍNEZ

En este orden de ideas, MARTÍNEZ PÉREZ (2018, 3) subraya que al igual que cualquier otro tratado internacional, el CEDH no se interpreta “en el vacío, sino en armonía con los principios y reglas jurídicas internacionales del que forma parte integrante.” Una forma de actuar que se permite en el ordenamiento internacional a la luz del art. 31.3.c de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que posibilita valorar “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.” Es aquí, donde estimamos entra en juego el Convenio de Aarhus en la interpretación de los derechos reconocidos en el CEDH.

Lo cierto es que, a partir del año en que se firma el Convenio de Aarhus en 1998, podemos encontrar diversas sentencias del TEDH que tienen en cuenta el derecho de información ambiental como parámetro que puede incidir en los derechos subjetivos reconocidos en el Convenio, de modo que podemos observar un antes y un después en la jurisprudencia del TEDH relativa al acceso de la información ambiental. Si bien, algunos pronunciamientos están fechados pocos meses antes a la firma del Convenio, lo cierto es que ya se estaba debatiendo y trabajando en el ámbito internacional en la cuestión del derecho a la información ambiental.

Así, en el caso *Guerra y otros contra Italia*, de 19 de febrero de 1998, el TEDH analiza el tema del acceso a la información en materia ambiental. En este asunto se dirimía, precisamente, la carencia de información ambiental por parte del Estado italiano hacia los ciudadanos sobre los riesgos y medidas a adoptar en supuesto de que se produjese un accidente en una industria química situada en las inmediaciones de los domicilios de los demandantes, es decir, se discutía la violación al derecho a la libertad de información garantizado en art. 10 del CEDH, dado que las autoridades públicas no advirtieron acerca de los mismos. Se alegaba también, por parte de los demandantes, una posible violación del artículo 2 del CEDH, porque consideraban que la falta de medidas específicas para aminorar la contaminación y disminuir los riesgos de la planta química, suponían una violación de su derecho a la vida y a la integridad física. Se invocó, asimismo, el art. 8 del CEDH alegando que la falta de información en cuestión infringía el derecho del respeto a la vida privada y familiar. EL TEDH resolvió el asunto entendiendo que no

PÉREZ (2018, 1), que el TEDH “sin reconocerlo como tal, haya progresivamente identificado componentes de naturaleza ambiental en algunos de los derechos reconocidos en el Convenio a través de tres pilares hermenéuticos: la teoría de las obligaciones positivas, la interpretación evolutiva y la doctrina del efecto horizontal del Convenio.”

concurría vulneración del art. 10 del CEDH,<sup>34</sup> ya que este artículo, en su párrafo segundo, “esencialmente prohíbe a los gobiernos impedir a cualquier persona recibir informaciones que otras aspiran o pueden facilitarle. Dicha libertad no podría entenderse en el sentido de imponer a los Estados, en circunstancias tales como las del presente caso, obligaciones positivas de recogida y difusión, *motu proprio*, de informaciones.” Sin embargo, sí estimó la vulneración del art. 8 CEDH que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, porque las emisiones tóxicas de la fábrica así lo vulneraban y ante las mismas se había producido la inacción del Estado<sup>35</sup>. Y lo argumenta recordando que “los atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de las personas y privarlas del disfrute de su domicilio de modo tal que perjudique su vida privada y familiar.” Finalmente, respecto a una posible vulneración del art. 2 del Convenio relativo al derecho a la vida y a la integridad física, alegando los demandantes que el no suministro de las informaciones lo infringió al fallecer y enfermar por cáncer varios trabajadores de la fábrica, el TEDH no entra a examinar dichas alegaciones, dado que, ya se habían estimado a la luz del art. 8 CEDH. Posteriormente, vamos a ver que se dictan otras sentencias ulteriores reconociendo la vulneración del CEDH conforme a su artículo 2 lo que supone un salto cualitativo.

Otra sentencia donde se ha discutido el acceso a la información en un supuesto de actividad peligrosa es el caso *McGinley y Egan contra Reino Unido*, de 9 junio de 1998. En este asunto, los reclamantes eran unos funcionarios británicos destinados en la Isla Navidad durante los ensayos nucleares, desarrollados por el Reino Unido, entre 1957 y 1958, con armas nucleares mucho más potentes que las lanzadas sobre Hiroshima y Nagasaki. Se daba la circunstancia de que a estas personas se les ordenó que permanecieran al aire libre, alineados en determinadas posiciones, durante la realización de las pruebas, ordenándoles además que, como medio de protección, únicamente volvieran la espalda a las detonaciones y que cerrasen y se cubriesen los ojos durante el trascurso de veinte segundos. Los reclamantes afirmaban que el

<sup>34</sup> Derecho a recibir informaciones que en la fecha sí había sido estimado en numerosas ocasiones respecto a asuntos relativos a restricciones a la libertad de prensa, como consecuencia de la función propia de los periodistas de difundir informaciones o ideas sobre cuestiones de interés público.

<sup>35</sup> En este sentido, el TEDH recuerda que “si bien es cierto que el art. 8 tiene como finalidad esencial proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los Poderes públicos, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias: a este compromiso, más bien negativo, pueden añadirse las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada y familiar.”

propósito de los ensayos era exponer deliberadamente al personal militar a la radiación desde distintas distancias con fines experimentales. El Gobierno británico por su parte, rechazó esta argumentación y sostuvo que cuando se realizaron las pruebas se creía que las personas en cuestión se encontraban a una distancia suficiente del centro de la explosión para evitar ser expuestas a niveles de radiación perjudiciales. El hecho es que ambos funcionarios posteriormente sufrieron varias enfermedades que consideraban eran consecuencia de las altas dosis de radiación a las que habían sido expuestos, y que, podían hallarse pruebas en documentos que tenía el Gobierno, tanto de contenido militar, como en documentos médicos que describían el tratamiento recibido por ellos tras las explosiones, por lo que iniciaron un procedimiento administrativo con la finalidad de lograr una pensión a cargo del Estado y, una vez denegada, acudieron al TEDH invocando la violación de los arts. 6.1, 8 y 13 del Convenio, entre otros. Lo interesante, a los efectos de la presente investigación, es que la Corte consideró que cuando el Estado, sin poseer un motivo legítimo, imposibilita a los ciudadanos el acceso a la documentación que se encuentran bajo su poder y que contiene información que les pueden permitir defender sus argumentaciones en los recursos interpuestos en su ordenamiento interno, puede darse la posibilidad de una transgresión del art. 6.1 CEDH, que garantiza el derecho a un proceso equitativo por esa causa de falta de acceso a la información; y, por ello, declara admisible, respecto a esta cuestión, la demanda ante el TEDH<sup>36</sup>. Igualmente, en cuanto

<sup>36</sup> No obstante, finalmente en este caso, la Corte estimó que no se produjo, en el caso concreto, esta violación del artículo 6.1 (por seis votos contra tres), porque se daba la circunstancia de que los demandantes, en el transcurso de la apelación del procedimiento administrativo de valoración de su pensión, podían haber hecho uso de un artículo especial que les hubiera supuestamente permitido el suministro de esos documentos (aunque no todo el TEDH se manifestó con que ello hubiera sido eficaz). De hecho, la Comisión previamente manifestó que “habida cuenta de las características del sistema de archivos públicos del Reino Unido, en virtud del cual habría sido difícil para los interesados encontrar los documentos en cuestión, y teniendo en cuenta la facultad de los ministros de negarse, por motivos de seguridad nacional, a presentar los documentos requeridos en virtud del art. 6 de las Normas PAT (la normativa interna que regula el acceso a las pensiones en el Reino Unido), concluye que los solicitantes no disponían de medios realistas para obtener los documentos en cuestión. En estas circunstancias, su acceso al PAT fue más teórico que real, por lo que habría habido una violación del artículo 6.1 CEDH.” El artículo 6 del PAT al que alude este párrafo se refiere a la divulgación de documentos e información oficiales, y dispone que “cuando, a los efectos de su apelación, una persona desee obtener la divulgación de cualquier documento o parte de cualquier documento que tenga motivos para creer que se encuentra en posesión de un órgano administrativo, podrá en cualquier momento, dentro de las seis semanas siguientes al envío de la presen-

al art. 8 (derecho a la vida), la Corte considera que es aplicable al caso, porque, efectivamente, se había ordenado a los solicitantes que participaran en un procedimiento de alineación al aire libre y ante la falta de un seguimiento médico individual posterior, se les dejó en duda de si habían estado expuestos o no a unos niveles de radiación que representasen un riesgo para su salud, pero concluye su no violación. Asimismo, con esta conclusión, la Corte ha establecido una relación entre el derecho de acceso a la información y la protección de la vida privada, familiar y del domicilio. En este sentido, la Corte manifiesta en su § 97 que: “la cuestión del acceso a la información que hubiera podido disipar los temores de los interesados al respecto o permitirles evaluar el peligro al que habían estado expuestos, presenta un vínculo suficientemente estrecho con su vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 para plantear una cuestión en virtud de esa disposición.”

Un caso similar al anterior en el que se analiza el acceso a la información en un supuesto de actividad peligrosa es el caso *L.C.B. contra Reino Unido*, de 9 de junio de 1998. Se trata de un caso donde la demandante sostiene la vulneración del art. 2 del CEDH, dado que el Gobierno de Reino Unido no procedió a informar convenientemente a su padre de los riesgos que para su salud suponía su participación en los ensayos nucleares llevados a cabo en la Isla Navidad, lo que sin duda podría ser la causa de la leucemia que posteriormente desarrolló. Este supuesto es relevante al destacar el deber de información activo del Estado en relación con el derecho a la vida. No obstante, debido a la falta de prueba del nexo causal entre la exposición a las radiaciones durante los ensayos nucleares y el desarrollo concreto posterior de la leucemia, el TEDH estimó que no se cometió vulneración alguna del CEDH.

Asimismo, y en relación con que el CEDH deba interpretarse en armonía con los principios y reglas jurídicas internacionales, hemos de aludir al caso *Öneryıldız contra Turquía*, de 30 de noviembre de 2004, en donde se discutía la responsabilidad del Estado por la explosión de gas metano ocurrida en un vertedero de titularidad pública, en el que resultaron fallecidas 39 personas que habían construido sus viviendas de forma ilegal en las cercanías. En este asunto el Estado fue considerado responsable por la realización de activida-

tación del caso, solicitar al presidente la divulgación del documento o parte del documento de que se trate, y si el presidente considera que sí es probable que este documento o parte de un documento sea de interés para una cuestión que deba resolverse en el contexto de la apelación, podrá ordenar al órgano administrativo correspondiente que los revele (si están en su poder) en la forma y en las condiciones que estime oportunas (...).” Por lo que realmente, aun habiendo invocado en vía administrativa este precepto, ello no hubiera supuesto el suministro de la información requerida de forma automática.

des peligrosas y por violación del derecho a la vida del art. 2 CEDH, lo cual supuso una gran innovación, ya que las autoridades nacionales tenían conocimiento tanto de los riesgos generados por el depósito y su inadecuación a las normas ambientales y de seguridad, como de la situación irregular de las viviendas donde se encontraban las familias afectadas en sus cercanías; y, a pesar de ello, no adoptaron las medidas necesarias para prevenir el accidente<sup>37</sup>, máxime teniendo en cuenta que dos años antes de la tragedia se había producido otra explosión de metano y el Estado no había tomado ninguna medida preventiva. Es de destacar que, en esta sentencia se subraya, en su párrafo 62, que “en lo que respecta a las actividades peligrosas, el acceso del público a la información clara y completa se considera un derecho humano básico.” En opinión de los demandantes, las autoridades no realizaron el menor esfuerzo por informar a los habitantes de los peligros planteados por el vertedero (par. 86). En relación con ello, estima el tribunal que, “en casos de potencial riesgo para las vidas humanas, deben regir tanto en la concesión de licencias administrativas de instalación como de funcionamiento, la seguridad y supervisión de la actividad que debe ser obligatoria para todos aquellos interesados en tomar medidas prácticas para garantizar la protección efectiva de ciudadanos cuyas vidas podrían verse amenazadas por los riesgos inherentes. Entre estas medidas preventivas, conviene poner especial énfasis sobre el derecho a la información del público” (par. 90). Por lo tanto, se considera el hecho de que no se les ofreció información que les permitiese evaluar los riesgos que estaban corriendo como resultado de las elecciones que habían hecho<sup>38</sup> (par. 108). Por lo tanto, podemos observar que la Corte se basó, en gran parte, en los principios consagrados en el Convenio de Aarhus, así como en el Convenio de Lugano, de 21 de junio de 1993, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados al medio ambiente por actividades peligrosas. Se trata de una sentencia bastante importante, porque es el

<sup>37</sup> En el proceso penal, las autoridades fueron juzgadas por negligencia, no considerando la cuestión de los atentados contra la vida. En el proceso administrativo de responsabilidad propuesto por el demandante, le fue reconocida una indemnización por los daños morales con un valor irrisorio, cuantía que hasta que interpuso la demanda ante la Corte no había sido pagada. Por estas razones, el demandante alegaba que, la muerte de nueve de sus familiares en el accidente y las lagunas de los procesos que se han desarrollado en las jurisdicciones nacionales, configuraban una violación del art. 2 CEDH.

<sup>38</sup> No obstante, en cualquier caso, la Corte considera que, a falta de medidas más prácticas para evitar los riesgos a la vida de los habitantes de los suburbios próximos al vertedero, incluso el hecho de haber respetado el derecho a la información, no hubiera sido suficiente para absolver el Estado de su responsabilidad.

primer caso donde el TEDH reconoce una violación del derecho a la vida (art. 2 CEDH) por razones ambientales.

Asimismo, también se tuvieron en cuenta los estándares de información ambiental que consagra el Convenio de Aarhus en el asunto *Taşkin y otros contra Turquía*, 46117/99, de 10 de noviembre de 2004. En este asunto, los demandantes vivían cerca de la explotación de una mina de oro para cuya extracción empleaban la controvertida técnica de la lixiviación con cianuro de sodio (altamente contaminante) y, se daban las siguientes circunstancias: se podía producir un elevado nivel de erosión de la tierra y del agua, ya que el suelo era permeable; la región se ubicaba en una zona de alto riesgo sísmico y con frecuentes inundaciones; los habitantes de la zona empleaban el agua subterránea; y, finalmente, el riesgo de filtración de la sustancia utilizada, que era extremadamente tóxica y podía perdurar incluso durante cincuenta años. No obstante, las autoridades administrativas turcas, concedieron inicialmente la autorización para la explotación de la mina, que posteriormente le fue retirada por orden judicial, sin embargo, a pesar de ello, las autoridades administrativas no tomaron medidas encaminadas a ejecutar la referida sentencia e impedir que prosiguieran realizándose las actividades mineras ni adoptaron el cierre inmediato de la mina sino tan solo después de transcurrir varios meses<sup>39</sup>.

Igualmente, conectado con el derecho de información ambiental, el TEDH también ha destacado en los casos *Öçkan y otros contra Turquía*, de 26 de marzo de 2006; *Giacomelli contra Italia*, de 2 de noviembre de 2006 y

<sup>39</sup> Como indica MARTÍNEZ PÉREZ (2018, 3 y 4), “esta apertura normativa no se limita a las fuentes clásicas del Derecho internacional, sino que también se ha recurrido a la jurisprudencia de otros órganos jurisdiccionales internacionales y a los actos normativos de otras organizaciones internacionales o instrumentos de *soft law*. Entre otras, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 fue citada en el asunto *Taşkin* como ejemplo de la promoción de la participación de los ciudadanos en los problemas ambientales; en el caso *Di Sarno*, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001, sirvieron al Tribunal para determinar si la situación provocada por el mal funcionamiento del sistema de recogida, tratamiento y eliminación de residuos podía ser calificada como fuerza mayor. Y, en el asunto *Tătar*, invocó el principio de precaución, consagrado en el derecho medioambiental de la Unión Europea, a la hora valorar la responsabilidad del Estado. En todos estos supuestos, el Tribunal no aplica, en puridad, estas normas externas, por lo que no incorpora los derechos y obligaciones tal cual están enunciados en esos instrumentos jurídicos internacionales. Más bien, infiere de ellas un contenido material que sirve de base para determinar y ampliar el alcance de los derechos garantizados en el Convenio.”



*Lemke contra Turquía*, de 5 de junio de 2007, la necesidad de efectuar consultas públicas en relación a las posibles actividades que puedan provocar un impacto sobre el medio ambiente y la obligación de facilitar a los ciudadanos el acceso a la información a las investigaciones y estudios referidos a los posibles riesgos a los que se exponen<sup>40</sup>.

Por otra parte, hemos de referirnos al caso *Sdruzeni Jiboceské Matky contra la República Checa*, de 10 julio de 2006, en el cual la mencionada ONG dedicada a la protección del medio ambiente, alega la vulneración del art. 10 del CEDH ante la negativa del Estado a facilitarle información en relación a la central nuclear de Temelin, dado que, ante su solicitud genérica de que se la informase activamente de todos los procesos que afectasen a la central, solo obtuvo conocimiento en relación a una operación de remodelación de parte de la infraestructura de la planta. En este asunto, el TEDH, manifestó que, efectivamente, el rechazo de la solicitud puede suponer una vulneración del derecho a recibir información. No obstante, también indica que, en este caso concreto, esta injerencia del art. 10 se hallaba justificada debido a la elevada complejidad que ostenta una central nuclear y también por razones de seguridad. Por lo que, tal y como indica HERNÁNDEZ RAMOS (2018, 492) esta sentencia supuso “un punto de inflexión en la interpretación del derecho de acceso a la información respecto del art. 10 CEDH, separándose de la línea constante marcada en los casos *Leander*, *Gaskin*, *Guerra* y *Roche*. Aquí, por primera vez, el TEDH concibe el derecho de acceso a una información relevante en el ámbito del art. 10 CEDH y no en el del art. 8 CEDH como había venido haciendo. De hecho, el mismo TEDH afirmó en una decisión posterior (STEDH *Társaság a Szabadságjogokért contra Hungría*, de 14 de abril de 2009, que el Tribunal ha avanzado recientemente hacia una interpretación más amplia de la noción de libertad a recibir información y, por tanto, hacia el reconocimiento de un derecho de acceso a la información”.

En definitiva, este recorrido jurisprudencial nos sirve para ilustrar cómo ha ido evolucionando la interpretación del CEDH a la luz de las preocupaciones ambientales.

<sup>40</sup> Asimismo, el TEDH también ha aludido a la “importancia de la participación pública en la toma de decisiones ambientales” en el asunto *Grikovskaya contra Ucrania*, de 21 de julio de 2011 (párrafo 71), sentencia que cita expresamente al Convenio de Aarhus. Igualmente, en el asunto *Tătar contra Rumania*, de 27 de enero de 2009.

## 5. Conclusiones

A la luz de la normativa analizada podemos concluir que durante largo tiempo las instituciones comunitarias han actuado con cierta opacidad. Oscuridad que se ha ido diluyendo con las sucesivas reformas que se han ido implementando adaptando el Derecho derivado y armonizando la normativa de los Estados miembros, en gran medida, tal y como ha quedado expuesto, por el cambio de paradigma incorporado por el Convenio de Aarhus, ampliando de forma notable el concepto de autoridad pública y reconociendo y dotando de contenido los derechos de información, participación y acceso a la justicia en cuestiones ambientales. El resultado ha sido la adopción de diversas normativas más protectoras de la información ambiental y, consecuente, del medio ambiente. Podemos afirmar, por tanto, que se ha producido una mejora significativa y se ha logrado una Unión Europea más transparente y cercana a los ciudadanos. Lo cierto es que no se trata de una cuestión baladí, pues, en nuestra opinión, los Poderes públicos deben predicar con el ejemplo e informar correctamente a los ciudadanos de sus actuaciones abogando en todo momento por la transparencia, pues no debemos olvidar que, en definitiva, es en el pueblo donde reside la soberanía popular y los Poderes públicos son meros servidores de la misma. En este sentido, entendemos que los Poderes públicos siempre han de tener presente la auténtica vocación de servicio que debe en ellos imperar.

Por otra parte, podemos concluir que tanto el derecho a disfrutar del medio ambiente, así como el deber de conservarlo, requieren de una implicación activa del ciudadano en la defensa del mismo, para lo que se torna ineludible tener acceso a una información adecuada en este ámbito. Se trata, por tanto, de un derecho instrumental necesario para hacer efectivo el derecho-deber al medio ambiente. Concluimos que el acceso a la información es condición necesaria para una participación real y efectiva de la ciudadanía en la adopción de decisiones públicas.

Al mismo tiempo, entendemos que el derecho a la información ambiental por parte de la ciudadanía, se erige en la piedra angular tanto del derecho a la participación, (por ejemplo, participando en la elaboración de las disposiciones generales con implicaciones medioambientales), como del acceso a la justicia, y, en definitiva, para lograr la buena gobernanza con la interacción equilibrada entre una pluralidad de actores, entre ellos, los ciudadanos.

Finalmente, una vez analizados diversos pronunciamientos del TEDH, concluimos que la Corte ha ido reconociendo, cada vez con mayor vigor, ese derecho a la información ambiental efectuando una significativa labor de

interpretación evolutiva y extensiva del CEDH a las cuestiones ambientales, enriqueciendo de este modo, los derechos humanos en Europa e implementando en sus interpretaciones las disposiciones contenidas en el Convenio de Aarhus; y ello, teniendo en cuenta el derecho a la información ambiental como parámetro que puede incidir en los derechos subjetivos reconocidos en el CEDH y mencionando el contenido del Convenio de modo expreso en diversos pronunciamientos, lo que evidencia, sin duda, su trascendencia. Como decimos, el TEDH ha ampliado el alcance de ciertos derechos garantizados por el CEDH revistiéndolos de una dimensión ambiental y, de manera indirecta, reconociendo un derecho al medio ambiente sano y el derecho a la información ambiental. Se está produciendo, en definitiva, una relectura de los derechos humanos desde la óptica ambiental, lo que pone de manifiesto la estrecha vinculación entre el binomio derechos humanos y medio ambiente.

Consideramos, que dado que el CEDH no debe ser interpretado *en vacío*, sino en armonía con los principios y reglas jurídicas internacionales del que forma parte integrante (al igual que ha ido ocurriendo con la interpretación del medio ambiente) el derecho a la información ambiental contenido en el Convenio de Aarhus deberá alumbrar las interpretaciones que se hagan del CEDH, y ello, también en base a que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, permite tener en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.”

Todo ello nos debe llevar a una interpretación amplia del derecho a la información, ya que, aunque si bien es factible al amparo de la normativa que se produzcan ciertas denegaciones de acceso ante una petición, hemos visto que las mismas se configuran, y así lo interpreta el TEDH, de una forma restrictiva y, por supuesto, debidamente motivadas, no pudiendo producirse denegaciones arbitrarias o infundadas.

En definitiva, consideramos muy positivos estos avances dado que estimamos que, la transparencia reflejada en el derecho de acceso a la información, en el derecho a la participación ciudadana y en su posible alegación ante la justicia ante supuestos de una eventual transgresión, se revelan como factores que coadyuvan a reforzar la legitimidad democrática de la actuación de los Poderes públicos. Y de ahí, la importancia de continuar preservando estas instituciones para lograr, como fin último, la buena gobernanza.

## Referencias bibliográficas

- ARANA GARCÍA, E. y Torres López, M. A. (2004). *Régimen jurídico del ruido: una perspectiva integral y comparada*, Comares, Granada.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2007). “Sobre el Derecho administrativo de la Información” en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 35, pp. 121-160.
- BLASCO DÍAZ J. L. (2010). “El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa”, en *Derecho administrativo de la información y Administración transparente*, (Coord. R. J. García Macho), Marcial Pons, pp. 121 a 150.
- BOMBILLAR SÁENZ, F. M. (2018). “Instrumentos públicos de protección ambiental: información ambiental”, en *derecho ambiental*, (Dir. Asunción Torres López y Estanislao Arana García), Tecnos, pp. 114 a 129.
- BUSTOS GISBERT, R. (2017). *Calidad democrática. Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo*, Marcial Pons, pp. 63 a 97.
- BURGOS GARRIDO, B. (2020a). “El derecho humano al agua”, en *Setenta años de constitución italiana y cuarenta años de constitución española* (Dir. Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano, Edoardo C. Raffiotta y Maria Pia Ladiccio; Volumen II: Derechos Fundamentales, Coord. Carmen Montesinos Padilla), Madrid, CEPC BOE, 2020, pp. 471 a 489.
- BURGOS GARRIDO B. (2020b). “La garantía en la prestación del servicio de saneamiento de las aguas residuales urbanas”, en *El control de la colaboración privada en la gestión de los servicios urbanos del agua: hacia un nuevo pacto social por la gestión del agua*, Estanislao Arana García (dir.) Belén Burgos Garrido (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 191 a 222.
- BURGOS GARRIDO, B. (2020). “El derecho humano al agua y al saneamiento (The human right to water and sanitation)”, en *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, tomo dedicado al Derecho Constitucional Ambiental, vol. 10, núm. 3, pp. 41-56.
- CASTELLS ARTECHE, M. (1984). “El derecho de acceso a la documentación de la Administración Pública”, en *RVAP*, núm. 10, pp. 135 a 136.
- CALLEWAERT, J. (2000). “La Convention Européenne des Droits de L’Homme entre effectivité et prévisibilité”, en *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire-Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruselas: Bruylant, pp. 93 a 108.
- CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2005). “La Gobernanza hoy. Introducción”, en *La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP-IIG, Madrid, pp. 11-37.
- COHEN-JONATHAN, G. (1998). “Le rôle des principes généraux dans l’interprétation et l’application de la Convention européenne des Droits de L’Homme”, en *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*. Bruselas, Bruylant, pp. 165 a 196.
- DE SALLES CAVEDÓN, F. (2008). “La construcción de una dimensión ambiental de

los derechos humanos por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: el derecho de acceso a la información y a la libertad de expresión”, en materia ambiental, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm.14, pp. 1 a 22 versión electrónica BIB 2008\1731.

DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO (1996). “Informe especial del Defensor del Pueblo al Parlamento Europeo elaborado tras la investigación de oficio sobre el acceso del público a los documentos”, Decisión del Defensor del Pueblo Europeo de fecha 20 de diciembre de 1996, disponible en la URL: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0210\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998Y0210(01):ES:HTML) (con acceso 21/11/2020).

EUDES, M. (2006). *La pratique judiciaire interne de la Cour Européenne des Droits de L’Homme*, Paris, Fondation Marangopoulos, Editions A. Pedone.

FERNÁNDEZ LUQUE, J.M. (2017). “El marco jurídico de la transparencia en España”, en *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 12, pp. 123 a 152.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. y Pérez Monguió, J. M<sup>a</sup>. (2017). *El derecho al acceso a la información pública en España*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

FITZMAURICE, M. (2014). “Environmental Degradation”, en *International Human Rights Law*, (Dir.: D. Moeckli y S. Sivakumaran) Oxford University Press, Oxford, pp. 590 a 609.

FRUMER, P. (1998). Protection de l’environnement et droits procéduraux de l’homme: des relations tumultueuses?, *Revue Trimestrielle des Droits de L’Homme*, pp. 799 a 833.

GARCÍA MACHO, R. J. (2010). “El Derecho a la información, publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público”, en *Derecho administrativo de la información y Administración transparente*, (Coord. R. J. García Macho), Marcial Pons, pp. 27 a 48.

GUICHOT REINA, E. (2009). *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.

GUICHOT REINA, E. (Coord.) (2014). *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid.

GUILLEM CARRAU, J. (2009). “La necesaria reformulación de buen gobierno”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, Cizur Menor, pp. 83 a 96.

HERNÁNDEZ RAMOS, M. (2018). “El derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del TEDH: un derecho instrumental imprescindible para la eficacia del convenio desde la teoría general de los derechos”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, pp. 483 a 509.

- INAP (2016). *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, INAP.
- JARÍA I MANZANO, J. (2008). “El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia de medio ambiente y su desarrollo en la Ley 27/2006”, en *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, (Dir.: A. Pigrau Sole), Atelier, pp. 119 a 148.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. (2010). “Notas sobre el Derecho Administrativo de la información” en *Derecho administrativo de la información y Administración transparente*, (Coord. R. J. García Macho), Marcial Pons, pp. 103 a 120.
- LOZANO CUTANDA, B. (2007). “Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente”, en *Estudios de derecho judicial*, núm. 137, (Ejemplar dedicado a: Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente), Madrid, pp. 169-206.
- LOZANO CUTANDA, B. (2010). *Derecho Ambiental Administrativo*, La Ley, Madrid.
- MARGUÉNAUD, J. P. (2005). *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris. Dalloz.
- MARTÍN MATEO, R. (1994). *Nuevos Instrumentos para la tutela ambiental*, Trivium, Madrid.
- MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (2018). *La tutela ambiental en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos*, Valencia, España, Tirant Lo Blanch.
- MOWBRAY, A. (2005). *The creativity of the European Court of Human Rights*. Human Rights Law Review. Oxford University Press, vol. 5, núm. 1, pp. 57 a 79.
- OLLER RUBERT, M. (2013). “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de febrero de 2012: el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente y sus restricciones fundamentales”, en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 24, pp. 171 a 182.
- OLMOS GIUPPONI, M. B. Y DELPIANO LIRA, C. (2019). “El dialogo judicial internacional en la protección de los Derechos Fundamentales”, en *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales* (Dir.: J. Martín y Pérez de Nanclares; Coord. D. González Herrera), pp. 535 a 551. TOL7.284.297.
- OST, F. (1989). *Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH*, en DELMAS-MARTY, Mireille. *Raisonnement la raison d'Etat -vers une Europe des droits de l'homme*. Paris, Presses Universitaires de France, pp. 405 a 463.
- PALOMBINO, G. (2020). “La construcción del principio de equidad generacional:

¿hacia una democracia sostenible?”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, año 17, núm. 33. Disponible en la URL: <https://www.ugr.es/%7Eredce/REDCE33/ReDCEsumario33.htm> (con acceso 09/10/2020).

- PLAZA MARTÍN, C. (2005). *El Derecho ambiental de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2005. Epígrafe relativo a la Información y participación en el proceso de adopción del derecho ambiental derivado, versión electrónica TOL1.233.028.
- PLAZA MARTÍN, C. (2013). “Medio ambiente en la Unión Europea”, en *Tratado de Derecho ambiental* (Coords.: Ortega Álvarez, L., Alonso García M. C. y De Vicente Martínez, R.), Tirant lo Blanch.
- PRATS CATALÀ, J. (2005). *De la Burocracia al Management, del Management a la Gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*, INAP-IIG.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. M. (2007). Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio, Aranzadi, Cizur Menor.
- SALAZAR ORTUÑO, E. (2010). “El desarrollo del Convenio de Aarhus y la progresiva desaparición de obstáculos para el acceso a la justicia ambiental: reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la legitimación activa a las organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de la protección del ambiente”, en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 17, pp. 191 a 202.
- SOMMERMANN, K. P. (2010). “La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho”, en *Derecho administrativo de la información y Administración transparente*, (Coord. R. J. García Macho), Marcial Pons, pp. 11-26.
- WILDHABER, L. (2007). “The European Convention on Human Rights and international law”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, parte 2, pp. 217 a 231.





¿ES EL ESTADO LAICISTA UNA “RELIGIÓN CIVIL”?  
UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO SOBRE  
LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS  
Y SUS EFECTOS SOBRE LA LIBERTAD DE CREENCIA

LUCAS OLIVEIRA VIANNA - MATHEUS THIAGO CARVALHO MENDONÇA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Laicidad y laicismo: una distinción clave. – 3. ¿Qué ha dicho el Tribunal de Estrasburgo sobre los símbolos religiosos? – 4. El mito de la neutralidad religiosa del secularismo. – 5. La religión como un bien humano básico. – 6. Conclusiones.

## 1. Introducción

Los defensores clásicos de la tesis de la secularización de las sociedades modernas sostenían que la religión de a poco se convertiría en un retazo antropológico de las comunidades primitivas, usado como mecanismo de control social y representación de lo sagrado. En este contexto, el sociólogo Peter L. BERGER (1985), en la primera fase de su trabajo, apuntó a la religión como un hecho museológico que ha sobrevivido en sociedades no afectadas por el capital internacional, lo que la mantendría como un fragmento del pasado. En efecto, el proyecto de modernidad preveía la discontinuidad del fenómeno religioso basado en el fundamento extra-religioso de la acción humana hacia una era “ajena a Dios y a los profetas” (WEBER, 2004, p. 28), en un contexto de creencia generalizada en la desaparición de la experiencia religiosa.

Sin embargo, a finales de la década de 1980, Berger reconsideró su posición y afirmó que la religión no solo era un hecho indiscutible de su tiempo, sino que también se convertiría en un tema importante en el siglo siguiente (BERGER, 1999). En esta línea, el sociólogo vienés sostiene que la comprensión de la religión como mera herramienta de control social y representación estética de lo sagrado es una clave hermenéutica inadecuada para la valoración del itinerario histórico de la humanidad. Entre estos dos polos se enfrenta el desafío del pluralismo.

Ahora bien, es cierto que no hay derecho absoluto, por lo que incluso la libertad religiosa tiene sus límites en tiempos de reubicación del religioso.

Sin embargo, a pesar de la necesidad de tutela estatal, las restricciones impuestas a la libertad religiosa no pueden ser genéricas e indeterminadas, ya que dicho derecho está dotado de esencialidad. Incluso la religión misma puede ser considerada un “bien humano básico”, vinculado a la propia idea de dignidad humana e identidad cultural (FINNIS, 2011). En este contexto, el presente estudio persigue el objetivo de presentar algunos intentos de respuesta a algunos interrogantes, como los siguientes: el uso del principio de la supuesta neutralidad religiosa del laicismo, a cualquier precio, ¿no constituiría una “religión civil”, con un potencial tan excluyente como cualquier otra? O ¿en qué medida los argumentos en defensa del secularismo violan las libertades religiosas?

Para llevar a cabo tales reflexiones, el trabajo se centra en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el uso y la presencia de símbolos religiosos en el espacio público. Los casos elegidos para el análisis fueron *Dahlab vs. Suiza* (2001), *Sabin vs. Turquía* (2005) y *S.A.S vs. Francia* (2014) – cuyo objeto era la impugnación de las prohibiciones del uso de símbolos (trajes) musulmanes en escuelas y universidades – y el caso *Lautsi vs. Italia* (2011), que analizó la presencia de crucifijos cristianos en las escuelas públicas de Italia.

La investigación utiliza el método hipotético-deductivo como metodología principal y utiliza la revisión bibliográfica como herramienta metodológica. En el primer momento del estudio se presentan algunos conceptos preliminares para la discusión que se emprenderá a lo largo de este trabajo, tales como laicidad, laicismo, secularismo y afines. Luego se revisa el contenido de las decisiones del Tribunal EDH. Ya en el tercer momento se presenta el concepto de secularización a partir del trabajo de MARRAMAIO (1998) y TAYLOR (2007) y, al final, se trabaja el concepto de manifestación externa de la religión como condición inherente a la arquitectura humana basado en el concepto de bienes humanos básicos en la teoría de FINNIS (2011).

## **2. Laicidad y laicismo: una distinción clave**

Con el objetivo de acomodar la discusión en su sitio adecuado es fundamental pulir los términos y delinear los contornos del Estado laico. Norberto Bobbio toma la definición de Valerio Zanone, según el cual el Estado laico está:

[...] separado de las confesiones religiosas, pero debe garantizar la libertad de religión y de culto a todos los grupos religiosos, sin implementar privilegios o estructuras de control dirigidas a determinadas confesiones, salva-

guardando así la autonomía del poder civil de cualquier intento de control religioso y, simultáneamente, la defensa de las confesiones de cualquier intento de restringir el libre ejercicio del culto por parte del poder temporal (ZANONE, 2004, p. 670).

Así, el Estado laico tiene una doble función: no solo la de evitar la imposición de poder por parte de instituciones religiosas sobre el Estado, sino también proteger a las organizaciones religiosas de la interferencia estatal. De esta manera, la laicidad está lejos de obstaculizar la expresión religiosa, sino que la beneficia, a la medida en que la libertad del control estatal permite a las iglesias actuar libremente según su propia lógica, utilizando no capital político, sino religioso y social (BARBOSA; VIANNA, 2019).

La separación entre el Estado y la Iglesia, lejos de enfriar el espíritu religioso, muchas veces lo fortalece, en la medida en que fomenta el proselitismo, ya sea de las religiones minoritarias, abriendo un espacio que hasta entonces les estaba negado, o por la organización religiosa hegemónica que, huérfana de las ventajas del poder, comienza a agilizar sus esfuerzos en un intento de [...] minimizar la pérdida de influencia en el tejido social (SANTOS JR., 2007, p. 64).

Por lo tanto, no se trata de violar la libertad de religión, sino de buscar una emancipación recíproca entre el Estado y las religiones, de modo que se permita el libre ejercicio religioso, realizando así los derechos individuales de la libertad de los ciudadanos en relación con sus creencias y cultos. El estado laico, bajo una hermenéutica teleológica, tiene como objetivo proteger y organizar la libertad de expresión religiosa, no restringirla.

De ahí también se desprende la conclusión de que la laicidad impone deberes tanto negativos como positivos al Poder Público, ya que la libertad religiosa “no consiste únicamente en que el Estado imponga la religión a alguien o impida que alguien profese una determinada creencia”, sino que “también consiste, por un lado, en que el Estado permite que quienes siguen una determinada religión cumplan los deberes que de ella se derivan (en materia de culto, familia o educación, por ejemplo) en términos razonables” (MIRANDA, 1998, p. 359). No es por ninguna otra razón que varias naciones prevén la prestación de asistencia religiosa en las instituciones de detención colectiva, por ejemplo. Existe, por lo tanto, una dimensión subjetiva del derecho a la libertad de creencias que señala “al Estado y a otras personas civiles un derecho objetivo para garantizar el ejercicio efectivo de la libertad religiosa” (FONSECA, 2014, p. 99). Así, si en algunos asuntos la laicidad del Estado requiere una omisión por su parte, en otros la misma inercia del Estado puede ser una violación de este principio.

Sin embargo, hay que considerar que no existe solamente un paradigma de Estado laico, sino varios modelos que se encuentran dentro de una amplia gama de opciones cuyos polos serían los que KURU (2007, p. 571) denomina “laicismo pasivo” y “laicismo asertivo”. En el primero, el Estado es inerte en el establecimiento de organizaciones religiosas, pero permite su visibilidad en los espacios públicos. En el segundo, desde otra banda, se tiende a que el Estado aleje las religiones de la esfera pública, empujándolas hacia al foro privado, considerándolas – aunque implícitamente – un fenómeno que preferentemente debería reservarse para el ámbito privado. La doctrina, en general, suele llamar a tales posiciones, respectivamente, “laica” y “laicista”.

Es importante enfatizar que tales puntos de vista se distinguen cualitativamente, no cuantitativamente. Un estado de secularismo asertivo no es “más laico” que otro de posición pasiva. La realidad es que son perspectivas fundamentalmente diferentes sobre el rol de la religión en la constitución del individuo y de la sociedad. Es importante preguntarse, por otro lado, en vista de las consideraciones teleológicas ya observadas sobre el sistema de laicidad estatal: ¿cuál de estos modelos ofrece la protección más adecuada a las libertades religiosas?.

Como se ve, la distinción fundamental entre ambos paradigmas es que el laicismo restringe la expresión pública de la religiosidad. Sin embargo, existe un conflicto con aquellas religiones en las que la manifestación pública es intrínseca a la doctrina teológica. Es que, para algunos aspectos religiosos, negarles la posibilidad de manifestación pública implica atingir el núcleo del derecho a la libertad religiosa.

Además, es importante notar que una postura estatal que expresa desprecio por la manifestación religiosa pública puede ser considerada en sí misma una visión religiosa. El “Estado laico no significa un estado ateo, porque el ateísmo sigue siendo un concepto religioso” (SARMENTO, 2006, p. 308). Al pedir la neutralidad del Estado en asuntos religiosos, es necesario antes considerar que la neutralidad del Estado no significa irreligiosidad o ‘ateísmo’ público. De hecho, el ateísmo público no es exactamente un caso de neutralidad religiosa, sino una creencia negativa de la religión (RHONHEIMER, 2009, p. 288-289). Es decir, la posición de neutralidad que limita las religiones a la vida privada de los individuos es en sí misma una confesión religiosa específica: la tesis de que la religión no tiene lugar en el campo público y debe permanecer en el ámbito privado de los sujetos.

La consecuencia de ello es el dominio del espacio público por una creencia específica. Este laicismo combativo reemplaza las religiones tradicionales, con sus creencias y rituales, por una religión secular, también con sus grupos

de pensamiento y sus rituales propios (BRÉCHON, 1995). El Estado laico no es neutral, pero “por el hecho de estar imbuido de supuestos filosóficos o ideológicos (positivismo, cientificismo, libre pensamiento u otros), acaba poniendo en prejuicio el propio principio de la laicidad” (MIRANDA, 2014, p. 7).

### 3. ¿Qué ha dicho el Tribunal de Estrasburgo sobre los símbolos religiosos?

En este punto se realiza un breve análisis comparativo de la solución dada por la Corte Europea a diferentes casos que involucran símbolos religiosos, en concreto: *Dahlab vs. Suiza* (2001), *Sahin vs. Turquía* (2005), *S.A.S vs. Francia* (2014) y *Lautsi vs. Italia* (2011).

En el primer caso – *Dahlab vs. Suiza* (2001) –, la demandante, en el momento de su admisión al trabajo de maestra en una escuela primaria pública en Ginebra, practicaba la fe cristiana. Luego, en el 1991 se convirtió al Islam, por lo que comenzó a llevar el velo en la cabeza, según los preceptos específicos de su religión. El hecho de que llevara un velo en la cabeza no había molestado a ningún estudiante ni a sus tutores. Sin embargo, en 1996, el Director General de Educación Primaria de Suiza solicitó que no usara el velo islámico durante el curso de sus actividades profesionales, basándose en la denuncia de violación del artículo 6 de la Ley de Educación Pública de 1940. A partir de esta decisión, la profesora apeló al Gobierno del Cantón de Ginebra, que desestimó el recurso por los siguientes motivos: laicismo suizo, neutralidad de la educación pública y reducción de cuestiones como la creencia en el foro privado e íntimo del individuo.

En 1997, Dahlab apeló al Tribunal Federal Suizo que, en su momento, confirmó la decisión del gobierno cantonal de Ginebra: la de que el velo conllevaba un mensaje religioso sustancial, que sería perjudicial para la formación de las convicciones personales de sus alumnos (niños entre 4 y 8 años de edad). Destacó que el derecho a la libertad religiosa y de conciencia no es absoluto, por lo que puede llegar a ser restringido porque el uso de un pañuelo no formaba parte del núcleo inviolable de la religión.

La Corte entendió que la decisión está conforme al principio de neutralidad y el interés público en la restricción se manifiesta en el hecho de que la prohibición del uso del velo islámico en el ejercicio de funciones tiene como objetivo garantizar la armonía y la imparcialidad del entorno escolar. También defendió que el velo es un símbolo religioso evidente capaz de comunicar un mensaje religioso suficiente para adoctrinar a sus estudiantes y de difícil reconciliación con el principio de no identificación con una determinada fe.

Ahora bien, en el caso *Sahin vs. Turquía* (2005), la autora, que era ciudadana turca y practicante de la fe islámica, afirmó que la legislación turca que prohíbe a las mujeres llevar el velo islámico mientras asisten a clases en una universidad turca constituye una violación del artículo 9 de la Convención, que protege la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y el artículo 2 del Protocolo 1 que protege el derecho a la educación. Esto se debió a que, en febrero de 1998, el rector de la Universidad de Estambul – donde Sahin estudió medicina – informó a la comunidad universitaria a través de una circular que los estudiantes que llevaran el velo islámico no deberían ser admitidos en clases. En consecuencia, se prohibió a la demandante, que seguía llevando el velo, realizar exámenes, asistir a clases y a seminarios.

Al juzgar el caso, el Tribunal de Estrasburgo, al evaluar el papel del Estado en la promoción del pluralismo – que el mismo Tribunal caracteriza como el “sello distintivo de una sociedad democrática” –, afirmó que se puede pedir a las personas que hagan concesiones en relación con sus convicciones personales a fin de promover la posibilidad de convívio social. Además, subrayó su limitada experiencia en juzgar estas cuestiones, indicando que las autoridades universitarias están, en principio, en mejores condiciones que una corte internacional para evaluar las necesidades locales y las condiciones o requisitos de un curso determinado.

Respecto a la necesidad de la restricción, el Tribunal EDH examinó la importancia y la dualidad del derecho a la libertad de religión y conciencia de conformidad con el artículo 9, que incluye no solo el derecho a mantener creencias religiosas dentro del ámbito privado, pero también el derecho a poder manifestarlas. Al final, todavía, la Corte reconoció la legitimidad del objetivo declarado por el Estado al restringir la libertad religiosa: la protección de las libertades y derechos ajenos y la protección del orden público.

A su vez, en el caso *S.A.S. vs. Francia* (2014), la demandante es una ciudadana francesa, musulmán, que practica el uso del velo islámico. Sostiene ella que el *burka* o el *nihab* son formas de vida necesarias de acuerdo con su religión y cultura. Sin embargo, la legislación francesa (Ley n° 1192, del 2010) prohíbe a las personas esconder el rostro en los espacios públicos. El Estado francés sustentó, en resumen, que el uso del velo estaría vinculado a movimientos extremistas y fundamentalistas de afirmación radical en busca de identidad en la sociedad y que el uso del velo contraría principios republicanos como igualdad de género y igual dignidad de los seres humanos, así como un principio de fraternidad (usar tal ropa anularía el acto de contactar a otras personas).

La Corte Europea, a su vez, entendió que la ley del 2010 puede conside-

rarse proporcional al objetivo deseado, es decir, la preservación de las condiciones de vida como elemento de la “protección de los derechos y libertades de los demás”. Concluyó que, si bien se reconoce que la prohibición de la ley de 2010 tiene efectos negativos sobre las mujeres musulmanas – que por motivos religiosos, quisieran poder usar el velo en público –, la medida tiene una justificación razonable y objetiva, atribuyéndole nuevamente al espacio de la discreción (*margin of appreciation*) de los Estados signatarios.

Ya en el caso *Lautsi vs. Italia*, la demandante, que es finlandesa y reside en Italia con sus dos hijos – que eran niños en aquel entonces –, que asistieron a la escuela “Vittorino da Feltre”. En abril de 2002, Lautsi se puso molesta por la presencia de un crucifijo – un símbolo del cristianismo – en la pared de cada aula. Lautsi llamó a la junta escolar y pidió por la remoción del símbolo. La solicitud había sido llevada al Consejo Escolar, que decidió, en mayo del mismo año, mantener a los crucifijos.

En la reunión ante el Consejo Escolar, Lautsi afirmó que la presencia del crucifijo en un espacio público – en el caso que se examina, sería en las aulas – violaría el concepto de laicidad estatal, con base en una sentencia dictada por la Corte Suprema de Casación italiana que, en 2000, decidió que la presencia de crucifijos en los lugares públicos donde se realiza la votación durante el período de elecciones políticas se oponía a los fundamentos del Estado laico, con base en los artículos 3 y 19 de Constitución italiana que, respectivamente, disponen acerca del trato no discriminatorio y la libertad de creencia. Es más: el Consejo escolar decidió que los crucifijos permanecerían, razón por la cual, en julio de 2002, la apelante impugnó la decisión ante el Tribunal Administrativo del Véneto, bajo la alegación de que la decisión violaba la laicidad de la República Italiana, así como la imparcialidad de la administración pública – conforme a los artículos 3, 19 y 97 de la Constitución del país, así como el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ante esto, el Tribunal Administrativo de Véneto encaminó el planteo hacia el Tribunal Constitucional cuestionando acerca de la inconstitucionalidad de estas disposiciones frente al principio de laicidad imperante en Italia, así como atentando los artículos 2, 3, 7, 8, 19 y 20 de la Constitución italiana. Sin embargo, en diciembre de 2004, el Tribunal Constitucional italiano se declaró incompetente para evaluar la demanda pues entendió que las disposiciones relativas a la presencia de crucifijos en las aulas no poseían el *status* de ley, sino únicamente reglamentos que no constituyen objeto de control de constitucionalidad. Al fin decidió por devolver el asunto al Tribunal Administrativo del Véneto que, en marzo de 2005, rechazó finalmente la demanda

de Lautsi bajo el argumento de que el crucifijo, aunque es un símbolo religioso, se refería al cristianismo en general, por lo que no estaría limitado a la fe católica romana y que llegaría a albergar otras confesiones. Por tanto, el tribunal consideró que se trataba de un símbolo histórico-cultural con una alta carga identitaria para el pueblo italiano.

La Corte Europea, por su vez, entendió que, ya que no existen normativas en la mayoría de las regiones de Europa, el tema goza de cierto grado de discreción en cada ubicación. En ausencia de este enfoque común entre los Estados-miembros – que sería verificado por un estudio comparativo – cada región podría apreciar libremente el asunto. Además, la Corte concluyó que, si bien se admite que el crucifijo es un símbolo eminentemente religioso, aún no existirían pruebas suficientes para demostrar la influencia activa que la exposición de crucifijos en las aulas puede generar en los estudiantes.

Además, a pesar del carácter secular del Estado, la importancia e influencia del cristianismo en la historia de Italia es innegable, por lo que no sería descabellado que los valores relacionados con la fe cristiana fueran predominantes en la sociedad civil italiana. Es más: este predominio, por sí solo, no tendría la capacidad de caracterizar un trato discriminatorio en relación con otras creencias o, aún, con el derecho a la no creencia.

#### **4. El mito de la neutralidad religiosa del secularismo**

MARRAMAO (1998), al trazar una genealogía de la secularización, señala que el concepto de “secularización” constituye un ejemplo típico de la metamorfosis de una palabra en una de las palabras más características de la época contemporánea. Según el autor, esta terminología tiene sus raíces en el derecho canónico (*saecularisatio*; de *saecularis*, *saeculum*) y no se refería a una posible separación entre Estado e Iglesia, sino a lo temporal, en contraposición a la eternidad. El término ha experimentado una gran extensión semántica en el campo político, jurídico y filosófico. Por tanto, el presente trabajo admite que su definición puede resultar indeterminada y controvertida. Sin embargo, en cierto sentido, se dice que puede significar una ruptura moderna con los valores del cristianismo o, por otro lado, una “profanación”, también vinculada a un debilitamiento de los valores cristianos (MARRAMAO, 1998).

Sin embargo, el significado moderno de la terminología se refiere a una independencia del entorno eclesiástico de la política. Así, el nacimiento de un Estado liberal indica una separación entre Estado e Iglesia, con la posibi-



lidad de que sea estructural (institucional) o ideológica (MARRAMAO, 1998). Al describir el fenómeno de la secularización a partir de los conceptos de racionalidad y desencanto de Max Weber, el autor describe la secularización como “el proceso de desencanto histórico-religioso más amplio del mundo, que, basado en el profetismo judío y la vinculación para el pensamiento científico griego (factores constitutivos de la racionalidad occidental), resultó en el abandono de todos los medios mágico-sacramentales de salvación” (MARRAMAO, 1998, p. 59-60).

Es posible afirmar que el proceso de secularización del Estado de derecho moderno estuvo influido por las ideas liberales de la época, como las de John Locke e Immanuel Kant. Para MARRAMAO (1998), la burguesía liberal todavía quería una deidad, pero sin el poder de actuar, así como quería un monarca, pero que estaba privado del poder. Por tanto, el objetivo era establecer un poder “neutral” que “reina, pero no gobierna” (MARRAMAO, 1998, p. 69).

Para dar sentido e incluso un propósito a sus vidas, el ser humano siempre tiende a buscar algo que dé sentido a su existencia. Por tanto, si “un símbolo, icono, mito, ritual o doctrina deja de tener un valor trascendente, tienden a sustituirlo por otra cosa” (ARMSTRONG, 2014, p. 300). Así, cualquier cosa puede convertirse en objeto de lo divino – y esto se ha hecho más que evidente en Francia, donde los valores civiles son tratados como valores sagrados.

El nacimiento de la “religión civil” predica valores como la tolerancia y la no discriminación, pero que no se extendieron a quienes no observaban los preceptos que esta “religión” proponía (ARMSTRONG, 2014). En esta “religión”, la construcción en lo sagrado se correlacionó con la República y los valores resultantes del contrato social, a la luz de la razón pública secular.

En consecuencia, parece que la Modernidad está impregnada de este intento de limitar la religión al ámbito de la conciencia individual, sacándola del espacio público e invariablemente privatizándola. Con ello, lo que aquí se llama de “religión política” representa la pretensión de absolutizar la acción humana y la totalización de las instituciones político-sociales, “invadiendo el campo de competencia de la fe” (MARRAMAO, 1998, p. 119), en la que se produce una “resacralización”, basada en las figuras del Estado, que sigue a la pérdida de formas de vida tradicionales, estipulada por el ámbito religioso confesional.

El control que ejerce el Estado, en la figura del magistrado civil, sobre el derecho a la conciencia religiosa cuando supuestamente viola el “bien público” es compatible con los ideales liberales. Esto se debe al hecho de que el

derecho a la libertad de conciencia (y el principio de tolerancia) no va unido a un derecho subjetivo natural que pertenece a la autonomía del individuo. En este sentido, la filosofía liberal entiende que, para lograr la tolerancia, el propio Estado podría reprimir, en la forma de la ley, las amenazas derivadas de la religión al orden público – característica marcada, en particular, por las guerras religiosas de los siglos XVI y XVII. en Europa (BUTHA, 2012).

Sin embargo, la secularización significa naturalmente la separación de Iglesia y Estado, pero no significa que la fe haya desaparecido o que haya un nuevo y enfático deseo por las cosas del mundo, sino el retorno a la separación expresada en el Evangelio, bajo la consigna de “dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios” (MARRAMAQ, 1998).

El secularismo, sin embargo, no solo implica la exclusión de la religión del espacio público y la afirmación del Estado como neutral. Por el contrario, es imperativo entender este fenómeno como algo que conserva una ideología, una cosmovisión, un parámetro científico, filosófico o político, ya que no hay forma de sostener una posible “neutralidad axiológica” del término. Por tanto, la “neutralidad” no es un concepto autodefinido (AHDAR, 2013).

Cabe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al considerar cuestiones de Libertad Religiosa, especialmente con respecto al uso y a la presencia de símbolos religiosos en espacios públicos, a menudo utiliza el término “neutralidad” del Estado – como en los casos de *Dahlab vs. Suiza* y *Sahin vs. Turquía* – para respaldar un compromiso de “equidistancia” de los Estados, que evite que las manifestaciones de estos individuos “invadan” el espacio público, como mecanismo de “saneamiento” y “privatización” de la conciencia, además de entender la religión como un sistema irracional, de poca o ninguna importancia en el debate público.

Sin embargo, parece que este deber de “neutralidad” no está incluido en el texto de la Convención, sino que obedece a la propia hermenéutica de la Corte al respecto. El significado adoptado por la Corte es contradictorio, ya que “neutralidad” puede referirse a la obligación de los Estados de igualdad de trato (*equality of treatment*) de las religiones manifestadas en su territorio, como forma de imparcialidad y respeto a la pluralidad religiosa.

“Neutralidad” podría eventualmente significar la prohibición de un Estado de imponer – o aceptar – una sola religión en su territorio o adoptar medidas de conversión forzada. El caso Lautsi es un ejemplo en que el Estado italiano afirmó que, incluso con la presencia de crucifijos fijados en las aulas de las escuelas públicas, a otros estudiantes se les permitió utilizar otros símbolos religiosos, así como afirmó que el mes de Ramadán se celebraba en

las escuelas. Por tanto, se entiende que el hecho de que una Nación abrace una religión como parte de su historia no le impide reconocer y respetar a las demás.

Aún en el caso Lautsi, el mismo hecho de retirar los crucifijos de las escuelas no podría interpretarse como una medida “neutral”, sino que significaría una acción positiva por parte del Estado de adherirse a una postura secularista. Ahora bien, no se puede esperar que un Estado, al garantizar el derecho de “no creer” a los ciudadanos, imponga que nadie puede tener este derecho y manifestarlo (WEILER, 2012). Por lo tanto, la religión también tiene una dimensión pública (AHDAR, 2013).

Así, el hecho de que un Estado sea llamado laico no implica que sea ateo, sino que debe aceptar y respetar las más diversas formas de manifestación religiosa (AHDAR, 2013). También se ratifica que, para cumplir con este deber, no es necesario romper con su tradición y formación histórica – como es el caso de Lautsi. Un Estado “neutral” no significa necesariamente que sea más tolerante y abierto a las diferencias, pero puede significar, en el sentido contrario, la auto-legitimación del laicismo como una “religión civil”.

Además, se puede decir que el “secularismo” no es neutral, imparcial o indiferente; en cambio, se constituye como una filosofía política que establece pautas para el desempeño del Estado. Esto se debe a que ninguna filosofía o sistema de pensamiento coherente podría considerarse “neutral”, por su propia naturaleza (BLACK, 1962; HESSEL, 1966). Cualquier doctrina o compromiso político nunca podría considerarse “neutral”, por el simple hecho de que existen valores que se transmiten, defienden y que configuran cada tipo de sistema, incluido el secular (AHDAR, 2013).

Por lo tanto, surge un laicismo intolerante y hostil, que rechaza prácticas, fiestas, rituales y símbolos religiosos y pretende desarraigar el simbolismo y la práctica religiosa de la llamada *public square*, al tiempo que impone una cosmovisión única e interfiere abiertamente en un proyecto de “buena vida” (FINNIS, 2011). Esto se debe a que la religión integra el concepto de “buena vida” que el individuo puede concebir, lo que señala la imposibilidad de una disposición estatal, genérica y abstracta, limitándola, en principio, sin un fundamento sólido ya que la religión de un pueblo es parte constituyente de su esencia y el Estado no puede ignorarla (PINK, 2013).

La creencia es un elemento básico de la realidad cognitiva humana, un ingrediente de la vida, que permite aceptar o no, defender o no, reconocer o no, una infinidad de elementos y situaciones cotidianas. Los objetos de creencia son aquellos elementos y situaciones que están más allá del control y el control total, pero hacia los que se debe tomar una actitud. La creencia

está presente desde situaciones rutinarias hasta decisiones importantes de la vida. [...] La capacidad de decidir también nace de la capacidad de creer (SANCHES, 2010, p. 55)

En la misma dirección, Ahdar escribe: “Ningún Estado puede ser completamente secular en el sentido de que quienes ejercen el poder no tienen creencias sobre lo que es verdad y no hay compromisos con lo que creen que es correcto”. Por casualidad, el Estado podría ser “religiosamente neutral”, en el sentido de que “no confiesa ninguna de las religiones del mundo”. Sin embargo, “el Estado no es neutral en relación a las cosmovisiones, metanarrativas o cualquier término que pueda usarse para describir el marco que da coherencia global a nuestra comprensión de lo que es ser humano” (AHDAR, 2013, p. 14).

Por lo tanto, al considerar las culturas en función de su contenido y sus valores, habrá necesariamente una relación de fuerzas entre estas culturas. La pregunta imperativa es la siguiente: ¿y cuándo estos valores no convergen? ¿Deberían anularse el uno al otro? La hipótesis del presente estudio es que los valores no son negociables. En efecto, no es “suavizando su filo, reduciendo su alcance, es decir, degradándose unos a otros, entre culturas, que se llega a la paz; o es una paz deletérea o simulada” (JULLIEN, 2009, p. 177-178). Por tanto, se entiende que no le corresponde a los Estados occidentales borrar conceptos que les son tan caros – como Democracia, Libertad e Igualdad – sino, a la luz de estos valores, ampliar las posibilidades de diálogo e interacción con diferentes culturas y construcciones históricas.

Por ello, no se argumenta que el camino hacia un ejercicio pleno de la pluralidad religiosa sea a través del abandono de los valores cristianos, adoptando una especie de “homogeneización” de estos valores por parte de una cultura secularista. La tolerancia no proviene de la pretensión de reducir sus valores o moderar su adherencia o su respeto. La solución no debe estar en el compromiso, sino en la comprensión (JULLIEN, 2009). Esto significa que no basta con anular las diferencias para promover el diálogo entre contrarios, es precisamente a partir del reconocimiento<sup>1</sup> de estas diferencias que podemos vernos como iguales (CARVALHO, 2018; TAYLOR, 1992, p. 32-33).

De esta manera, el secularismo puede ser entendido como una cosmovi-

<sup>1</sup> CARVALHO (2018, p. 149) explica que “el dilema central de la cultura moderna, para Taylor, está en la pérdida de horizontes de valores trascendentes, compartidos y experimentados objetivamente” – lo que está también de acuerdo con HONNETH (1996, p. 41). Por eso, Taylor destaca la necesidad del derecho al reconocimiento y el derecho a la identidad convergiendo hacia una dignidad universal.

sión con sus propios dogmas, creencias, premisas y supuestos particulares de carácter partidista (AHDAR, 2013). En su modalidad hostil, tiende a clasificar la religión como potencialmente peligrosa e irracional, por lo que debe ser retirada de la arena pública. Este tipo de modelo laico se define a sí mismo como privilegiado y adopta medidas parciales para sacar la religión del debate público.

## **5. La religión como un bien humano básico**

Al hablar de bienes (o valores) humanos, el presente estudio delimita su planteo desde la tradición tomista-aristotélica, utilizada aquí como un panorama filosófico útil para comprender el rol de la religión en la sociedad humana y las protecciones que a esta función deben corresponder. Más específicamente, se adopta la Teoría Neoclásica del Derecho Natural, cuyas raíces se encuentran en un artículo de Germain GRISEZ (1965), en el que el filósofo, al comentar una cuestión de la Summa Teológica de Tomás de Aquino, plantea que las interpretaciones tradicionales de la obra están equivocadas en su exégesis y presenta argumentos en favor de una hermenéutica distinta del concepto tomista de Ley Natural<sup>2</sup>.

El principal motor de estas investigaciones, en el ámbito jurídico, es la percepción de la insuficiencia de la tesis positivista con respecto a los derechos humanos y la necesidad de una fundamentación ética para estos (PINHEIRO; SOUZA, 2016), lo que ha llevado muchos filósofos del derecho a tener un interés renovado en las teorías iusnaturalistas (DOUZINAS, 2000). La amputación de conceptos como objetividad de la discusión sobre valores morales ha llevado a una fragmentación de la moral pública (MACINTYRE, 2007), con una ininteligibilidad mutua que no fornece apoyo a un sistema de universalización en torno a valores, que és no solo una estructura formal presente en los documentos de derechos humanos, sino que una idea que se tornó estructurante de la propia noción de tales derechos, intrínsecamente vinculada a ideas como universalidad, inherencia e inviolabilidad (PINHEIRO; SOUZA, 2016).

Respondiendo a la tesis de HUME (2000) – la de que no se puede derivar

<sup>2</sup> A partir de estas preguntas, varios autores trabajaron en la Teoría, con destaque para nombres como John Finnis, Joseph Boyle y Robert P. George. A nível brasileño, hay investigadores como BARZOTTO (2007), OLIVEIRA (2002), PINHEIRO e SOUZA (2016), PIMENTEL (2020) e MENDONÇA (2018; 2021).

un deber-ser del ser –, John Finnis demuestra que el naturalismo de Aquino no se basa en las exteriorizaciones observables de la naturaleza humana, sino en lo que el neotomista llama de principios de la razón práctica, que no se infieren de los hechos, ni de proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana (FINNIS, 2011). En la filosofía tomista, estos primeros principios especifican las formas básicas del bien y del mal, pueden ser comprendidos adecuadamente por cualquiera que haya alcanzado la edad de la razón (y no solo por los metafísicos), son perceptibles *de per se* (evidentes por ellos mismos) e indemostrables (FINNIS, 1998). Lo que se infiere, por tanto, es que Aquino no “incurrió en falacias naturalistas, porque lo ‘bueno’ y ‘malo’ no se derivarían de factores empíricos, sino de estos ‘primeros principios’” (SGARBI, 2007, p. 663). Quizá podría afirmarse que hay una circularidad del razonamiento, pero ciertamente no hay un salto de lo natural a lo ético.

Es importante tener en cuenta que estos no son principios morales en sí mismos, sino principios que se extienden a toda deliberación práctica, razones para la acción provistas por todos los que pueden identificar y perseguir racionalmente (AGUIRRE, 2014, p. 649-650). En este punto, la teoría de FINNIS (2011) es simplemente una teoría descriptiva social, como la llama el propio autor. Se limita a describir lo que los seres humanos efectivamente persiguen y cómo lo persiguen, individual y socialmente, pero no evalúa lo que se *debe* buscar. A estos fines de las decisiones humanas, Aristóteles – y, después de él, Aquino – llama, a lo largo de su *Ética a Nicómaco*, bienes. Se trata de enunciados pre-morales que pueden ser universalmente reconocidos, porque son inherentes a la propia estructura del razonamiento humano en lo que se refiere a sus acciones (GRISEZ, 1965). El conjunto de estos principios conforman lo que Finnis llama “razonabilidad práctica”<sup>3</sup>, un concepto central en la teoría del autor.

Los bienes humanos, a su vez, son cualquier objetivo o propósito que razonablemente pueda considerarse deseable y bueno para el ser humano, involucrando valores como la paz, la salud, la felicidad, la satisfacción personal, entre numerosos otros (OLIVEIRA, 2002). Así, cuando se habla de “bien humano” en la teoría aristotélica, se habla de “una forma general de bien en la que se puede participar o que se puede realizar de infinitas formas en un número indefinido de ocasiones” (FINNIS, 2011, p. 69), cualquier cosa que cualquiera pueda razonablemente querer.

<sup>3</sup> “Práctica” – es necesario aclarar – en su sentido aristotélico, de dirigida al ámbito de las acciones y decisiones humanas (PINHEIRO; SOUZA, 2016, p. 71). Práctica porque describe el proceso de deliberación y toma de decisiones y elecciones humanas en su práctica, en el agir.

Continuando con el análisis de las especificidades de los bienes humanos, cabe señalar que “algunos bienes son motivos de acción que necesitan un motivo adicional para explicar el interés que las personas tienen por ellos. A estas razones les llaman “bienes instrumentales”, mientras que, por otro lado, “hay motivos para la acción que no necesitan ningún motivo adicional; son bienes que, solos o juntos, subyacen a todos y cada uno de los propósitos. A estos los llamamos bienes básicos” (FINNIS; GRISEZ; BOYLE, 1987, p. 103).

Los bienes básicos, por tanto, son “bienes fundamentales a los que apunta la voluntad, es decir, los bienes que constituyen nuestras razones fundamentales para actuar y que dan cuenta de todo lo que podamos querer elegir inteligentemente” (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO 2009, p. 47). En resumen, los valores últimos que “constituyen el sustrato valorativo del hombre en todos sus juicios morales” (SGARBI, 2007, p. 667), morales en sentido amplio, no solo de las acciones con implicaciones éticas inmediatas, sino de todo lo que concierne a las acciones humanas en general y que está situado, por lo tanto, en el orden del conocimiento práctico (para usar la terminología aristotélica).

FINNIS (2007) enumera como bienes básicos los siguientes: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad (amistad), razonabilidad práctica y “religión”<sup>4</sup>. El teórico social “no niega que existen infinitas metas y formas de bien, sin embargo estas serán solo formas o combinaciones de formas de obtener y cumplir estas siete propuestas básicas de la acción humana, es decir, son estas las formas básicas del bien” (OLIVEIRA, 2002, p. 66). Por lo tanto, nada evitaría que se agreguen nuevos elementos al rol, aunque Finnis entiende que esta lista cubre todos los propósitos finales involucrados en la acción humana.

La religión es parte de la lista de bienes humanos básicos, en la medida en que es notable la presencia de creencias religiosas en las más diversas sociedades y culturas a nivel mundial, tal y como han percibido innumerables investigadores en los campos de la antropología, la sociología y la psicología social, algunos de los cuales han concluido por la universalidad, humanamente hablando, del fenómeno religioso, proponiendo la existencia de una raíz extracultural, quizá biológica, para ello (APUD; CZACHESZ, 2019; BARRÉT, 2000).

Hay que remarcar que cuando Finnis se refiere a la religión, no se refiere

<sup>4</sup> A pesar de que la lista fue actualizada posteriormente por el autor, se decidió adoptar la presente versión debido a su coherencia y claridad internas

a una tradición específica ni a una organización religiosa. En efecto, al afirmar la religión como un bien humano de valor fundamental, el australiano no tiene la intención de defender ninguna creencia específica, sino defender el aspecto religioso como un aspecto necesario e históricamente verificado de las manifestaciones humanas, incluida la manifestación antiteísta. El vínculo que traza FINNIS (2011) es el de la religión conectada con el sentido de buscar los orígenes de la existencia, el origen trascendente del orden universal de las cosas. La búsqueda del ser humano por conocer la existencia de algún orden que trascienda su individualidad y, luego, adaptarse y actuar de acuerdo a él. Así, si bien, en la búsqueda de responder a este “impulso metafísico”, las diferentes culturas presentan respuestas absolutamente divergentes, “la especulación metafísica sobre un orden supraindividual e irreductible a la experiencia sensible es universal” (PINHEIRO; SOUZA, 2016, p. 80)

Es importante señalar que la universalidad es inherente a estas indagatorias sobre la condición humana, y no a las respuestas multiformes que se les presentan (SGARBI, 2007). Con respecto al bien de la religión, incluso un ateo como Sartré, a pesar de negar la existencia de una entidad divina personal, todavía piensa “estar obligado a actuar con libertad y autenticidad y desear la libertad de otras personas al igual que la tuya”, expresando, “una preocupación por un bien que consiste en una forma de orden irreductiblemente distinta” (FINNIS, 2011, p. 95). Así, el derecho a “no creer” es también una manifestación abarcada por el concepto de religión en Finnis. Por tanto, si se prohibiera la religión y su manifestación, no habría posibilidad de ejercer la *no* religión como derecho, ya que esto sería una imposición. Entonces, hay una dualidad: el derecho a *no* creer solo puede ser un derecho, si la manifestación religiosa es también un derecho; ambos son rostros de una realidad.

Finalmente, Finnis enfatiza que la plena realización de los bienes humanos sólo puede ocurrir en el contexto de la comunidad, lo que implica que el pleno florecimiento de los bienes humanos es el logro del bien común (SGARBI, 2007). Es importante señalar, en este punto, que el concepto de bien común en la tradición tomista-aristotélica no es simplemente el bien de la mayoría, como en la teoría ético-social utilitarista (PINHEIRO; SOUZA, 2016), ni un objetivo comunitario homogeneizador que reprime intereses individuales, sino la realización de los bienes particulares de cada vida humana en sí, “cada persona concreta, no solo en una clase privilegiada, sino en toda la comunidad” (MARITAIN, 1966, p. 54).

Es importante señalar, sin embargo, que el comunitarismo neo-aristotélico no es totalitario, y al reconocimiento de los bienes humanos debe



corresponder la protección de la libertad de cada ser humano para que pueda buscarlos individualmente (FINNIS, 2009). Para el autor, una de las funciones primordiales del Estado de derecho es que, al tener el monopolio del uso de la fuerza y ejercerlo dentro de los límites que se le otorgan, evita que los seres estén sujetos a la discreción de otros, lo que es un requisito para el pleno florecimiento de las virtudes humanas, en la medida en que “los individuos solo pueden ser ellos mismos, es decir, tener la ‘dignidad’ de ser ‘agentes responsables’ – si no se les obliga a vivir sus vidas por la conveniencia de otros, pero que se les permita y se les ayude a crear una identidad duradera para ‘toda la vida’” (FINNIS, 2011). Así, “la tesis ética de la razón práctica y de los bienes humanos básicos [...] se articula con la tesis política de la autoridad del Estado de derecho para promover el bien común” (PINHEIRO; PIMENTEL, 2020, p. 341). En este sentido, “el bien común se realiza por la autoridad de la ley, dándole a esta última razonabilidad práctica. Es decir, la realización, acceso y promoción de los bienes humanos básicos, al configurar el bien común, legitiman la autoridad de la ley” (PINHEIRO; NEIVA, 2019, p. 245).

En este sentido, la protección de las condiciones para el florecimiento del bien básico de la religión se manifiesta, en el plano político, en el establecimiento de un Estado de Derecho laico, no hostil al fenómeno religioso; y, en el campo jurídico, en la libertad amplia de creencia, la cual es un bien instrumental necesario a la consecución del bien común último de todos los miembros de la sociedad, no únicamente de los creyentes.

## 6. Conclusiones

El trabajo identificó que: (i) Los casos que involucran la prohibición del uso de símbolos religiosos islámicos (vestimentas) comúnmente se presentan ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos bajo la supuesta violación del artículo 9 de la Convención; (ii) El Tribunal suele ratificar la prohibición al permitir que las democracias se autodeterminen según su conveniencia para evitar “movimientos fundamentalistas” a quienes no participan de la misma religión (MURDOCH, 2007), lo que refuerza el fundamento secularista; (iii) En el caso de *Dablab vs. Suiza*, rechazado sumariamente bajo el argumento de la “neutralidad confesional y religiosa”, el Tribunal de Estrasburgo decidió que la restricción era válida, considerando el peligro de “conflicto religioso” e influencia sobre los estudiantes; (iv) En la demanda *Sahin vs. Turquía*, la corte turca dijo que el uso del velo se refería a un símbolo político

del Islam, que amenazaba los valores republicanos, secularistas y laicos y el orden civil de Turquía. También llegó a la conclusión de que esa práctica religiosa no absorbe la tolerancia, la igualdad y la no discriminación; (v) En los casos *Dahlab* y *Sabin*, no se discutió si dicha prohibición era proporcional y necesaria ante el legítimo objetivo del Estado de salvaguardar el derecho de terceros; (vi) En el caso *Lautsi*, el Tribunal EDH aceptó los argumentos de la Justicia italiana de que los símbolos formaban parte de la identidad nacional y los valores occidentales, que su pasividad no establece una obligación confesional con el estudiantado y que el pluralismo y la tolerancia necesariamente abarcan diversas visiones del mundo.

Del análisis jurisprudencial realizado se constató que, a excepción de *Lautsi vs. Italia*, el Tribunal EDH ratificó las restricciones a la libertad religiosa al concluir que no hubo violación de las disposiciones de la Convención alegadas por los demandantes, en particular el artículo 9. Además, ante un manifiesto compromiso político laicista, el Tribunal de Estrasburgo hizo un amplio uso de la “Teoría del Margen de Apreciación” de los Estados miembros, otorgándoles una amplia subjetividad discrecional para abordar el asunto en cuestión, legitimando las restricciones, concluyendo que eran proporcionales y necesarias para el fin a lo que se prestaron. No se dió el tratamiento adecuado al hecho de que estas restricciones, en su mayor parte, se daban de manera genérica y sin ninguna disposición en la ley en sentido formal y, aún así, no dejaba lo suficientemente claro y convincente sobre qué fin / bien común sería este que permita frenar la manifestación de creencias, un derecho tan querido por la humanidad.

Así, lo que se señaló fue que, al ratificar las limitaciones a la libertad religiosa y sus manifestaciones públicas, la Corte apoya la consolidación de una “religión civil” en detrimento del derecho a la libre expresión religiosa en el espacio público. Así, el aparato teórico adoptado en esta comunicación sustenta la hipótesis de que el esfuerzo, por parte de los Estados Nacionales, de limitar la expresión de la fe al ámbito privado – por tratarse supuestamente de una cuestión únicamente de carácter privado – demuestra que se ha descuidado un bien humano básico, que está intrínsecamente relacionado con la dignidad humana y la constitución ontológica del individuo, en favor del derecho a la no creencia de terceros y el principio de supuesta neutralidad axiológica del Estado laico.

## Referencias bibliográficas

- AHDAR, R. (2013). Is Secularism Neutral? *Ratio Juris*, 26(3), 404-429.
- AGUIRRE, S. C. (2014) El primer principio de la ley natural, según Finnis-Grisez y Rhonheimer y las lecturas contemporáneas de ‘Summa Theologiae’ i.ii, q. 94, a. 2. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII*, 643-669.
- APUD, I.; CZACHESZ, I. (2019). Creencias, Rituales y Memoria. Una introducción a la Ciencia Cognitiva de la Religión. *Psicología, Conocimiento y Sociedad*, 9(1), 182-204.
- ARMSTRONG, K. (2014). *Fields of Blood: Religion and the History of Violence*. New York. Knopf.
- BARBOSA, J. R. S.; VIANNA, L. O. (2019). Reflexões sobre os limites da expressão religiosa pública no Estado laico brasileiro. *Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise*. v. 3, Porto Alegre. Editora Fi.
- BARRET, J. L. (2000). Exploring the natural foundations of religion. *Trends in Cognitive Sciences*, 4(1), 29-34.
- BERGER, P. (1999). The Desecularization of the World. A Global Overview. In: P. L. Berger (ed.). *The Desecularization of the World. Resurgent Religion and World Politics*. Grand Rapids. W. B. Eerdmans Publishing Co.
- BLACK, M. (1962). *Models and Metaphors*. Ithaca. Cornell University Press.
- BRÉCHON, P. (1995). Institution de la laïcité et déchristianisation de la société française. *Cemoti*, 19.
- CARVALHO, M. (2018). Alternativas para el desafío ético de la hospitalidad: Un diálogo entre el cosmopolitismo, Derrida y Taylor. *Critical Hermeneutics. Biannual International Journal of Philosophy*, 2(1), 129-157.
- CATROGA, F. (2006). *Entre Deuses e Césarés. Secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra. Almedina.
- CULLETON, A.; BRAGATO, F. F.; FAJARDO, S. P. (2009). *Curso de direitos humanos*. São Leopoldo. Unisinos.
- DOUZINAS, C. (2000). *The end of human rights*. London. Hart Publishing.
- FERRAJOLI, L. (2002). La cuestión del embrión entre derecho y moral. *Juezas y Jueces para la Democracia*, 44.
- FINNIS, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. New York. Oxford University Press.
- FINNIS, J.; Grisez, G.; Boyle, J. (1987). Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends. *American Journal of Jurisprudence*, 32(99), 99-151.

- FINNIS, J. (2009). Does Free Exercise of Religion Deserve Constitutional Mention? *American Journal of Jurisprudence*, 54, 41-66.
- FINNIS, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2<sup>nd</sup> ed. New York. Oxford University Press.
- FONSECA, F. T. (2014). *A liberdade religiosa como direito fundamental e a laicização do estado democrático de direito*. Pouso Alegre. FDSM.
- GRISEZ, G. (1965). The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa theologiae, 1-2, Question 94, Article 2. *American Journal of Jurisprudence*, 10(1), 168-201.
- HESSEL, M. (1966). *Models and Analogies in Science*. Notre Dame. University of Notre Dame Press.
- HONNETH, A. (1996). L'antropologia filosófica di Charles Taylor. *Fenomenologia e Società*, 1-2, 25-41.
- HUME, D. (2000). *Tratado da natureza humana*. São Paulo: Unesp.
- JULLIEN, F. (2009). *O diálogo entre as culturas: do universal ao multiculturalismo*. Rio de Janeiro. Zahar.
- KURU, A. T. (2007). Passive and Assertive Secularism: Historical Conditions, Ideological Struggles, and State Policies toward Religion. *World Politics*. 59(4), 567-594.
- MACINTYRE, A. (2007). *After Virtue. A Study in Moral Theory*. 3rd ed. Notre Dame, Indiana. University of Notre Dame Press.
- MARITAIN, J. (1966). *Man and the State*. Chicago. University of Chicago Press.
- MARRAMAO, G. (1998). *Cielo y Tierra. Genealogía de la Secularización*. Buenos Aires. Paidós.
- MENDONÇA, M. T. C. (2018). Introdução ao pensamento de John Finnis e as insuficiências juspositivistas. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, 14, 93-107.
- MENDONÇA, M. T. C. (2021). ¿El Positivismo Jurídico es capaz de fundamentar los Derechos Humanos? Un análisis desde la ética de la Ley Natural, *Revista República y Derecho*, 6(6), 1-25.
- MIRANDA, J. (2014). Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, 7(1).
- OLIVEIRA, E. S. de. (2002). *Bem Comum, Razoabilidade Prática e Direito: a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis*. Porto Alegre: FURG.
- PINHEIRO, V. S.; NEIVA, H. L. M. (2019). Razão Prática, Direito e Bem Comum na Teoria da Lei Natural de John Finnis. *Quaestio Iuris*, 12(2), 240-265.

- PINHEIRO, V. S.; PIMENTEL, M. S. (2020). Secularização, Estado laico e Direito à liberdade religiosa: aproximação da sociologia histórica de Charles Taylor e da Filosofia Jurídica de John Finnis. *Revista Juris Poiesis*, 23(31), 323-353.
- PINHEIRO V. S.; SOUZA, E. B. (2016). A fundamentação ética dos direitos humanos em John Finnis. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, 4(7), 65-83.
- PINK, T. (2013). The Right to Religious Liberty and the Coercion of Belief. A note on Dignitatis humanae. In: J. Keown; R. P. George (eds.). *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis*. Oxford. Oxford University Press (pp. 427-432).
- RHONHEIMER, M. (2009). *Cristianismo y laicidad. Historia y actualidad de una relación compleja*. Madrid. Rialp.
- SANCHES, M. A. (2010). Religião e ciência: o porquê do diálogo. In: L. A. S. Rossi; C. A. Kuzma. *Cultura, religião e sociedade: um diálogo entre diferentes saberes*. Curitiba. Champagnat (pp. 155-167).
- SANTOS JÚNIOR, A. C. (2007). *Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro*. São Paulo. Mackenzie.
- SARMENTO, D. (2006). *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro. Lumen Juris.
- SGARBI, A. (2007). O direito natural revigorado de John Mitchell Finnis. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 102, 661-689.
- TAYLOR, C. (2007). *A Secular Age*. Cambridge, Mass. The Belknap Press of Harvard University Press.
- WEBER, M. (2004). *The Vocation Lectures*. Cambridge. Hackett Publishing Co.
- WEILER, J. H. H. (2012). El crucifijo en las aulas: la libertad de religión y libertad frente a la religión. *Scripta Theologica*, 44, 187-199.
- ZANONE, V. (1998). Laicismo. In: N. Bobbio; N. Mateucci; G. Pasquino (org.). *Diccionario de Política*. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília.



# EUROPA HACIA LA ABOLICIÓN DEL ANONIMATO EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

ESTHER ALBA FERRÉ

SUMARIO: 1. Introducción: la reproducción asistida en la actualidad. – 2. Grandes diferencias en las legislaciones europeas en materia de donación de gametos. – 3. La eliminación del anonimato ante la defensa de los orígenes biológicos en Europa. – 3.1. El derecho a conocer los orígenes biológicos como derecho humano, fundamental y autónomo. – 3.2. Las claves de la Recomendación (2156-2019). – 4. La reforma legal propuesta por el Comité de Bioética de España. – 5. Conclusiones.

## 1. Introducción: la reproducción asistida en la actualidad

La reproducción humana asistida ha tenido un gran impacto en el mundo, naciendo hasta más de ocho millones de niños y muchos de ellos gracias a la donación de gametos. Si tomamos como referencia a España y según datos del Registro Nacional de Actividad 2018 - Registro SEF (en adelante, Sociedad Española de Fertilidad), en el año 2018 se llevaron a cabo un total de 183.437 tratamientos de reproducción asistida y la tasa de nacimientos mediante estas técnicas estaba por encima del 9% del total de los nacimientos que se producen en nuestro país. Incluso en tiempos tan convulsos, como en los que se está viviendo por la pandemia de la Covid-19, se ha producido un aumento de hasta el 50% de los ciclos de reproducción asistida (inseminación artificial, fecundación in vitro –en adelante, FIV–, ovodonación y vitrificación de óvulos) y muchas mujeres han optado por técnicas como la fertilidad femenina.

Desde el nacimiento de Louise Brown en 1978, el primer niño nacido por reproducción humana asistida, las técnicas han evolucionado a gran velocidad, tanto desde un punto de vista tecnológico como por los usos a los que está destinada, ya que se admite la fecundación *post mortem*, la posibilidad de que acudan a estas técnicas mujeres solas, parejas lesbianas o parejas heterosexuales sin necesidad de acreditar problemas de esterilidad o aquellas que tratan de prevenir en fase embrionaria la aparición y transmisión de determinadas enfermedades.

La mayoría de la sociedad acepta en mayor o menor medida las posibilidades que ofrecen estas técnicas, pero es cierto que afectan a lo más profun-

do de las instituciones y valores sociales, alterando muchos de los paradigmas en el ámbito de la paternidad y la familia donde puede ofrecerse el propio gameto de una tercera persona, “lo que nos obliga a preguntarnos si la procreación requiere el respeto de unas condiciones mínimas para que resulte conforme al bien de las partes directamente involucradas”, siguiendo lo dispuesto en el Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos (2020, 7).

En un principio la mayoría de los Estados y en relación con las técnicas heterólogas, esto es, las que utilizan material reproductivo de un tercero, han establecido la regla a favor del anonimato del donante de gametos, restringiendo o eliminando el derecho de los nacidos por estas técnicas a conocer sus orígenes. Por ello, se pretende conocer las características de los contratos de donación de gametos a nivel europeo, para luego examinar en profundidad la tendencia europea relacionada con la eliminación del anonimato de dicha donación. Ante esta situación, se analizará la Recomendación (2156-2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre donación anónima de espermatozoides y ovocitos: sopesando los derechos de los padres, donantes y niños (*Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*), adoptada por el Consejo de Ministros el 9 de octubre de 2019. Y a nivel nacional habrá que abordar en qué medida mantener el régimen legal actual del anonimato del donante de gametos respeta los derechos a la identidad y a conocer el origen biológico de los que es titular el hijo que ha nacido de dichas técnicas. Habrá que tener en cuenta la propuesta de reforma legal que establece el Informe del Comité de Bioética de España, aprobado el 15 de enero del 2020.

## **2. Grandes diferencias en las legislaciones europeas en materia de donación de gametos**

En Europa se observa que existen diferencias entre legislaciones que permiten o las que no la donación anónima de gametos. Las más restrictivas entienden que la libertad o autonomía reproductiva, que permiten estas técnicas, puede entrar en colisión con algunos derechos fundamentales y el Estado debe legislar para evitar cualquier abuso. Alemania ya desde la Ley federal de Protección del Embrión de 1990 no permite la donación anónima de gametos. En este sentido, Italia hace lo mismo con su Ley núm. 4 de 19 de febrero de 2004 reguladora de la Reproducción Asistida Médica.



Las legislaciones más permisivas o flexibles en relación con la donación anónima de gametos son la de Reino Unido, aunque como luego veremos ha dado un gran cambio en su posición, y la de España con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), publicada en BOE núm. 126, de 27/05/2006. Aunque el Tribunal Constitucional español ya en la Sentencia 116/1999 de 17 de junio, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad núm. 376/1989 de la primera Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida, publicada en BOE núm. 282, de 24/11/1988,<sup>1</sup> estableció respecto al anonimato de donantes, que esto no era contrario al art. 39.2 de la Constitución Española (en adelante, CE) que permitía la investigación de la paternidad ya que este artículo no protege el derecho del hijo/a a conocer la identidad del padre, sino que es un derecho para descubrir quién está obligado a prestarle la protección que le es debida, tal y como especifica el art. 39.3.<sup>2</sup>

La Sociedad Española de Fertilidad ha aprobado un documento sobre su posicionamiento respecto a la regla del anonimato en las donaciones de gametos en octubre de 2019 donde considera que con esta Sentencia se constata “que la regla del anonimato de los donantes ha pasado el filtro de la constitucionalidad en aspectos sensibles como son el respeto a los derechos fundamentales y de protección de los nacidos de las técnicas, y tiene, por tanto, un refrendo explícito del Tribunal Constitucional español” (2019, 22).

Nuestro ordenamiento sigue considerando que la donación de material reproductivo tiene la característica de ser anónima en el art. 5.5 de dicha Ley al establecer que “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a

<sup>1</sup> El art. 8.1 de esta Ley de 1988 excluía de los derechos y deberes del donante los relacionados con los hijos nacidos de su donación al decir “Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación”.

<sup>2</sup> El art. 39.2 CE establece “Los poderes públicos aseguran, así mismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad” y el art. 39.3 CE nos recuerda que “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

Este art. 5.5. LTRHA se tiene que poner en relación con el art. 8.3 del mismo texto donde se afirma que la revelación de la identidad del donante en los supuestos que proceda, esto es, en los casos excepcionales, no implica en ningún caso determinación legal de la filiación. Además no hay que olvidar que la conducta consistente en la ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos del donante será una infracción grave según el art. 26.2 b. 5º LTRHA, con la consiguiente multa pecuniaria y revocación de la autorización al centro o servicio de reproducción asistida.

Se considera que España perdió la oportunidad de eliminar el anonimato en esta nueva Ley de 2006 y que hubiese sido el momento oportuno para adecuarse a la tendencia europea ya que sólo excepcionalmente permite revelar la identidad del donante.

Las legislaciones europeas no sólo se diferencian por permitir o no la donación anónima de gametos, sino que existen también diferencias respecto a la donación de gametos masculinos o femeninos. La donación de óvulos está prohibida en Italia, Suiza, Austria y Alemania. En Suecia o Dinamarca, sólo se pueden utilizar óvulos sobrantes al considerarse que el procedimiento de obtención es peligroso para la salud de las donantes o puede producir un comercio de óvulos. España vuelve a ser de las legislaciones más permisivas sin establecer más límites que del mismo donante no nazcan más de seis hijos.

Además de existir estas diferencias, se observa que se está produciendo una evolución en la legislación ya que numerosos países europeos han pasado de permitir el anonimato de la donación de gametos a eliminarlo. En este sentido, Suecia en 1984 con la Ley *Swedish Insemination Act* (en adelante, LSE) núm. 1440 de 22 de diciembre en su art. 4 (actual art. 5 de la Ley núm. 351/2006 sobre integridad genética), que fue pionera como la primera Ley reproductiva en el mundo, eliminó el anonimato de donantes incluso con efectos retroactivos, permitiendo que el niño o niña cuando tuviera suficiente madurez pudiera saber la identidad del donante de esperma. Austria tam-

bién realizó este cambio legislativo con la Ley Núm 275 en 1992 y Holanda en el año 2000.

Así mismo, Reino Unido pasó de una absoluta confidencialidad en las técnicas de reproducción humana asistida desde la legalización de estas prácticas en 1987 y la (UK) *Human Fertilisation and Embriology Authority* (en adelante, HFEA) de 1990 que, aunque incorporó las sugerencias del Informe Warnock, siguió garantizando el anonimato de los donantes; hasta proceder a reconocer el derecho a conocer los orígenes biológicos de los nacidos por reproducción asistida con la sanción *Statutory Instrument* núm. 1511/2004, donde todas las personas nacidas a partir de 2005, cuando alcanzan los dieciocho años, pueden obtener, además de la información sobre las características físicas, étnicas, médicas, profesionales, etc de los donantes, la relativa a su identidad y el último domicilio conocido. Sin embargo, los concebidos antes de esa fecha no podrán obtener información a menos que su donante decida identificarse. En 2008 la legislación británica ha dado un paso más reduciendo la edad mínima de acceso a la información no identificativa a los dieciséis años aunque mantiene los dieciocho para conocer la identidad y permite a los hermanos genéticos encontrarse a partir de la mayoría de edad e incluso que los propios donantes tengan derecho a acceder a cierta información sobre sus descendientes.

Más recientemente, Portugal a través de su Tribunal Constitucional, en la Sentencia núm. 225/2018, de 24 de abril, anula el anonimato y declara inconstitucional el secreto absoluto con respecto a las personas nacidas a consecuencia de un proceso de procreación asistida habiendo recurrido a la donación de gametos o embriones, incluso en las situaciones de gestación subrogada, por entender que violaban los derechos a la identidad personal y al desarrollo de la personalidad. Se puede calificar el cambio de drástico ya que la legislación portuguesa era muy restrictiva en el origen, ya que la Ley portuguesa núm. 32/2006, de julio de reproducción asistida contemplaba el secreto absoluto de los donantes sin excepciones para proteger la vida o la salud de los descendientes salvo por resolución judicial, cosa que si acepta España.

Estas grandes diferencias nos llevan a demandar una legislación común y como indica el Informe del Comité de Bioética de Espala, "... lo deseable sería aprobar una regulación universal básica sobre el anonimato que evite el denominado *forum shopping*, es decir, la práctica consistente en acudir al sistema legal más favorable a las personas que quieran recurrir a dichos servicios" (2020, 7) y parece que "... las posibilidades de alcanzar un acuerdo, al menos europeo, sobre una regulación común del anonimato de la dona-

ción es bastante posible, si atendemos a la posición que casi unánimemente mantiene la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa...” (2020, 9).

Parece que Europa está avanzando de manera inexorable hacia el fin del anonimato para atender la posición de la parte más vulnerable, el niño nacido por estas técnicas.

### **3. La eliminación del anonimato ante la defensa de los orígenes biológicos en Europa**

#### **3.1. El derecho a conocer los orígenes biológicos como derecho humano, fundamental y autónomo**

Si en un principio la regla era el anonimato de las donaciones de gametos, sin embargo, como hemos visto, existe un movimiento en las últimas décadas hacia el reconocimiento de un derecho a conocer los orígenes del hijo, relacionándolo con el derecho a la identidad y al desarrollo personal. Al hablar de los orígenes de una persona se está haciendo referencia a la identidad personal que según FERNÁNDEZ SESSAREGO “... se forja en el pasado, en los orígenes de la persona, atraviesa su presente y se proyecta hacia su futuro” (1992, 113).

IGAREDA GONZÁLEZ afirma que “El derecho a conocer los orígenes biológicos ha sido reconocido como de suficiente importancia como para ser constitutivo de un derecho humano, ya que se considera un elemento esencial del bienestar psíquico de las personas el conocer su procedencia” (2014, 228).

Puede entenderse subsumido el derecho a conocer los orígenes biológicos como parte del derecho a la identidad personal y al desarrollo de la personalidad en el respeto a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma en 1950.

En este sentido hay que tener en cuenta el art. 7 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de los Niños aprobada el 20 de noviembre de 1989 (ratificado por España el 6 de diciembre de 1990 y entrando en vigor el 5 de enero de 1991) cuando reconoce el derecho a conocer a sus padres al decir “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos

de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”. La expresión “en la medida de lo posible” es la que ha justificado que algunas legislaciones no sean tan permisivas y es lo que descarta el carácter absoluto de este derecho, lo que nos remite a la necesidad de ponderar este derecho con otros intereses que sean también dignos de protección.

El art. 8 de esta misma Convención protege la privacidad y la identidad personal del niño al decir “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Así mismo, se puede calificar a este derecho de un derecho fundamental, al responder a los valores y principios de alcance universal. La Carta Europea de los Derechos del Niño en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 en su art. 8.10 reconoce que “Todo niño tiene derecho a la protección de la identidad, y, en su caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de terceras personas”.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000 (2000/C 364/01), que desde el Tratado de Lisboa de 2007 tiene efectos vinculantes, no reconoce expresamente el derecho a conocer los orígenes biológicos pero es cierto que este derecho ha sido entendido en la jurisprudencia internacional y europea como derivado de otros derechos fundamentales, como puede ser el derecho de la dignidad humana (art. 1 de la Carta) y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 7 de la Carta).<sup>3</sup>

El derecho a conocer los orígenes biológicos además de un derecho humano, fundamental, puede tener el carácter de autónomo, al igual que el derecho a la identidad personal del que parte (DE LORENZÍ, 2016, 107) pero dada su complejidad encuentra puntos de contacto con otros derechos como el derecho al nombre, el principio de verdad biológica o de libre investigación de la paternidad, el derecho de la salud, la integridad física y mental, el

<sup>3</sup> El art. 1 de la Carta, bajo el título “Dignidad humana” establece “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. El art. 7 de la misma Carta, bajo el título “Respeto de la vida privada y familiar” establece “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

derecho a la vida o la intimidad y con los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, la igualdad o *favor filii*.

En este mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) protege también el derecho a conocer los orígenes, esto es su verdadera ascendencia y su conexión al desarrollo de la personalidad, pero resaltando que no es un derecho absoluto y que podía estar limitado por otros intereses en juego como la protección de las personas que facilitaron la información, destacando el caso *Odièvre* contra Francia, el caso *Gaskin* contra el Reino Unido, o también, el caso *Menesson* contra Francia, en la cual, aunque con referencia a un supuesto de gestación subrogada, el Tribunal destacó la importancia de la paternidad biológica como componente de la identidad de cada individuo.<sup>4</sup> El TEDH reconoce el derecho de los ciudadanos al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como parte de su derecho a la vida privada, sin que los Estados estén obligados a proporcionar los medios para acceder a estas técnicas como derecho alternativo a la libertad de procrear, especialmente cuando los Estados no pueden garantizar el acceso a gametos donados que depende de la solidaridad (VIDAL MARTÍNEZ, 2011, 186).

Esto le lleva a afirmar a VERDERA IZQUIERDO que este derecho a conocer los orígenes y el derecho a la identidad son "... de carácter relativo y deben ser ponderados en cada uno de los supuestos para comprobar que derecho debe prevalecer, al enfrentarse en dicha cuestión intereses públicos y privados" y pueden conducir a conflictos con el derecho a la intimidad (2019, 192).

Por ello, si el derecho a conocer los orígenes biológicos es una parte o aspecto del derecho a la identidad que nos individualiza y nos diferencia de otros, debe ser especialmente protegido por el Derecho, por lo que todo ser humano tiene derecho a la identidad personal y a poder responder a las preguntas ¿de dónde vengo? o ¿de quién?, guardando una relación con nuestra concepción y nacimiento, y con nuestros progenitores o padres biológicos (GÓMEZ, BENGOCHEA, 2007).

### 3.2. Las claves de la Recomendación (2156-2019)

La Recomendación (2156-2019) de la Asamblea Parlamentaria del Con-

<sup>4</sup> Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: caso *Odièvre v. France*, núm. 42326/9829 de 13 de febrero de 2003, caso *Gaskin v. Reino Unido* (Gran sala) 2007/86 de 4 de diciembre y caso *Menesson c. France* (n.º 65192/11).

sejo de Europa sobre donación anónima de espermatozoides y ovocitos: sopesando los derechos de los padres, donantes y niños (*Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*), adoptada por el Consejo de Ministros el 9 de octubre de 2019, considera que el derecho a conocer los orígenes incluiría el derecho de acceso a la información que permitiría rastrear las raíces, conocer las circunstancias del nacimiento y tener acceso a la certeza de la filiación parental.

El derecho a conocer los orígenes tiene según esta Recomendación las siguientes características:

- Es un derecho autónomo para los niños, ligado al derecho a la identidad y al desarrollo personal y parte integral del derecho al respeto de la vida privada.
- Es un derecho no es absoluto y, por lo tanto, debe equilibrarse con los intereses de las otras partes involucradas en la donación de esperma y ovocitos, principalmente, los donantes o padres legales y también los de las clínicas y prestadores de servicios, así como los intereses de la sociedad y las obligaciones del Estado.

Este equilibrio de los diferentes derechos, intereses y obligaciones es el que ha llevado a justificar desde hace tiempo la defensa del derecho del donante a la privacidad, y por lo tanto, al anonimato del donante. Sin embargo, como hemos visto y como nos recuerda la Recomendación, varios Estados europeos han decidido renunciar al anonimato de los donantes. Incluso esta Recomendación recuerda el caso del Estado de Victoria en Australia donde la abolición del anonimato de los donantes es completa y retrospectiva, llegando a la conclusión que es el Estado el que tiene que proporcionar a las personas concebidas con donantes la oportunidad de acceder a la información, incluida su identificación.

La Asamblea Parlamentaria recomienda que el Comité de Ministros formule recomendaciones a los Estados miembros para mejorar la protección de los derechos de las personas interesadas, centrándose en las más vulnerables como son los hijos concebidos por donantes, incluso anima que estas recomendaciones se conviertan en legalmente vinculantes. La Asamblea considera los principios que deben basarse las recomendaciones son los siguientes:

- Se debe renunciar al anonimato para todas las donaciones futuras de gametos en los Estados miembros del Consejo de Europa y se debe prohibir el uso de espermatozoides y ovocitos donados de forma anónima.
- La identidad del donante se deberá revelar no en el momento del nacimiento, sino cuando el niño concebido cumpla dieciséis o dieciocho años, siendo informado en ese momento idealmente por el Estado, incluyendo la

identidad y cuándo debe iniciarse el contacto con el donante y con los posibles medios hermanos, tras ser orientado adecuadamente.

- La renuncia del anonimato no deberá tener consecuencias legales para la filiación y así será protegido de cualquier solicitud para determinar o reclamar la paternidad o de una herencia.

- El donante debe recibir orientación y asesoramientos adecuados antes de aceptar donar y utilizar gametos y antes de que decidan si aceptan o no el levantamiento del anonimato. No podrá tener derecho a contactar con el hijo.

- Se deberá gestionar un registro nacional de donantes y de personas concebidas por donantes con el fin de facilitar el intercambio de información e imponer un límite superior al número de posibles donaciones por parte de un mismo donante, minimizándose así las posibles relaciones de consanguinidad. Además se debería permitir el intercambio transfronterizo de la información entre los registros nacionales.

- El anonimato de los donantes no debe levantarse retrospectivamente cuando se prometió el anonimato en el momento de la donación excepto por razones médicas o cuando el donante haya dado su consentimiento para el levantamiento del anonimato y su inclusión en el registro de donantes y de personas concebidas por el donante.

El último de los principios puede servirnos de recordatorio importante sobre la naturaleza de la donación de gametos, ya que la Recomendación insiste en que la misma debe seguir siendo un gesto voluntario y altruista con el único objetivo de ayudar a los demás y, por lo tanto, sin ningún beneficio económico o ventaja comparable para el donante.

#### **4. La reforma legal propuesta por el Comité de Bioética de España**

Aunque a nivel nacional no existe un reconocimiento expreso del derecho a conocer los orígenes biológicos, como si existe en la adopción en el art. 180 CC, este derecho cabe inferirse del principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, por lo que se puede considerar, como lo hace RABADÁN SÁNCHEZ-LA FUENTE, que el criterio del anonimato del donante es contrario a la Constitución en la medida que limita de forma injustificada el derecho a conocer sus orígenes biológicos a los nacidos por reproducción asistida (2019, 611).

A la hora de intentar llegar a un equilibrio de los intereses en juego, principalmente enfrentando el anonimato del donante y el derecho a conocer los orígenes biológicos de los hijos, inicialmente se favoreció el derecho a inti-



midad del donante en el art. 5.5 LTRHA. Pero se está produciendo en España un cambio de actitud entre los profesionales de la fertilidad a favor de revelar la identidad del donante. El Grupo de Interés de Psicología de la Sociedad Española de Fertilidad en 2013 ha realizado un primer estudio en España en donantes y receptores de gametos sobre el hipotético levantamiento del anonimato en la identidad de los donantes y los resultados preliminares han reflejado que, desde el punto de vista de los donantes, en mayoría donarían igualmente si se produjera dicho levantamiento de la identidad; mientras que desde el punto de vista de los pacientes receptores, no desearían en absoluto que este levantamiento se produjera.

El Comité de Bioética de Cataluña en su Informe de 24 de febrero de 2016 sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de las personas, señala que las nuevas realidades sociales y los modelos de familia nos abren nuevos interrogantes acerca de las expectativas de las personas implicadas y la discriminación en el derecho a conocer los orígenes biológicos en la reproducción asistida con gametos de donante plantea dilemas éticos importantes. La cualificación como derecho no absoluto ni coercible implica que el ejercicio no se pueda dejar solo a la voluntad del donante, lo que sería poco respetuoso con los intereses de las personas concebidas a partir del recurso de las técnicas de reproducción asistida. El ejercicio del derecho implica un proceso, en la medida que para ejercer el derecho previamente hay que saber la forma de concepción y disponer de la información que alguien debe dar y se exige para lograr mayor transparencia en el conocimiento una mayor responsabilidad en todos los actores que intervienen en la concepción.

El secreto que rodea las circunstancias del nacimiento del niño actúa en detrimento de las relaciones familiares, al ir en contra de los lazos de confianza inherentes en una estructura familiar e interferir en la seguridad del vínculo que todo niño necesita, llegando a considerarse que existe una verdadera necesidad de establecer ciertos vínculos con los progenitores genéticos (IGAREDA GONZÁLEZ, 2014, 242). La abolición del anonimato en la donación de gametos requerirá que sean primero los propios padres los que informen de esta realidad, esto es, la utilización de gametos de un donante en la fecundación de su hijo. Todo ello es esencial porque si los hijos no conocen que su fecundación fue gracias a la reproducción asistida heteróloga, difícilmente podrán decidir si quieren conocer sus verdaderos orígenes. Hay que resaltar que estamos ante un derecho y no una obligación, e incluso se plantea si existe una necesidad del saber o un derecho a saber (IGAREDA GONZÁLEZ, 2014, 244). La clave de priorizar el derecho a conocer los oríge-

nes biológicos será el bienestar de los niños o niñas concebidas con donante de gametos a los que no se les podrá negar su derecho porque revelar la identidad del donante es beneficioso para el bienestar y el interés de estos niños. Sin olvidar que el Estado deberá garantizar este derecho a través del Registro Nacional de Donantes de Gametos que deberá compeler a los centros autorizados a compartir la información de sus bases de datos<sup>5</sup>.

Sin embargo, el documento sobre su posicionamiento respecto a la regla del anonimato en las donaciones de gametos de la Sociedad Española DE FERTILIDAD (2019, 25 y 26) considera en su conclusión 9 que "... tras haber analizado los principales valores que entran a formar parte de los dos cursos extremos (anonimato de la donación frente a la supresión de éste), el menor curso intermedio sería el que intentará salvaguardar el mayor número de valores implicados, esto es, que los padres den a conocer a sus hijos cuál ha sido su origen sin necesidad de romper el anonimato de la donación". Por ello, en la conclusión 10 resalta que "La normativa española de reproducción asistida establece el anonimato de gametos, pero previendo excepciones para salvaguardar la vida y la salud de los hijos nacidos de las técnicas, lo que hace que el sistema tenga flexibilidad. En consecuencia, no está desprotegido el derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad de estos últimos". Termina con la conclusión final 15 dejando clara su postura defensora del anonimato al decir "... no estaría justificada una hipotética eliminación de la regla del anonimato en la donación de gametos, entre otras razones porque perjudicaría de manera notable la atención en España a la población que necesita de gametos de donantes para reproducirse".

Este documento inclina claramente la balanza a favor del derecho a la intimidad del donante al de mantener el anonimato, favoreciendo así a aquellas personas que necesitan de donantes y no a los sujetos más vulnerables como son los hijos nacidos por reproducción asistida quienes no han podido elegir. Se debe hacer una valoración crítica de esta postura porque si aplicamos un juicio de proporcionalidad y considerando ambos derechos fundamentales, el derecho a conocer los orígenes goza de mayor jerarquía que el derecho a la intimidad del donante, lo que nos hace priorizar el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes frente a cualquier otro derecho (ALBA FERRÉ, 2019, 114). En este mismo sentido, ALES URÍA ACEVEDO considera que "hay un derecho a conocer el origen genético propio de carácter indeclinable y fundamental que protege, antes que a los adultos que han decidido libre-

<sup>5</sup> SIRHA es el sistema de Información de Reproducción Humana Asistida, del que forma parte el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones.

mente sobre sus acciones, al niño que no decidió nacer en ciertas circunstancias y que se trata de uno de los derechos fundamentales del art. 10.1 CE” (2012, 450).

Para garantizar el derecho a conocer los orígenes, se puede tener en cuenta lo que propone el Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos de 15 de enero de 2020 en su primera conclusión al recomendar “... una reforma legal del artículo 5.5 de la Ley de reproducción humana asistida que elimine el actual régimen legal de anonimato en la donación de gametos para la reproducción humana asistida”, insistiendo en la irretroactividad del cambio relacionado con la abolición del anonimato y siempre teniendo en cuenta las propuestas de la Recomendación.

Si a partir de ahora la donación de gametos deja de ser anónima, ello podrá reducir el número de donación ya que el donante estará receloso a que se conozca su identidad aunque no tenga consecuencias legales para la filiación. Sin embargo, hará que los donantes sean verdaderamente personas altruistas y ello evitará que sólo donen aquellas personas que lo hagan por razones puramente económicas.

El Informe del Comité de Cataluña insiste en que los ordenamientos han de ser cuidadosos en lo referente a la forma y el momento idóneos para formular el reconocimiento de este derecho a conocer los orígenes, reclamando que se debe contemplar lo que podría conllevar la revelación de los orígenes genéticos y biológicos en algunas personas, para evitar o minimizar los posibles inconvenientes. Se plantea la posibilidad de graduar este derecho, por ejemplo dando al principio datos no identificativos e incluso propone otra posibilidad conocida como solución de “doble vía” que hace depender la eliminación del anonimato de la voluntad del donante. Esta solución consiste en que coexistan donantes anónimos con donantes que no lo sean y que por lo tanto, estén dispuestos a ser identificados en un futuro. Esta solución que puede generar ventajas como la autoregulación, el bienestar de la familia en su conjunto y el reconocimiento de la pluralidad moral; podría ser aceptada en aquellos países que no están obligados a garantizar el derecho a conocer los orígenes biológicos, pero no es el caso ni de los países europeos ni de España (IGAREDA GONZÁLEZ, 2014, 248).

Será necesario no sólo que se produzca una normalización de las técnicas de reproducción asistida y de la posibilidad de identificar el donante, sino que el propio Derecho debe hacerse eco de estas nuevas realidades familiares y permitir e incluir las nuevas formas de pluriparentalidad (IGAREDA GONZÁLEZ, 2014, 248).

Es cierto, como señala la Sociedad Española de Fertilidad, que además de tener en cuenta los aspectos demográficos, clínicos, psicológicos, éticos y legales ante este conflicto, son muchos los valores en juego: la autonomía de los padres y el derecho a la intimidad, el valor de la herencia genética, la intimidad de los donantes, la justicia, la responsabilidad, la calidad y hasta cuestiones económicas (2019), pero entre todos ellos, siempre tenemos que respetar el derecho de los más vulnerables, como es el de los hijos nacidos por la reproducción asistida heteróloga a conocer sus verdaderos orígenes.

## 5. Conclusiones

La reproducción humana asistida es una práctica globalizada que ha evolucionado, no sólo por el desarrollo de la tecnología sino también por los nuevos usos a los que se destina. Cuando interviene un donante de gametos, se separa la paternidad biológica de la paternidad jurídica y surge el conflicto entre el anonimato del donante y el derecho a conocer sus orígenes biológicos de los hijos nacidos por estas técnicas.

En un principio los distintos ordenamientos hacían priorizar la intimidad del donante, atribuyendo a las donaciones de gametos el carácter de anónima. Sin embargo, a nivel europeo no sólo se observan diferencias entre las legislaciones más restrictivas (como Alemania o Italia), que no permiten el anonimato de la donación de gametos, y las más permisivas (como Reino Unido inicialmente y España) que mantienen dicho anonimato, sino que también existen legislaciones que prohíben la donación de óvulos (como en Italia, Suiza, Austria y Alemania) o las que sólo permiten la donación de óvulos sobrantes (como en Suecia y Dinamarca). Además se observa que otras legislaciones están realizando un cambio legal tendente a eliminar el anonimato como característica de la donación de gametos para respetar el derecho a conocer los orígenes biológicos (como ha sucedido en Reino Unido, Suecia, Austria y Holanda).

Estas grandes diferencias nos llevan a demandar una legislación común a nivel europeo que respete el derecho a conocer a los padres sociales y biológicos, establecido en el art. 7 de la Convención de Naciones Unidas, y que proteja la privacidad y a la identidad personal, siguiendo los mandatos del art. 8. La regulación universal básica sobre el anonimato permitiría evitar el *forum shopping*, esto es, la práctica de acudir al sistema legal más favorable.

Parece que existe consenso en este sentido a nivel europeo y que esta regulación común es bastante posible y así lo aconseja la Recomendación de

2019 analizada cuando propone a los Estados miembros del Consejo de Europa la supresión del anonimato, pero sin efectos retroactivos. Por lo tanto, las donaciones de gametos futuras no serán anónimas y será el hijo el que, a partir de la mayoría de edad o de alcanzar la capacidad suficiente, decida acceder a la información del donante e iniciar el contacto con él. Todo ello requerirá que el hijo haya recibido la orientación, asesoramiento y apoyo necesario para tomar la decisión. Al eliminar el anonimato se protegerá al más vulnerable, esto es, al hijo al que se le reconocería el derecho a conocer sus orígenes. No hay que olvidar que es un derecho y no una obligación, que sólo se podrá ejercer si sus padres le informan del método por el que ha sido concebido. Es un derecho humano, fundamental y autónomo, al igual que el derecho a la identidad personal del que es parte pero sin embargo, no es un derecho absoluto lo que hace valorar todos los intereses en juego.

Por ello, es importante que exista un verdadero equilibrio entre todos los sujetos involucrados, no sólo el donante que revelará su identidad pero sin ningún reconocimiento de lazos de filiación, sino también los padres que deberán informar al hijo, el propio hijo que una vez informado quiera ejercer este derecho cuando tenga suficiente madurez y los centros sanitarios que deberán llevar a cabo la donación informando a las partes de sus nuevas características. No hay que olvidar la importante labor que deberá cumplir el Registro Nacional de Donantes porque será quien deberá recopilar los datos y facilitar el acceso a los mismos.

España sigue considerando en el art. 5.5 LTRHA de 2006 que la donación de gametos es anónima. El legislador debía haber aprovechado esta nueva Ley para adaptarse a la tendencia europea consistente en eliminar el anonimato con carácter irretroactivo. Como no lo hizo, se propone la necesidad de reformar este artículo, eliminando el anonimato, como lo aconseja el informe del Comité de Bioética de España en 2020.

Siempre aplicando el criterio legal del bienestar de los niños, se debe equilibrar la balanza a favor del derecho a conocer sus orígenes biológicos de los niños nacidos por reproducción asistida con gametos de un donante, al considerarlo como derecho fundamental y esencial para el ser humano. El tener derecho a conocer la verdad sobre sus orígenes requerirá la eliminación del anonimato, como característica de la donación del material reproductivo, garantizando así el derecho a la identidad genética, situándonos en la defensa de la verdad biológica.

## Referencias bibliográficas

- AA. VV. (2019). *Documento sobre posicionamiento de la Sociedad Española de Fertilidad respecto a la regla del anonimato en las donaciones de gametos*. Fase 20, Madrid, Octubre. pp. 1-32. Disponible en <http://www.sefertilidad.net>. (fecha de consulta: 15 de enero de 2021).
- AA. VV. (2020). *El informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos*, aprobado el 15 de enero de 2020. Disponible en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf> (fecha de consulta: 22 de enero de 2021).
- ALBA FERRÉ, E. (2019). “Una nueva dimensión del derecho a la identidad personal: el derecho a conocer los orígenes biológicos”. en AA.VV. *La persona en el S.XXI. Una visión desde el Derecho*. Aranzadi. Navarra.
- ALES ACEVEDO, M<sup>a</sup> M. (2012). *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- DE LORENZI, M. (2016). “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente? *R.E.D.* S. núm. 8. Enero-Julio. pp. 101-124.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992). *Derecho a la Identidad Personal*. Astrea. Buenos Aires.
- GÓMEZ BENGOCHEA, C. (2007), *Derecho a la identidad y filiación: Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Dykinson. Madrid.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2014). “El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos”. *Derechos y Libertades*. núm. 31. Época II. Junio. pp. 227-249.
- RABADÁN SÁNCHEZ-LA FUENTE, F. (2019). “El derecho a conocer los orígenes biológicos en la reproducción asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. núm. 10 bis. Junio. pp. 586-613.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2019). *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*. Aranzadi. Navarra.
- VIDAL MARTÍNEZ, J. (2011). “Acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso S.H y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo”. *Revista Derecho Genoma Humano*. núm. 32. pp. 155-201.

LA TRASCRIZIONE DEGLI ATTI DI NASCITA  
E IL DIVIETO DI MATERNITÀ SURROGATA:  
UN'INDAGINE COMPARATA  
IN TEMA DI DIRITTI FONDAMENTALI

MARTA GIACOMINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Best interest of the child* e maternità surrogata: le “linee guida” della Corte di Strasburgo. – 2.1. *Segue*. Il riconoscimento della madre intenzionale: la Francia solleva il primo ricorso consultivo alla Corte di Strasburgo. – 3. L'adozione come possibile alternativa. – 4. Conclusioni.

## 1. Introduzione

La surrogazione di maternità delinea un tema complesso che, con i suoi profili giuridici<sup>1</sup>, medici ed etici<sup>2</sup>, stimola un animato dibattito interdisciplinare<sup>3</sup> che si accentua nei Paesi che la vietano.

Si tratta di una tecnica procreativa posta, ripetutamente, al centro di decisioni giudiziarie specie con riguardo alla trascrizione degli atti di nascita stranieri attestanti la maternità – o la paternità – del genitore intenzionale non genetico. La maternità surrogata presuppone, infatti, l'impegno di una donna a condurre una gravidanza per conto di altri e a non esercitare alcun

<sup>1</sup> Il progresso della scienza medica ha permesso nuove tecniche procreative che, incidendo sul processo di formazione della vita, hanno rivoluzionato le regole normative destinate a disciplinare la procreazione e lo *status* giuridico del nascituro diventando, inoltre, oggetto di indagine da parte della comunità scientifica come, d'altronde, dei Tribunali nazionali e delle Corti europee. La letteratura giuridica in argomento è particolarmente ricca. Senza pretesa di esaustività, nell'ambito della dottrina italiana cfr. RODOTÀ (1989, 135 ss.), BALDINI (1999, 100 ss.), ZATTI (2000, 193 ss.), FARAONI (2002) e, più recentemente, D'AMICO, COSTANTINI (2014), D'AMICO (2015, 1 ss.), CRIVELLI (2016, 213 ss.), BIN (2016, 3 ss.), FRANCO (2016, 268 ss.), NICCOLAI, OLIVITO (2017), PEZZINI (2017c, 108 ss.), LIBERALI (2017). In relazione alla letteratura straniera cfr., tra gli altri, SOUTO GALVAN (2005, 275 ss.) RAMSEY (2006, 225 ss.), GAMBLE (2012, 308 ss.), HORSEY, SHELDON (2012, 67 ss.), JOUAN (2017, 35 ss.).

<sup>2</sup> Per un approfondimento dei dibattiti sorti nell'ambito della comunità scientifica e medica v. altresì ZATTI (1995, 43 ss.), SCHAMPS, SOSSON (2013), DAR, LAZER, SWANSON, SILVERMAN, WASSER, MOSKOVITSEV (2015, 345 ss.) e RUIZ-ROBLEDILLO, MOYA-ALBIOL (2016, 187 ss.)

<sup>3</sup> Gli accordi di maternità trattano “questioni di frontiera nel mondo della bioetica”. Così GATTUSO (2017, 7).

diritto genitoriale nei confronti del nascituro. Diversamente da altre procedure di fecondazione artificiale, la surrogazione di maternità richiede un accordo tra soggetti privati e, a seconda del materiale genetico impiegato per la gestazione, crea nuove figure genitoriali svelando, al contempo, questioni giuridiche del tutto peculiari anche in chiave comparatistica<sup>4</sup>.

Il fenomeno della GPA – acronimo di “gestazione per altri”, “gravidanza per altri” o, in francese, “*gestation pour autrui*”<sup>5</sup> – attiene non solo alla riproduzione in senso stretto – come processo che prende avvio dalla fecondazione – ma alla genitorialità intesa, tradizionalmente, come il progetto di accogliere un figlio (o una figlia) assumendosene la responsabilità di accompagnarlo (o accompagnarla) sino al raggiungimento della sua autonomia personale<sup>6</sup>. Un contratto di maternità condiziona, inevitabilmente, tale rappresentazione poiché ammette una madre gestazionale che, consapevolmente, sceglie di condurre una gravidanza destinata ad un progetto, riproduttivo e genitoriale, dal quale è e resterà esclusa<sup>7</sup>.

La conseguente frammentazione dell’identità materna – tra la madre gestazionale, la madre genetica e la madre sociale<sup>8</sup> – coinvolge i rapporti familiari che si determinano attraverso queste inedite figure genitoriali<sup>9</sup> e che stentano a trovare un riconoscimento giuridico<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Vi sono diverse tipologie di surrogazione di maternità: si va da quella “tradizionale”, che prevede l’inseminazione artificiale dell’ovulo della madre surrogata, la quale è anche madre biologica del bambino, a quella gestazionale, in cui la madre surrogata si limita a condurre la gravidanza a seguito dell’impianto di un embrione realizzato *in vitro*. Quest’ultimo può essere geneticamente legato ai genitori committenti o provenire da altre donatrici. Sul punto cfr. DELL’UTRI (2010, 358 ss.).

<sup>5</sup> Per un’analisi sulla definizione e le scelte terminologiche legate alla maternità surrogata cfr. altresì CORTI (2000, 4), LORENZETTI (2011, 617 ss.), PEZZINI (2017a, 6).

<sup>6</sup> Così PEZZINI (2017b, 195 ss.).

<sup>7</sup> Cfr. PEZZINI (2017b, 218 ss.) e PEZZINI (2017c, 108 ss.) ove l’Autrice evidenzia una questione particolarmente delicata e irrisolta, vale a dire la difficoltà di determinare le condizioni che, realisticamente, siano in grado di garantire la libertà della donna e la sua autodeterminazione quando decide di aderire ad un progetto genitoriale altrui.

<sup>8</sup> Nella distinzione dei ruoli, la madre gestazionale coincide con la donna che si assume la gestazione e partorisce, la madre genetica è, normalmente, anonima e mette a disposizione gli ovociti. La madre sociale – anche detta committente – è invece colei che è parte dell’accordo con la madre surrogata e ha espresso la volontà di assumersi la responsabilità genitoriale del bambino. Allo stesso modo, vi può essere l’esistenza di un padre genetico e di un padre sociale. Sul punto cfr. CRIVELLI (2016, 214).

<sup>9</sup> Occorre evidenziare come parte della dottrina eviti di definire la donna che conduce la gravidanza per conto d’altri preferendo l’espressione di “portatrice” a quello di “madre”. Così GATTUSO (2019, 33).

<sup>10</sup> Cfr. CORDIANO (2016, 739 ss.), PALMIERI (2019, 44 ss.).



La disciplina della maternità su commissione è, inoltre, contraddistinta da scelte normative non uniformi. A tale riguardo vi sono numerosi Paesi – europei ed extraeuropei – dove la gestazione per altri è ammessa<sup>11</sup> e che diventano la meta del c.d. turismo procreativo<sup>12</sup>, un fenomeno che provoca ripercussioni di ampia portata, che sovvertono l'idea di filiazione culturalmente radicata e giuridicamente tutelata<sup>13</sup>.

In particolare quando la legislazione nazionale contempla il divieto di maternità surrogata senza, tuttavia, precisare la sorte dello *status filiationis* del minore nato all'estero per mezzo di tale pratica, interviene la giurisprudenza – nazionale ed europea – con decisioni che tendono a ristabilire i rapporti di equilibrio tra il *best interest of the child*<sup>14</sup> e il principio dell'ordine pubblico.

Lasciando a margine le questioni e le criticità che involgono, *ab origine*, gli accordi di maternità, questo scritto si propone, dunque, di avviare una breve riflessione sugli ostacoli legati alla trascrizione degli atti di nascita redatti all'estero a seguito di una *surrogacy* e sulle modalità, elaborate da alcuni Tribunali nazionali e dalla Corte europea dei diritti umani, per assicurare il rispetto dei diritti fondamentali del minore nato da una gestazione altrui.

<sup>11</sup> Senza poter qui affrontare l'argomento, date le limitate finalità di questo lavoro, si ritiene opportuno evidenziare che, nel 2013, il Parlamento europeo ha dedicato un'analisi comparata al fenomeno della *surrogacy*. Lo studio evidenzia come le legislazioni adottate dai Paesi europei contribuiscono a rendere la disciplina normativa della gestazione per altri ancor più farraginoso. In effetti, a fronte di taluni Stati che la proibiscono formalmente (Germania, Francia, Italia, Bulgaria, Malta, Spagna), altri la consentono (Regno Unito e Grecia) oppure scelgono di non autorizzarla espressamente ma neppure di vietarla rendendola, di fatto, agevolmente realizzabile (Belgio, Paesi Bassi, Polonia, Slovenia). Cfr. *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States* (2013).

<sup>12</sup> Per una riflessione sul fenomeno cfr. FLAMIGNI, BORINI (2012, 17 ss.), D'AMICO, COSTANTINI (2014, 220 ss.), LONG, NALDINI (2015, 163).

<sup>13</sup> In tal senso cfr. BOILLET, ROCA I ESCODA, DE LUZE, BRUNET, COTTIER (2018, 7).

<sup>14</sup> L'espressione "superiore, preminente interesse del minore" è ormai consolidata sebbene non sia una traduzione completamente fedele della locuzione inglese "*best interest of the child*" che coincide con i migliori, concreti e più significativi interessi, importanti esigenze e bisogni del minore che si collocano in una posizione di supremazia rispetto a tutti gli altri interessi coinvolti. Oltre alla difficoltà di una traduzione letterale convincente, vi è il problema di qualificare quale sia l'interesse preso in esame. A tale riguardo, la dottrina si interroga sulla portata della sua definizione chiedendosi se debbano essere esaminate le sole conseguenze a breve termine o la sua proiezione futura e quali siano i parametri culturali, etici, psicologici, medici o religiosi a cui un giudice debba o possa riferirsi. Sul punto cfr. ROMBOLI (2014, 505 ss.), LAMARQUE (2016, 77 ss.) e LENTI (2016, 86 ss.).

Al contempo, va ricordato che parte della dottrina ha suggerito di affiancare al migliore interesse del minore la categoria del "miglior interesse dei minori" come parametro universale e astratto. In tal senso cfr. TRIPODINA (2017, 130 ss.).

## 2. *Best interest of the child* e maternità surrogata: le “linee guida” della Corte di Strasburgo

Il ricorso ad una GPA in un Paese ove è consentita incontra, tra le sue immediate conseguenze, l'ostacolo alla trascrizione del certificato di nascita<sup>15</sup>. In questi casi si palesa la difficoltà di conciliare il contenuto dell'atto straniero con la realtà giuridica dello Stato di appartenenza della coppia<sup>16</sup> che, vietando la maternità su commissione, non può assicurarne il riconoscimento<sup>17</sup>.

Si genera allora l'esigenza di individuare, *ex post*<sup>18</sup>, un punto di stabilità tra il preminente interesse del minore e il limite generale dell'ordine pubblico internazionale<sup>19</sup> al quale la giurisprudenza italiana<sup>20</sup>, francese<sup>21</sup> e spagnola<sup>22</sup> pone costante rinvio. L'ordine pubblico internazionale costituisce, infatti,

<sup>15</sup> Cfr. RAGNI (2016, 6 ss.).

<sup>16</sup> Gli accordi di maternità conclusi all'estero sono “stretti nel difficile equilibrio tra il rispetto della legge e l'interesse del minore a mantenere un legame familiare già instaurato, ancorché illegittimo”. Così CRIVELLI (2016, 213)

<sup>17</sup> Sulle modalità utilizzate per assicurare, in questi casi, il preminente interesse del minore v. CINQUE (2017, 1490), la quale, nella prospettiva italiana, in commento alla sent. Cass. Civ., 22 giugno 2016, n. 12962, palesa la necessità di un intervento del legislatore al fine di consolidare una linea interpretativa condivisa.

<sup>18</sup> Per comprendere meglio i termini della questione, pare opportuno evidenziare che la maternità surrogata può essere analizzata secondo due prospettive. La prima prende in esame il fenomeno della GPA *ex ante* distinguendo tra gli accordi di maternità a titolo gratuito da quelli stretti a titolo oneroso. La seconda prospettiva esamina, invece, il fenomeno *ex post*, ossia quando il bambino è già nato, all'estero, da una madre surrogata e i genitori, cc.dd. committenti o di intenzione, chiedono il riconoscimento dello *status filiationis* nello Stato di appartenenza. Per un'analisi del fenomeno cfr. NICCOLAI (2017, 193 ss.) e OLIVITO (2017, 9 ss.).

<sup>19</sup> Per un approfondimento in merito alle diverse opinioni espresse sul difficile bilanciamento tra gli interessi pubblici, le leggi che governano la bioetica e il rispetto dei diritti fondamentali, cfr. MATHIEU (2009, 81 ss.). Sull'analisi della nozione di “ordine pubblico” rispetto alla garanzia dei principi fondamentali coinvolti negli accordi di maternità cfr. TRIPODINA (2017, 119 ss.), ANGELINI (2017b, 206 ss.).

<sup>20</sup> A tale riguardo giova richiamare la giurisprudenza della Corte di cassazione italiana che, nel 2016, ha identificato l'ordine pubblico con i principi supremi dell'ordinamento attraverso una “costituzionalizzazione” dello stesso (SALERNO, 2018, 275 ss.) per poi fare un “passo indietro” nel 2019 (FERRARI 2020, 16 ss. e TESCARO 2020, 37 ss.). Cfr. Sent. Cass. Civ. n. 19599 del 2016, Cass. Civ. SS.UU. n. 12193 del 2019, sent. Cass. Civ. nn. 7668 del 2020 e ordinanza di remissione n. 8325 del 2020.

<sup>21</sup> Cfr. *Cour de cassation*, 6 aprile 2011, n. 09-66.484, n. 09-17.130, n. 10-19.053, *Cour de cassation*, 13 settembre 2013, n. 12-18.315, n. 12-30.138.

<sup>22</sup> Cfr. *Tribunal Supremo*, 6 febbraio 2014, n. 835/2013, *Tribunal Supremo, Sala de lo Civil*, 2 maggio 2015, n. 245/2012.

il limite al riconoscimento degli atti e delle discipline straniere<sup>23</sup> e, proprio per questo, i certificati di nascita formati all'estero a seguito di una pratica gestazionale vietata nell'ordinamento di riferimento non possono essere sempre trascritti<sup>24</sup>.

A fronte del silenzio del legislatore, negli ultimi anni, è soccorsa la giurisprudenza della Corte Edu orientandosi verso un'interpretazione più estensiva del limite di ordine pubblico internazionale anche alla luce dell'assoluta prevalenza dell'interesse del minore<sup>25</sup>. La Corte di Strasburgo è spesso intervenuta in difesa dei diritti fondamentali del bambino e delle aspettative alla genitorialità della coppia committente, specie in relazione al rispetto alla vita privata e al diritto all'identità personale del minore<sup>26</sup>. Proprio al fine di tutelare il preminente interesse del minore e riconoscere il suo rapporto con i genitori committenti, la Corte ha focalizzato l'attenzione sulla coesistenza di due elementi: il legame biologico con almeno uno dei due genitori d'intenzione e l'esistenza di un rapporto genitoriale consolidato.

Questi presupposti hanno così orientato i giudici di Strasburgo in occasione della nota causa *Paradiso e Campanelli*<sup>27</sup>. La vicenda vedeva una coppia italiana che, dinanzi al divieto imposto dall'art. 12 della legge n. 40 del 2004, affermava di aver sottoscritto un accordo di maternità surrogata in Russia. Una volta rientrata in Italia non aveva, però, potuto trascrivere l'atto di nascita ed era stata sottoposta ad un procedimento penale, per falso in atto pubblico, per l'assenza di una corrispondenza genetica tra la coppia e il minore, tant'è che il bambino era stato reso adottabile<sup>28</sup>.

I coniugi portarono il caso all'attenzione della Corte Edu che, in una prima decisione del 2015, condannò l'Italia per violazione del diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, ai sensi dell'art. 8 della Cedu, per poi mutare il proprio

<sup>23</sup> In materia di ordine pubblico la letteratura giuridica è copiosa. A sintesi, davvero minima, cfr., tra gli altri, PALADIN (1965, 130 ss.), LAVAGNA (1967, 359 ss.), ALLEGRETTI (1976, 473 ss.), CERRI (1990, 1 ss.) e, più recentemente, ANGELINI (2006, 3988 ss.).

<sup>24</sup> Cfr. ANGELINI (2017a, 37) ove l'Autrice evidenzia come il divieto alla surrogazione di maternità sia posto a tutela della relazione materna e, come il principio *mater semper certa est*, sia riconducibile ai principi fondamentali dell'ordinamento tutelati dal limite dell'ordine pubblico "a difesa dei propri valori e della propria coerenza interna".

<sup>25</sup> Per un approfondimento sulla clausola dell'ordine pubblico in presenza del contrapposto interesse del minore si rinvia a BARUFFI (2018, 247 ss.).

<sup>26</sup> La centralità della protezione riservata alla vita privata e familiare risiede nel fatto che l'art. 8 della Cedu tutela altresì la dignità, l'autonomia e la dignità degli individui rispetto alle ingerenze statali. Sul punto cfr. BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (2012, 297 ss.).

<sup>27</sup> Cfr. Corte Edu, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12.

<sup>28</sup> Cfr. Sent. Cass. Civ. n. 24001 del 2014.

orientamento con la sentenza definitiva della *Grande Chambre*. In vero, la decisione del 2017 ha stabilito che, in difetto di un rapporto genetico tra i coniugi e il minore, considerata peraltro la breve durata della relazione e l'incertezza giuridica nella quale versavano i rispettivi rapporti nati da una condotta illecita dei coniugi *Paradiso e Campanelli*, il provvedimento preso dalle autorità italiane fosse compatibile con l'art. 8 della Convenzione<sup>29</sup>. Superando il suo precedente, la *Grande Chambre* ha, quindi, escluso l'esistenza di una vita familiare *de facto*<sup>30</sup> e ha riconosciuto che la scelta di allontanare il minore non fosse illegittima poiché tesa a garantire la tutela del suo preminente interesse<sup>31</sup>.

Una vicenda parzialmente analoga ha visto protagonista la Francia con le sentenze gemelle *Menesson e Labassée* del 2014<sup>32</sup>. In quest'occasione la Corte di Strasburgo si è pronunciata sul caso che ha coinvolto due coppie francesi le quali, a fronte del divieto agli accordi di maternità su commissione, codificato all'art. 16-7 del *Code civil*, si erano recate negli Stati Uniti dove tale operazione è ammessa. Al rientro in Francia, fu negata la trascrizione del certificato di nascita, denunciando una frode ai danni della legge francese.

I coniugi ricorsero, pertanto, alla Corte Edu che, per la prima volta, applicò il richiamato principio del *best interest of the child* e condannò la Francia per violazione dell'art. 8 della Cedu<sup>33</sup>. Nonostante la decisione di condanna, non fu imposto il riconoscimento degli atti di nascita. In effetti, il

<sup>29</sup> Cfr. RANDAZZO (2017, 1 ss.).

<sup>30</sup> Per un'analisi del ragionamento che ha condotto la *Grande Chambre* a negare l'esistenza di una vita familiare, cfr. GERVAZI (2017, 1 ss.) e MASCIOTTA (2017, 1 ss.).

<sup>31</sup> La Corte di Strasburgo aveva ritenuto che il provvedimento di allontanamento del bambino fosse stato preso allo scopo di porre fine a una situazione di illegalità poiché i ricorrenti avevano violato la normativa italiana sulla procreazione medicalmente assistita e sull'adozione di minori. La Corte, sostenendo che, in questo genere di cause, "i giudici nazionali devono esaminare questioni difficili di bilanciamento degli interessi del minore da una parte e delle esigenze dell'ordine pubblico dall'altra" ha affermato che, nel caso di specie, la necessità di rimediare ad una situazione illegittima non fosse, da sola, sufficiente a giustificare l'adozione di una qualsiasi misura restrittiva, in quanto lo Stato è investito del compito di salvaguardare l'interesse del minore – che prescinde dall'origine del rapporto di parentela, sia essa biologica o di altra natura.

<sup>32</sup> Corte Edu, *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11 e *Labassée c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11.

<sup>33</sup> I giudici di Strasburgo sostennero, infatti, che il rifiuto della Francia di riconoscere la filiazione paterna, qualora corrisponda alla verità biologica viola il diritto al rispetto della vita privata dei bambini ed è contrario al loro superiore interesse conducendo, peraltro, ad una ingerenza statale nel diritto dei minori al rispetto della loro vita privata non necessaria in una società democratica (cfr. Paragrafo 43).

giudice convenzionale si limitò ad accertare come, sui temi di carattere etico, i Paesi del Consiglio d'Europa dispongano di un ampio margine di apprezzamento e di discrezionalità destinato a ridursi qualora le autorità nazionali limitino i diritti dei nati attraverso una GPA<sup>34</sup>.

Ecco dunque che, nelle pieghe delle vicende umane che sottendevano le questioni di diritto presentate alla Corte Edu, è possibile individuare un nuovo approccio per la difesa dei diritti fondamentali e la protezione dei minori. Difatti, dalle parole della Corte, nella decisione *Paradiso e Campanelli*, si comprende che, quando la relazione affettiva nasca da una condotta illecita, abbia avuto una breve durata e difetti della correlazione genetica con entrambi i genitori d'intenzione, possa escludersi il riconoscimento di una relazione familiare *de facto* senza infrangere l'art. 8 della Cedu. Al contempo, le sentenze gemelle *Menesson e Labassée*, richiamando il *best interest of the child*, hanno evidenziato l'evoluzione dei concetti di "vita familiare" e manifestato la carenza di strumenti preordinati alla tutela dei diritti fondamentali del bambino, nato da una surrogazione di maternità, e delle aspettative alla genitorialità della coppia committente.

### **2.1. Segue. Il riconoscimento della madre intenzionale: la Francia solleva il primo ricorso consultivo alla Corte di Strasburgo**

La vicenda dei coniugi *Menesson* è proseguita diventando, nel 2019, oggetto del primo ricorso consultivo alla Corte europea dei diritti umani<sup>35</sup>. Come noto, il protocollo n. 16 – chiamato anche "protocollo del dialogo"<sup>36</sup> –

<sup>34</sup> Il margine di apprezzamento – come metodo di interpretazione della Convenzione – è affermato dalla Corte Edu sia per un'esigenza funzionale, poiché riconosce che le autorità nazionali dispongono di una migliore conoscenza delle circostanze e delle condizioni locali di applicazione della Cedu, sia per un'esigenza ideologica volta all'uniforme protezione dei diritti. Sul punto v. RANDAZZO (2012, 85 ss.), ove l'Autrice evidenzia come l'ampiezza del margine di apprezzamento riservata agli Stati vari a seconda dei diritti, del contesto e del livello di omogeneità degli ordinamenti. Il giudice convenzionale, in assenza di un consenso internazionale, prende infatti atto dei differenti livelli di tutela esistenti rimettendo, dunque, alla sfera di discrezionalità degli Stati membri la scelta di garantire o meno una determinata prestazione o, come in questo caso, una posizione soggettiva.

Per una ricostruzione della nascita e dell'evoluzione giurisprudenziale della dottrina cfr. DONATI, MILAZZO (2003, 65 ss.)

<sup>35</sup> La letteratura giuridica sulla portata del Protocollo n. 16 e in commento al primo parere consultivo pronunciato nel 2019 dalla Corte Edu è già copiosa. Senza pretesa di esaustività cfr., tra gli altri, LAMARQUE (2015), ANRO (2018), CRIVELLI (2014, 145 ss.), CANNIZZARO (2015, 83 ss.), ZAGREBELSKY (2015, 91 ss.), GUAZZAROTTI (2016, 381 ss.), CRIVELLI (2018, 719 ss.), MARGUENAUD (2018), FULCHIRON (2019, 1084 ss.), LIBERALI (2019, 197 ss.).

<sup>36</sup> La sua vocazione dialogica era stata sostenuta anche dal Presidente della Corte europea

consente, alle più alte giurisdizioni<sup>37</sup>, di ricorrere incidentalmente alla Corte Edu per chiedere un parere su questioni di principio attinenti all'applicazione o all'interpretazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Cedu e dai suoi protocolli. Si tratta di un meccanismo concepito con il duplice intento di offrire agli Stati firmatari uno strumento per prevenire future violazioni conferendo alla Corte europea un ruolo di guida<sup>38</sup> per i giudici nazionali nell'applicazione delle regole convenzionali.

È stata in questa prospettiva dialogica e di difesa dei diritti garantiti dalla Convenzione, che si è orientata la *Cour de cassation* in occasione del rinvio interpretativo; la Francia, pioniera<sup>39</sup> nell'applicazione del protocollo opzionale, ha, pertanto, attirato su di sé l'attenzione per la questione di merito che sottendeva il rinvio e riapriva la “saga giurisprudenziale francese” (Lecis, 2019, 1)<sup>40</sup> sulla trascrizione degli atti di nascita dei figli nati all'estero attraverso la *gestation pour autrui*.

La richiesta, inoltrata dalla *Cour de cassation* nel 2018<sup>41</sup>, si muoveva dalla difficoltà di riconoscere giuridicamente il legame di filiazione materna con le figlie gemelle nate dalla GPA. Nei casi di maternità su commissione, infatti, il legame di filiazione di linea paterna è agevolmente riconoscibile – poiché corrisponde alla verità biologica – diversamente dal legame materno in cui la madre committente è diversa rispetto a quella partoriente<sup>42</sup>.

L'ordinamento francese, come del resto quello italiano e spagnolo, è pri-

Spielmann che aveva scelto di chiamarlo “*Protocole du dialogue*”. Cfr. Discorso del Presidente della Corte Edu Dean Spielmann (2013).

<sup>37</sup> Sul ruolo della Corte costituzionale italiana, come “alta giurisdizione” nel dialogo con la Corte di Strasburgo alla luce del protocollo n. 16 cfr. POLLICINO (2015, 17 ss.).

<sup>38</sup> Cfr. CANNIZZARO (2015, 83).

<sup>39</sup> Così MARGUENAUD (2018, 847).

<sup>40</sup> Cfr. LECIS (2019, 1 ss.).

<sup>41</sup> Cfr. *Cour de cassation*, Decisione interlocutoria, n. 638. [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/638\\_5\\_40365.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/638_5_40365.html).

<sup>42</sup> In realtà, per il diritto francese, “madre” è solo la donna che partorisce e, di conseguenza, la madre portatrice, ferma restando, dal 2017, la possibilità per il coniuge del padre di adottare il bambino. La *Cour de cassation*, con le sentenze del 5 luglio 2017 (cfr. *Cour de cassation* n. 15/28.597, n. 16/16.901, n. 16/50.025, n. 16/16.455) aveva chiarito che, in relazione al contenuto dell'art. 47 del *Code civil* e dell'art. 8 della Cedu, non è ammissibile la trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero tramite una GPA nei confronti della madre sociale mentre, nello spirito delle citate sentenze di Strasburgo del 2014, era pienamente riconosciuta la trascrizione del minore come figlio del padre biologico. Al contempo, la *Cour de cassation* aveva riconosciuto alla madre sociale, moglie del padre biologico, la possibilità di chiedere l'adozione del bambino. Sul tema cfr. LEROYER (2018, 377) e CHENEDE (2017, 375).

vo di uno strumento giuridico preordinato a riconoscere una maternità diversa da quella naturale o adottiva lasciando, perciò, “scoperto” lo *status* giuridico della madre intenzionale che voglia ritagliarsi un ruolo diverso rispetto a quello di madre adottiva. Ciò chiarisce perché, nel 2014, la vicenda *Menesson* fosse solo apparentemente conclusa.

Senza addentrarsi nella procedura di ricorso consultivo, *ex* protocollo n. 16, si vogliono evidenziare le soluzioni offerte dalla Corte di Strasburgo per superare l'ostacolo al riconoscimento della madre d'intenzione nell'atto di nascita<sup>43</sup>.

La richiesta di parere è stata trasmessa dalla *Cour de cassation* il 5 ottobre 2018 sollevando alla *Grande Chambre* due questioni. Con la prima, la *Cour de cassation* ha domandato se, il rifiuto dello Stato a trascrivere il certificato di nascita di un bambino nato all'estero al termine di una maternità surrogata, dal momento che indica come sua “madre legale” la “madre intenzionale”, superi il margine di apprezzamento ai sensi dell'art. 8 della Cedu. La seconda questione, posta in termini eventuali, chiedeva se la possibilità della madre intenzionale di adottare il figlio del coniuge – padre biologico – soddisfacesse i requisiti del citato art. 8.

I quesiti che, per la loro formulazione, sembravano esprimere “nascita” o “metamorfosi” del diritto al riconoscimento del legame genitoriale in relazione ad un caso già esaminato<sup>44</sup> hanno ricevuto una celere risposta<sup>45</sup> arrivata il 10 aprile 2019<sup>46</sup>.

Il parere ha, innanzitutto, evocato il preminente interesse del minore e il margine di apprezzamento di cui dispone ciascuno Stato per poi esaminare gli effetti che si sarebbero potuti verificare per il mancato riconoscimento del legame di filiazione materna<sup>47</sup>. La *Grande Chambre* ha, allora, risposto affer-

<sup>43</sup> Sul tema, per le indicazioni in merito alle diverse opinioni espresse sul ruolo della madre committente, cfr. lo studio di NICCOLAI (2018), la quale riflette sull'opportunità di ribaltare l'idea del conflitto tra surrogazione di maternità e principio *mater semper certa* presupponendo che non sia il principio *mater semper certa* ad impedire l'accordo alla madre committente e portarlo a termine ma, al contrario, ciò che glielo rende possibile.

<sup>44</sup> Così DEUMIER (2019, 228).

<sup>45</sup> Cfr. BORDEAUX (2019, 218) il quale sostiene che in ragione del tema affrontato e del fatto che si è trattato del primo parere, il ricorso ha beneficiato di un “*traitement prioritaire*”.

<sup>46</sup> Cfr. Corte Edu, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n. P16-2018-001.

<sup>47</sup> A tale riguardo, la *Grande Chambre* ha posto l'accento sulla difficoltà di definizione del superiore interesse del bambino segnalando come, l'assenza di un legame giuridico con la madre d'intenzione, ponga i minori in una posizione di incertezza giuridica lesiva della loro

mativamente al primo quesito ritenendo che l'assoluta impossibilità di stabilire il legame di filiazione con la madre committente potrebbe dirsi incompatibile con il superiore interesse del bambino al punto da poter offrire il riconoscimento di detto legame.

Orientandosi al secondo quesito, i giudici di Strasburgo hanno precisato che alla necessità del riconoscimento dello *status filiationis* con la madre non corrisponda un obbligo alla trascrizione del certificato di nascita. In armonia al margine di apprezzamento riconosciuto ai singoli Stati e al preminente interesse del bambino, i giudici di Strasburgo hanno considerato che la registrazione dell'atto di nascita non sia l'unico strumento di tutela potendosi, ad esso, affiancare la procedura di adozione purché consenta una protezione tempestiva ed efficace dell'interesse del minore<sup>48</sup>.

La Corte non ha imposto il riconoscimento della madre d'intenzione nell'atto di nascita. Anche in questa occasione è stata evidenziata l'esigenza di mezzi di tutela, a salvaguardia della relazione tra il minore e la madre committente, suggerendo il procedimento di adozione a condizione che produca effetti simili a quelli del riconoscimento nell'atto di nascita.

### 3. L'adozione come possibile alternativa

Il procedimento argomentativo della Corte Edu, relativo alla trascrizione di un atto di nascita straniero che attesti il legame di filiazione tra il minore e il genitore non biologico, ha permesso di individuare alcuni principi a presidio dei diritti fondamentali.

identità personale e del diritto alla conoscenza delle proprie origini. Un interesse che, per la Corte di Strasburgo, esige l'esame di ogni situazione in considerazione delle circostanze particolari che lo caratterizzano. La Corte nel considerare che "*l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise*" mantiene un atteggiamento cauto e circoscritto alle particolari circostanze del caso di studio che possono ridurre il margine di apprezzamento affermando che "*lorsque la situation est par ailleurs similaire à celle dont il est question dans ce litige, la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut a fortiori dans un tel cas*". Cfr. Paragrafi 42 e 47.

<sup>48</sup> Secondo il parere della Corte non è necessario che il riconoscimento della relazione tra madre e figlio avvenga fin dalla nascita del bambino, ma quando questa si sia tradotta in una realtà concreta e, a tale riguardo, una soluzione per riconoscere tale legame potrebbe essere la già prospettata richiesta di adozione. Cfr. Paragrafi 50 e 51.



A tale riguardo, al netto dei diversi orientamenti, le decisioni dei Tribunali nazionali rispecchiano una diffusa sensibilità giuridica preordinata verso aspirazioni comuni. Difatti, gli Stati che vietano la maternità su commissione convergono nell'intento di offrire certezza dei rapporti tra lo stato civile del figlio e i genitori legali tendendo, in assenza di una previsione legislativa sul riconoscimento degli effetti della GPA all'estero, a dare preferenza all'istituto dell'adozione in casi particolari.

Questo orientamento è stato ugualmente condiviso dal *Tribunal Supremo* quando, nel 2014, ha affrontato la questione dell'ammissibilità della trascrizione della filiazione di due bambini nati negli Stati Uniti a seguito di una gestazione altrui<sup>49</sup>.

Nelle more del giudizio di primo grado, i giudici spagnoli hanno ritenuto che il divieto imposto dall'art. 10 della legge n. 14 del 2006<sup>50</sup> integri un principio di ordine pubblico internazionale con il quale confligge l'atto di nascita straniero. Il Tribunale di Valencia ha, perciò, stabilito che il certificato non potesse essere trascritto ma, al contempo, ha sostenuto che, in presenza di una relazione genitoriale di fatto, fosse possibile ricorrere all'adozione<sup>51</sup>.

La decisione, confermata in sede di appello, è stata in seguito l'oggetto di un ricorso in Cassazione che, in virtù dell'indefettibile limite dell'ordine pubblico internazionale, ha negato la trascrizione del certificato straniero individuando, comunque, altre modalità per l'attribuzione della genitorialità, come l'affidamento familiare e l'adozione.

Il *Tribunal Supremo* ha, infine, riesaminato la questione nell'ambito di un giudizio di *incidente de nulidad de actuaciones* avviato dalla coppia per verificare se si fossero lesi i diritti fondamentali alla luce delle decisioni *Menesson e Labassée*<sup>52</sup>. Pur con argomentazioni parzialmente differenti, anche in questa decisione, i giudici hanno ribadito il rifiuto alla trascrizione dell'atto di nascita ritenendo che un equilibrato bilanciamento tra la tutela dei minori e dei loro genitori d'intenzione, da una parte, e l'interesse generale dell'ordinamento, dall'altra, possa dirsi soddisfatto mediante l'istituto dell'adozione<sup>53</sup>.

Allo stesso modo, in forza del margine di apprezzamento dei Paesi contraenti evocato dalla Corte Edu, in Italia, una recente sentenza delle Sezioni

<sup>49</sup> Cfr. *Tribunal Supremo, Sala de lo Civil*, 6 febbraio 2014, n. 835/2013.

<sup>50</sup> Cfr. *Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*.

<sup>51</sup> Sulla maternità surrogata in Spagna cfr. MARTINEZ-PEREDARODRIGUEZ, MASSIGOGEBENEGIU (1994, 19 ss.); GARCIA COSTA (2015, 409 ss.); VILAR GONZALEZ (2018, 59 ss.).

<sup>52</sup> Cfr. *Tribunal Supremo, Sala de lo Civil*, 2 febbraio 2015, n. 245/2012.

<sup>53</sup> Per una ricognizione sulla trascrivibilità dei certificati di nascita nella giurisprudenza spagnola cfr. PALMIERI (2015, 199 ss.).

Unite della Corte di cassazione è pervenuta a conclusioni affini. La sentenza n. 12193 del 2019 ha, in effetti, stabilito che la trascrizione di un atto di nascita redatto all'estero, in seguito di una GPA, è contrario all'ordine pubblico internazionale e ha ribadito la necessità di individuare strumenti tesi a garantire la posizione del nato una volta che la coppia committente abbia fatto ricorso alla surrogazione di maternità<sup>54</sup>.

Emerge così il riferimento all'istituto dell'adozione al quale aveva analogamente rinviato la Corte costituzionale italiana quando, precedentemente al parere consultivo, nella sentenza n. 272 del 2017, aveva ritenuto che l'adozione in casi particolari garantisse al minore una tutela adeguata<sup>55</sup>. Il percorso argomentativo seguito dalla *Grande Chambre* ricalca quello della Consulta che, nella sentenza del 2017, aveva rigettato una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Milano con riguardo alla posizione giuridica di un minore nato all'estero attraverso una surrogazione di maternità e che lamentava come la *ratio* dell'art. 263 c.c. fosse troppo rigida, facendo coincidere l'interesse del minore e il c.d. *favor veritatis*. Dopo aver richiamato la giurisprudenza costituzionale in materia<sup>56</sup>, come pure quella della Cassazione e della Corte di Strasburgo, anche i giudici della Consulta hanno affermato che se, da una parte, non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga sull'interesse del minore, dall'altra, si esclude che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro<sup>57</sup>. In questa prospettiva, la Corte costituzionale ha dichiarato che, pur mantenendo l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, l'interesse superiore del bambino alla continuità di *status* genitoriale possa essere assicurato con l'istituto dell'adozione in casi particolari.

Il Giudice costituzionale italiano ha, pertanto, sancito che non esiste alcun automatismo in forza della norma di cui all'art. 263 c.c., poiché è compito del giudice valutare, caso per caso, gli interessi in gioco, al fine di accertare se il *favor veritatis* possa, in concreto, arrecare un pregiudizio al minore che, diversamente, potrebbe avere interesse a conservare lo *status* acquisito sebbene non corrispondente al vero<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. TONOLO (2017).

<sup>55</sup> Cfr. LAMARQUE (2017), ANGELINI (2018), AGOSTA (2018, 79 ss.)

<sup>56</sup> La decisione in commento rinvia, in particolare, alla sent. n. 162/2014 nella quale la Corte ha confermato il divieto alla surrogazione di maternità nel nostro ordinamento. In commento alla sentenza v. D'AMICO (2014, 13 ss.), VIOLINI (2014, 1 ss.), RUGGERI (2014, 1 ss.)

<sup>57</sup> Cfr. Considerato in diritto 4.3.

<sup>58</sup> In tal proposito, la decisione afferma che "se l'interesse alla verità abbia anche natura

In realtà, la decisione del 2017 si inserisce in una lunga serie giurisprudenziale, maturata negli ultimi anni sia dalla Consulta che dalla Corte di cassazione, in tema di trascrizione degli atti di nascita formati all'estero nella quale rientra la recente pronuncia n. 230/2020<sup>59</sup>. Con questa sentenza la Corte ha stabilito che, in Italia, l'atto di nascita di un bambino nato nell'ambito di una coppia lesbica può riportare solo il nome della madre che lo ha partorito, mentre la compagna di quest'ultima – in quanto priva di legami genetici con il minore – potrà avviare un processo di adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983.

#### 4. Conclusioni

I rimedi elaborati per superare l'incompatibilità della gestazione surrogata all'estero con le norme cogenti degli ordinamenti giuridici che la vietano costituiscono un osservatorio per esaminare i diritti fondamentali del minore e i principi di effettività e di garanzia che li presiedono. La giurisprudenza di Strasburgo e quella dei Tribunali nazionali offre numerosi spunti di riflessione che contribuiscono a delineare quello che la Corte Edu ha definito il *best interest of the child*.

La richiamata giurisprudenza italiana, francese e spagnola conferma, ancora una volta, come la disciplina della GPA solleciti considerazioni di ampio respiro, tangenti al dialogo tra i giudici, alla discrezionalità del legislatore e alla tutela multilivello dei diritti.

In questa prospettiva si evidenzia come le procedure di riconoscimento degli atti di nascita stranieri, nei Paesi in cui vige il divieto di maternità surrogata, siano profondamente in divenire e si distinguano in ossequio al *best interest of the child*.

Dalla giurisprudenza e dal parere consultivo della Corte di Strasburgo, si deduce che la possibilità di riconoscere lo *status filiationis*, a fronte del divie-

pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità. Vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. In altri il legislatore impone, all'opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata. Ma l'interesse del minore non è per questo cancellato". Considerato in diritto 4.2.

<sup>59</sup> Cfr. SPATOLA (2020, 105 ss.) e PICCHI (2021, 2 ss.)

to di maternità surrogata, non possa essere affermata apoditticamente. L'ordinamento dovrà invece prendere atto della relazione genitoriale e garantire il suo sviluppo e la sua protezione facendo ricorso ai diversi istituti che lo consentano e alla rilevanza assunta, in materia, dai principi generali. Sarà, quindi, necessario decidere, caso per caso, se il miglior interesse del minore coincida con il riconoscimento del legame di filiazione con il genitore d'intenzione – non genetico – ovvero con l'adozione in casi particolari.

Questa tendenza trova conferma nella soluzione offerta dal *Tribunal Supremo* nel 2014 e nella recente giurisprudenza francese della *Cour de cassation* che, dopo aver ricevuto il parere consultivo della *Grande Chambre*, se ne è discostata<sup>60</sup>. Invero, la *Cour de cassation* ha valutato come, nel caso *Mennesson*, la relazione familiare si fosse consolidata da oltre quindici anni ritenendo, di conseguenza, che la procedura dell'adozione, ipotizzata dal giudice convenzionale, avrebbe violato in misura sproporzionata la vita privata delle due figlie gemelle ormai maggiorenni. Per tali ragioni è stato valutato che, in assenza di altre soluzioni che consentissero di riconoscere il legame di filiazione, fosse preferibile la trascrizione dell'atto.

Le riflessioni sul tema sono, in ogni caso, protese ad inediti scenari che si apriranno con le pronunce dei Tribunali nazionali e delle Corti costituzionali ed europee che, sempre più frequentemente, affrontano le questioni inerenti agli accordi di maternità surrogata orientandosi a possibili soluzioni di segno opposto in parallelo all'evoluzione della coscienza sociale<sup>61</sup>.

In questo contesto, si aggiungerà presto un nuovo tassello non appena sarà depositata la sentenza la Corte costituzionale italiana sull'ordinanza di remissione n. 8325 del 2020 con la quale la Corte di cassazione ha sollevato una questione di legittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita in una delle sue norme più controverse: quella che puni-

<sup>60</sup> Cfr. *Cour de cassation* n. 648/10-19.053 – Assemblée plénière – 4 ottobre 2019.

<sup>61</sup> In questo senso, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 221/2019, si è soffermata sul ruolo assunto dall'evoluzione della coscienza sociale. In verità, la Corte ha assegnato un rilievo peculiare agli "orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico". Cfr. Considerato in diritto 13.1.

A parere di chi scrive, questa considerazione si potrebbe allineare coerentemente con le tendenze seguite, negli ultimi anni, dalle Corti europee e dai Tribunali nazionali in materia di gestazione per altri. Non si può, infatti, negare come il ruolo assunto dal mutamento sociale e culturale abbia influito su una più ampia interpretazione di "vita familiare", "interesse del minore" e anche di "ordine pubblico" destinati, pertanto, a mutare ancora.

In relazione ai profili legati all'evoluzione della coscienza sociale richiamati dalla sentenza n. 221/2019, cfr. LIBERALI (2020, 534 ss.)

sce “chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità” (art. 12, comma 6, legge n. 40/2004)<sup>62</sup>.

L'ordinanza di remissione metteva in discussione la regola di diritto vivente, elaborata nel 2019 dalla citata sentenza delle Sezioni Unite, argomentando come l'istituto dell'adozione non fosse adeguato alle previsioni del parere consultivo della *Grande Chambre* del 9 aprile 2019. Nel caso di specie, la questione di legittimità non risalta tanto in relazione al tema della surrogazione di maternità, bensì alla peculiare argomentazione posta a sostegno dei dubbi formulati dal giudice *a quo* e che apre l'orizzonte a possibili nuove modalità di riconoscimento dello *status filiationis*. Riunita il 27 gennaio scorso, la Corte ha ritenuto che l'attuale quadro giuridico non assicuri gli interessi del bambino nato con la maternità surrogata e ha affermato di non poter intervenire nel doveroso rispetto della discrezionalità legislativa.

Si dovranno attendere le motivazioni della sentenza per conoscere il percorso argomentativo seguito dai giudici della Consulta che, a differenza di quanto è accaduto in altre occasioni<sup>63</sup>, non ha differito la discussione della questione di legittimità sottoposta al suo giudizio, in attesa di un intervento del Parlamento, ma ha dichiarato l'inammissibilità della questione esortando, in ogni caso, il legislatore a trovare nuove forme di tutela per il bambino e, quindi, anche dello *status filiationis*.

## Riferimenti bibliografici

- AGOSTA, S. (2018). *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri. Quaderni costituzionali*.
- ALLEGRETTI, U. (1976). *Ordine pubblico e libertà costituzionali. Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, n. 1/1976.
- ANGELINI, F. (2006). *Ordine pubblico* (voce). Cassese, S. (a cura di). *Dizionario di diritto pubblico*. Giuffrè. Milano.
- ANGELINI, F. (2017a). *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un per-*

<sup>62</sup> Per un commento all'ordinanza di remissione v. LECIS (2020) e SALAZAR (2020).

<sup>63</sup> A tale riguardo cfr. l'ordinanza n. 207 del 2018 con la quale la Corte costituzionale aveva rinviato al 24 settembre 2019 la decisione sulla conformità ai parametri costituzionali della fattispecie di aiuto al suicidio, nelle ipotesi in cui l'assistenza sia solo di tipo materiale e non incida sul proposito suicidario del soggetto e, più recentemente, l'ordinanza n. 132 del 2020 con la quale la Corte, investita della questione di legittimità delle norme che puniscono con la reclusione la diffamazione a mezzo stampa, ha deciso di concedere un anno di tempo al Parlamento per consentirgli di intervenire.

- corso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto". Niccolai, S.; Olivito, E. (a cura di). *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionali*. Jovene. Napoli.
- ANGELINI, F. (2017b). *La clausola dell'ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia bioetica. Il caso della maternità surrogata*. Fattibene, R. (a cura di). *La diagnosi genetica preimpianto fra normativa e giurisprudenza*. ESI. Napoli.
- ANGELINI, F. (2018). *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, <https://www.costituzionalismo.it>, n. 1/2018.
- ANRÒ, I. (2018). *Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le corti?*. *Eurojus*.
- BALDINI, G. (1999). *Tecnologie riproduttive e prolebi giuridici*. Giappichelli. Torino.
- BARTOLE, S.; DE SENA, P.; ZAGREBELSKY, V. (2012). *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Cedam. Padova.
- BARUFFI, M.C. (2018). *La maternità surrogata nel diritto internazionale privato alla luce della CEDU*. G. Caggiano (a cura di). *Integrazione europea e sovranazionalità*. Cacucci Editore. Bari.
- BERDEAUX, F. (2019). «*Ô Droit! Suspend ton vol!*», quand la Cour de cassation sursoit à statuer sur la transcription des actes de naissance des enfants nés à l'étranger par GPA ou PMA. *AJ Famille*.
- BIANCA, M. (2019). *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*. *Famiglia*.
- BIANCA, M. (2020). *Il Revirement della Cassazione dopo la decisione a Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato*. <https://www.giudicedonna.it>, n. 2/2020.
- BIN, R. (2016). *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*. *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016.
- BOILLET, V.; ROCA I ESCODA, M.; LUZE, E.; BRUNET, L.; COTTIER, M. (2018). *La gestation pour autrui, approches juridiques internationales*. Anthemis. Wavre.
- BRUNET, L.; CARRUTHERS, J.; DAVAKI, K.; KING, D.; MARZO, C.; MCCANDLESS, J. (2013). *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2013)474403)
- CANNIZZARO, E. (2015). *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?*. Lamarque, E. (a cura di). *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Giappichelli. Torino.
- CERRI, A. (1990). *Ordine pubblico (diritto costituzionale)* (voce). *Enciclopedia giuridica*. XXII. Istituto dell'Enciclopedia Italiana. Roma.
- CHÉNEDÉ, F. (2017). *De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du code civil*. *AJ Famille*.

- CHIEFFI, L.; SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R. (2015). *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo. Quaderni di bioetica*. Mimesis. Centro Universitario di Ricerca bioetica. Milano.
- CINQUE, M. (2017). *Quale statuto per il "genitore sociale"?*. *Rivista di diritto civile*, n. 6/2017.
- CORDIANO, A. (2016). *La tutela dell'interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali*. AA.VV. *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*. Almedina. Coimbra.
- CORSO, G. (1980). *Ordine pubblico* (voce), in *Enciclopedia del diritto*. XX. Giuffrè. Milano.
- CORTI, I. (2000). *La maternità per sostituzione*. Giuffrè. Milano.
- CRIVELLI, E. (2013). *I protocolli n. 15 e n. 16 alla Cedu: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*. *Quaderni costituzionali*, n. 4/2013.
- CRIVELLI, E. (2014). *Il protocollo n. 16 della Cedu: la tutela dei diritti nella prospettiva del nuovo rinvio interpretativo alla Corte di Strasburgo*. Pedrazza Gorlero, M. (a cura di). *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*. ESI. Napoli.
- CRIVELLI, E. (2016). *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed effettività*. AA.VV. *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*. ESI. Napoli.
- CRIVELLI, E. (2018). *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*. *Quaderni costituzionali*, n. 3/2018.
- CRIVELLI, E. (2020). *La Corte Edu richiama in sede giurisdizionale la prima Advisory opinion: un incentivo per l'Italia a ratificare il Protocollo 16?*. *Quaderni costituzionali*, n. 2/2020.
- D'AMICO, M.; COSTANTINI, M.P. (2014). *L'illegittimità costituzionale del divieto di "fecondazione eterologa"*. *Analisi critica e materiali*. FrancoAngeli. Milano.
- D'AMICO, M. (2015). *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*. *Forum di Quaderni costituzionali*. <https://www.forumcostituzionale.it>.
- DAR, S.; LAZER, T.; SWANSON, S.; SILVERMAN, J.; WASSER, C.; MOSKOVITSEV, S. I. (2015). *Assisted reproduction involving gestational surrogacy: an analysis of the medical, psychosocial and legal issues: experience from a large surrogacy program*. *Hum Reprod*.
- DELL'UTRI, M. (2010). *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*. *Giurisprudenza di merito*, n. 2/2010.
- DEUMIER, P. (2019). *Première demande d'avis à la CEDH: vers une jurisprudence «augmentée»?*. *Recueil Dalloz*.
- Discorso del Presidente della Corte Edu Dean Spielmann alla 123<sup>a</sup> Sessione del Comitato dei Ministri, 16 maggio 2013. <https://www.echr.coe.int>.
- DISTEFANO, M. (2015). *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile "puzzle" da ricomporre*. *GenIUS*, n. 1/2015.
- DONATI, F.; MILAZZO, P. (2003). *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Falzea, P.; Spadaro, A.; Ventura, L. (a cura di). *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*. Giappichelli. Torino.

- FARAONI, A.B. (2002). *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*. Giuffrè. Torino.
- FERRARI, F. (2020). *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni condivisibili 'passi indietro' della Corte di cassazione in tema di PMA*. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020.
- FLAMIGNI, C.; BORINI, A. (2012). *Fecondazione e(s)terologa*. L'Asino d'oro. Roma.
- FLICK, G.M. (2017). *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*. *Rivista AIC*, n. 1/2017.
- FRANCO, V. (2016). *Gestazione per altri e bioetica*. *Bioetica*, n. 1/2016.
- FULCHIRON, H. (2019). *Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme: un dialogue exemplaire?.* *Recueil Dalloz*.
- GAMBLE, N. (2012). *Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework*. *International Family Law*.
- GARCIA COSTA, F.M. (2015). *Problemática constitucional de la maternidad subrogada*. Chieffi, L.; Salcedo Hernández, J.R. (a cura di). *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*. Mimesis. Centro Universitario di Ricerca bioetica. Milano.
- GATTUSO, M. (2017). *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*. <https://www.giudicedonna.it>, n. 1/2017.
- GATTUSO, M. (2019). *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in Caielli, M.; Pezzini, B.; Schillaci, A. (a cura di). *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, in *Collana "Studi di Genere. Convegni"* – Vol. 5, CIRSDe – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere. Università degli Studi di Torino.
- GERVASI, M. (2017). *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*. *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017.
- GUAZZAROTTI, G. (2016). *La costituzionalizzazione della Cedu e della sua Corte: la (dis)illusione di un'unione sempre più stretta*. *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2016.
- HORSEY, K.; SHELDON, S. (2012). *Still Hazy After All These Years: The Law Regulating Surrogacy*. *Med Law Rev.*
- JOUAN, M. (2017). *L'acceptabilité morale de la gestation pour autrui. Les enseignements de la gestation pour soi au service de plus de justice*. *La Découverte - Travail, genre et sociétés*, n. 38.
- LAMARQUE, E. (2009). *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*. Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009. <https://www.cortecostituzionale.it>.
- LAMARQUE, E. (2015). *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da*



- parte delle più alte giurisdizioni nazionali. *Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Giappichelli. Torino.
- LAMARQUE, E. (2016). *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*. FrancoAngeli. Milano.
- LAMARQUE, E. (2017). *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*. <https://www.giudicedonna.it>, n. 1/2017.
- LAVAGNA, C. (1967). *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali. Democrazia e diritto*.
- LECIS A.M. (2019). *GPA e trascrizione degli atti di nascita: la Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU*. <https://www.diritticomparati.it/>
- LECIS, A.M. (2020). *Una nuova frontiera del dialogo tra giurisdizioni: la Cassazione rimette alla Corte costituzionale una q.l.c. fondata sul parere consultivo della Corte Edu in materia di GPA*. <https://www.diritticomparati.it>.
- LENTI, L. (2016). *Note critiche in tema di interesse del minore*. *Rivista di diritto civile*, n. 1/2016.
- LEROYER, A.M. (2018). *GPA: toujours la même et mauvaise solution refusant la transcription de la filiation maternelle d'intention*. *Revue trimestrielle de droit civil*.
- LIBERALI, B. (2017). *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*. Giuffrè. Milano.
- LIBERALI, B. (2019). *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*. *Osservatorio AIC*, n. 5/2019.
- LIBERALI, B. (2020). *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile diritto a procreare?*. *Studium Iuris*, n. 5/2020.
- LONG, J.; NALDINI, M. (2015). *"Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche*. *GenIUS*, n. 2/2015.
- LORENZETTI, A. (2011). *Maternità surrogata* (voce). *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Utet. Torino.
- MARGUÉNAUD, J.P. (2018). *L'affaire Mennesson à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation*. *Revue trimestrielle de droit civil*.
- MARTÍNEZ-PEREDARODRÍGUEZ, J.M.; MASSIGOGEBENEGUI, J.M. (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*. Dykinson. Madrid.
- MASCIOTTA C. (2017). *La Grande Chambre pone un freno alla forza espansiva della "vita familiare": uno stop all'attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia*. *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2017.
- MATHIEU, B. (2009). *La bioéthique*. Dalloz. Paris.

- NICCOLAI, S.; Olivito, E. (2017). *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*. ESI. Napoli.
- NICCOLAI, S. (2017). *Diamo alla maternità quel che le spetta*. Niccolai, S.; Olivito, E. (a cura di). *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*. ESI. Napoli.
- NICCOLAI, S. (2018). *Principio Mater Semper Certa in dialettica, per riscoprire il valore del materno*, in *Cirsde. Un progetto che continua, Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere*. Centro Studi interdisciplinare di ricerche e studi di genere dell'Università degli Studi di Torino.
- OLIVITO, E. (2017). *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*. Niccolai, S.; Olivito, E. (a cura di). *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*. ESI. Napoli.
- PALADIN, L. (1965). *Ordine pubblico* (voce). *Nuovissimo Digesto*, XI. Utet. Torino.
- PALMIERI, G. (2015). *Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n. 835/2013 del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012)*. *GenIus*, n. 2/2015.
- PALMERI, G. (2019). *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*. Caielli, M; Pezzini, B.; Schillaci, A. (a cura di). *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSDe – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere dell'Università degli Studi di Torino.
- PEZZINI, B. (2017a). *Introduzione, Focus: Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*. *GenIus*, n. 2/2017.
- PEZZINI, B. (2017b). *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*. <https://www.-costituzionalismi.it>, n. 1/2017.
- PEZZINI, B. (2017c). *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*. Niccolai, S.; Olivito, E. (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*. Jovene. Napoli.
- PICCHI, M. (2021). *"Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*. *Forum di Quaderni costituzionali*, <https://www.forumcostituzionale.it> n. 1/2021.
- POLLICINO, O. (2015). *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte di Strasburgo ex Prot. 16 Cedu?.* Lamarque, E. (a cura di). *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Giappichelli. Torino.
- RAGNI, C. (2016). *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*. *GenIus*, n. 1/2016.

- RAMSEY, J. (2006). *Paying for Reproduction – The Case Against Paid Surrogacy*. *Juridical Review*.
- RANDAZZO, B. (2012). *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*. Giuffrè. Milano.
- RANDAZZO, B. (2017). *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*. *Rivista AIC*, n. 1/2017.
- RODOTÀ, S. (1989). *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*. Fernando, G. (a cura di). *La procreazione artificiale tra etica e diritto*. Cedam. Padova.
- ROMBOLI, S. (2014). *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*. AA.VV. *La famiglia davanti ai suoi giudici*. ESI. Napoli.
- RUGGERI, A. (2014). *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*. *Forum di Quaderni Costituzionali*. <http://www.forumcostituzionale.it>.
- RUGGERI, A.; SALAZAR, C. (2017). «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone. *Consulta Online*. <https://www.giurcost.org>.
- RUIZ-ROBLEDILLO, N.; MOYA-ALBIOL, L. (2016). *Gestational surrogacy: Psychosocial aspects*. *Psychosocial Intervention*, 25, n. 3/2016.
- SALAZAR, C. (2020). *La maternità surrogata al vaglio della Corte costituzionale: riflessioni sull'ord. n. 8325/2020 della Corte di cassazione*. <https://www.giudicedonna.it>, n. 2/2020.
- SALERNO, F. (2018). *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*. *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, n. 2/2018.
- SCHAMPS, G.; SOSSON, J. (2013). *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*. Bruylant. Bruxelles.
- SOUTO GALVÁN, B. (2005). *Aproximacion al estudio de la gestacion de sustitucion desde la perspectiva del bioderecho*. *Foro. Nueva época*, n. 1/2005.
- SPATOLA, S. (2020). *Il giudice delle leggi dice "no" al riconoscimento dell'omogenitorialità per via estensiva: non è la Corte costituzionale il luogo ma il Parlamento. A margine della sentenza n. 230 del 2020 della Consulta*. *Federalismi.it*, n. 35/2020. <https://www.federalismi.it>.
- TESCARO, M. (2020). *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*. *Nuovo diritto civile*, n. 1/2020.
- TONOLO, S. (2017). *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello 'status' da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*. *Rivista di diritto internazionale*, n. 4/2017.
- TRIPODINA, C. (2017). *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione*

dell'“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi). Niccolai, S.; Olivito, E. (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*. Jovene. Napoli.

VILAR GONZÁLEZ, S. (2018). *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*. Wolters Kluwer. Barcellona.

VIOLINI, L. (2014). *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*. Osservatorio AIC, n. 2/2014.

VIVIANI, A. (2017). *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le “famiglie di fatto”?*. GenIUS, n. 1/2017.

VIZZONI, L. (2015). *Quando il “best interest” del minore azzerava la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso “Paradiso e Campanelli contro Italia”*. Jus civile, n. 11/2015.

ZAGREBELSKY, V. (2015). *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*. Lamarque, E. (a cura di). *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Giappichelli. Torino.

ZANON, N. (2017). *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*. Rivista AIC, n. 4/2017.

ZATTI, P. (1995). *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*. Rivista di diritto civile, n. 1/1995.

ZATTI, P. (2000). *Maternità e surrogazione*. Nuova giurisprudenza civile commentata, II.

# IL LINGUAGGIO DELL'ODIO ANTISEMITA E NEGAZIONISTA TRA ITALIA E GERMANIA: UNO SGUARDO ALLE "RADICI" DELL'UNIONE EUROPEA\*

NANNEREL FIANO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'antisemitismo oggi. – 3. Il diritto italiano alla prova dell'antisemitismo. – 4. L'aggravante di negazionismo nell'ordinamento italiano. – 5. La disciplina costituzionale tedesca sui discorsi d'odio. – 6. La disciplina relativa all'incitamento all'odio nel codice penale tedesco. – 7. La c.d. "Auschwitzlüge". – 8. La *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*. – 9. Il vuoto normativo italiano in punto di *hate speech online*. – 10. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Se nel contesto italiano la Costituzione può considerarsi, rispetto al periodo nazifascista<sup>1</sup>, il prodotto di una memoria<sup>2</sup>, con riferimento alla più ampia dimensione europea l'Olocausto, fatto storico che si interseca ampiamente (seppur non totalmente) con il fenomeno attuale dell'antisemitismo, è diventato quasi la matrice memoriale, la "metafora del ventesimo secolo" (DI GIOVANE, 2005, XXVII), in tal modo interessando fortemente le "radici" dell'Unione Europea<sup>3</sup>.

Tanto premesso, il presente lavoro si propone di indagare il tema dell'antisemitismo e del negazionismo tra Italia e Germania, focalizzando l'attenzione non solo sulla diffusione dell'odio antisemita *onlife*, ma anche *online*, non mancando, peraltro, di considerare le modalità con cui i due Paesi stanno cercando di regolamentare tale forma d'odio sul *web*.

Il riferimento all'ordinamento tedesco sembra potersi giustificare alla luce del fatto che, come è stato affermato, la Germania offre spunti interessanti per uno studio sull'*hate speech*<sup>4</sup>.

\* Questo contributo ha ricevuto il premio *ex aequo* come migliore relazione del V congresso internazionale del Seminario Italospagnolo "Europa, Società aperta".

<sup>1</sup> Sul complesso tema della continuità tra regime e avvento della Costituzione repubblicana si veda D'AMICO (2019, 219 e ss).

<sup>2</sup> Cfr. sul punto LAURO (2018, 125-126). Per un'analisi sulla Memoria istituzionalizzata si veda MASTROMARINO (2018).

<sup>3</sup> Sulla memoria collettiva dell'Olocausto si veda TERUEL LOZANO (2014, 1-6).

<sup>4</sup> Cfr. BRUGGER (2003, 2).

Risalterebbe, in questo senso, il rumore della drammatica storia tedesca, connotata da quegli “orrendi crimini d’odio” (BRUGGER, 2003, 2) che hanno preceduto l’entrata in vigore della Costituzione di Bonn nel 1949.

## 2. L’antisemitismo oggi

Tanto chiarito, l’antisemitismo, l’odio per “quel nemico storico che è l’ebreo, considerato in quanto tale”, (SANTERINI, 2020) costituisce, come si anticipava in apertura, una forma d’odio che ha radici molto antiche<sup>5</sup>.

Se un tempo quella percezione degli ebrei che può essere espressa come odio per gli ebrei<sup>6</sup> non poteva che manifestarsi nel mondo *offline*, ad oggi la problematica legata all’antisemitismo conosce, purtroppo, un’importante diffusione nel mondo dei *social media*<sup>7</sup>, anche sotto forma di un linguaggio codificato e allusivo<sup>8</sup>.

Le “manifestazioni di antisemitismo verbali e fisiche, che possono essere dirette verso gli ebrei o i non ebrei e/o alle loro proprietà, verso istituzioni comunitarie ebraiche ed edifici utilizzati per il culto”<sup>9</sup> possono estrinsecarsi egualmente sia in rete che nella realtà “fisica”.

In particolare, di recente, l’odio antisemita ha conosciuto sul *web* una notevole diffusione a causa dell’esplosione dell’emergenza sanitaria<sup>10</sup>.

Alla crescita dell’odio nei confronti degli ebrei è stata contrapposta la figura del Coordinatore per la lotta all’antisemitismo<sup>11</sup>, in piena conformità alle indicazioni provenienti dal Parlamento europeo, che, nella Risoluzione del primo giugno 2017 sulla lotta contro l’antisemitismo<sup>12</sup>, invitava gli Stati membri a nominare coordinatori nazionali per combattere l’odio contro gli ebrei<sup>13</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. LUZZATO VOGHERA (1994); LUZZATO VOGHERA (2021).

<sup>6</sup> Si tratta della definizione operativa di antisemitismo che è stata approvata a Bucarest il 26 maggio 2016 dalla Plenaria dell’*International Holocaust Remembrance Alliance*.

<sup>7</sup> Sulla scarsa produzione di studi sull’antisemitismo *online* si veda BECKER (2019).

<sup>8</sup> BECKER (2019). Per un recente studio sulla diffusione dell’antisemitismo *online* si veda lo studio svolto dal *Network contagion research* institute pubblicato nel 2020 e dal titolo “*Antisemitic Disinformation: A study of the Online Dissemination of Anti-Jewish Conspiracy Theories*”.

<sup>9</sup> Si tratta sempre della definizione operativa di antisemitismo.

<sup>10</sup> <https://www.osservatorioantisemitismo.it/episodi-di-antisemitismo-in-italia/twitter-posts-cospirativisti-anti-ebraici-e-omofobi/>.

<sup>11</sup> Nella persona della Prof.ssa Milena Santerini.

<sup>12</sup> Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 1° giugno 2017 sulla lotta contro l’antisemitismo (2017/2692(RSP)), consultabile sul sito [www.europarl.eu](http://www.europarl.eu).

<sup>13</sup> Si veda il p.to 5 della Risoluzione.

Inoltre, nel mese di gennaio 2021 è stato pubblicato un Manuale per l'uso pratico della definizione operativa dell'IHRA di antisemitismo<sup>14</sup>, poco sopra riportata.

In un contesto in cui l'antisemitismo in Italia e in Europa si diffonde sempre più<sup>15</sup>, la più tragica manifestazione dell'odio antisemita, l'Olocausto di matrice nazifascista, diventa sempre più oggetto di tesi negazioniste.

Per tale motivo risulta oggi del tutto significativo indagare sulle forme di repressione del c.d. negazionismo<sup>16</sup>, le quali impongono di ritornare a riflettere “sulla tragedia del nazifascismo e sulle fondamenta degli ordinamenti europei risorti alla democrazia dopo il secondo conflitto mondiale” (VIGEVANI, 2014, 4).

### **3. Il diritto italiano alla prova dell'antisemitismo**

Con riferimento agli strumenti normativi esistenti in materia di lotta all'antisemitismo, il primo e più risalente è certamente rappresentato dalla XII disposizione costituzionale<sup>17</sup>.

Rileva con tutta evidenza, quale corollario, la legge c.d. Scelba del 20 giugno 1952, n. 645 (“*Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione*”), finalizzata alla repressione penale della riorganizzazione del disciolto partito fascista, dell'apologia del fascismo e delle manifestazioni fasciste<sup>18</sup>.

Qualche anno dopo, per far fronte al fenomeno dello squadristo fascista, il Parlamento era intervenuto con la legge 22 maggio 1975, n. 152, così irrigidendo ulteriormente la disciplina della c.d. legge Scelba<sup>19</sup>; successivamente, con la legge 13 ottobre 1975, n. 654 (“*Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966*”), è stata ratificata e resa esecutiva la la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale.

<sup>14</sup> <https://www.osservatorioantisemitismo.it/approfondimenti/nuovo-manuale-per-luso-pratico-della-definizione-operativa-ibra-di-antisemitismo/>.

<sup>15</sup> Cfr. SANTERINI (2021, 141 e ss).

<sup>16</sup> Cfr., tra gli altri, PULITANÒ (2015, 10).

<sup>17</sup> Per un commento si veda PEZZINI (2019, 2015 e ss).

<sup>18</sup> Sulla legge in questione si è espresso il Giudice delle leggi in corte cost. 26 gennaio 1957, n. 1 e corte cost. 6 dicembre 1958, n. 74.

<sup>19</sup> Per una disamina della norma si veda SPIGNO (2018, 190, nota n. 154).

Ancora, uno strumento significativo di lotta all'apologia di fascismo e alla diffusione di idee basate sull'idea della superiorità razziale è rappresentato dalla legge 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. legge Mancino, rubricata "*Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*").

La norma prevede la reclusione di chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, o di chi incita alla discriminazione o all'odio o commette violenza o atti di provocazione alla violenza, per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nonché il divieto di ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento<sup>20</sup> alla discriminazione, all'odio o alla violenza per gli stessi motivi sopra riportati.

Del tutto significativamente, con l'entrata in vigore della legge 16 giugno 2016, n. 115 ("*Modifiche all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6,7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale*") modificata poco dopo dalla legge 20 novembre 2017, n. 167 ("*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2017*") è stata recepita - secondo parte della dottrina, in modo non del tutto ortodosso<sup>21</sup> - la decisione quadro 2008/913 GAI<sup>22</sup>.

In tale occasione, è stata attribuita rilevanza penale alle affermazioni negazioniste della Shoah.

Risale al 2017 anche la presentazione del d.d.l Fiano<sup>23</sup>, il quale si proponeva di punire il crimine di "*Propaganda del regime nazista e nazifascista*", introducendo nel codice penale l'art. 293-*bis*, cioè la previsione della pena della reclusione, da sei mesi a due anni, nei confronti di chi "*propaganda le immagini o i contenuti propri del partito fascista o del partito nazionalsocialista tedesco, ovvero delle relative ideologie, anche solo attraverso la produzione, distribuzione, diffusione o vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli a essi chiaramente riferiti, ovvero ne richiama pubblicamente la simbologia o la gestualità*"<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Sulla criminalizzazione dell'incitamento si veda GOMETZ (2017, 14, nota n. 37).

<sup>21</sup> SPATTI (2017, 232).

<sup>22</sup> Per una attenta costruzione del "framework" eurounitario in questione si veda PUGLISI (2016, 4).

<sup>23</sup> Per un commento si veda MORELLI (2017).

<sup>24</sup> Secondo parte della dottrina, le fattispecie considerate dal disegno di legge potrebbero essere colpite da efficaci sanzioni amministrative. Cfr. BRUSCO (2019). Critica anche la dottrina di MANETTI (2017). Ancora, per un commento si veda PICCIONE (2017).



L'obiettivo era quello di "delineare una nuova fattispecie in grado di consentire la repressione di alcune condotte che individualmente considerate sfuggono dalla normativa vigente": si consideri, in questo senso, la propaganda di immagini o contenuti del partito fascista o del partito nazionalsocialista tedesco, o la vendita di "beni che raffigurino persone, immagini o simboli chiaramente riferiti a partiti o ideologie"<sup>25</sup>.

Il disegno in questione è stato approvato, in prima lettura, dalla Camera dei Deputati, ma, come è stato scritto, la fine della legislatura, di fatto, non ne aveva consentito l'esame al Senato<sup>26</sup>.

Da segnalare, oltre all'approvazione della mozione per l'istituzione di una Commissione straordinaria di contrasto ai fenomeni di intolleranza<sup>27</sup>, altresì l'approvazione, il 28 gennaio 2020, da parte delle Commissioni Affari costituzionali e Cultura della Camera dei Deputati, di una risoluzione sul contrasto ai fenomeni di odio e razzismo di matrice propriamente antisemita<sup>28</sup>.

Infine, se il d.d.l Fiano, lo si è visto, non è stato approvato, tuttavia il fine che esso si proponeva di perseguire è stato di recente in larga parte riprodotto da una proposta di legge di iniziativa popolare avanzata dal sindaco di Stazzema<sup>29</sup>.

#### **4. L'aggravante di negazionismo nell'ordinamento italiano**

Come ampiamente noto, la maggior parte degli Stati europei ha reagito alla minimalizzazione grossolana della Shoah, nonché alla sua negazione, con lo strumento del diritto penale<sup>30</sup>, prevedendo un'ipotesi delittuosa autonoma<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. il commento di MASTROMARINO (2018).

<sup>26</sup> BRUSCO (2019).

<sup>27</sup> Il 30 ottobre 2019 l'Assemblea del Senato ha approvato una mozione per l'istituzione della Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza (mozione n. 1/00136).

<sup>28</sup> Per maggiori informazioni sulla risoluzione conclusiva 8-00061 si veda [https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1202524.pdf?\\_1579872274](https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1202524.pdf?_1579872274).

<sup>29</sup> Cfr. <https://www.santannadistazzema.org/news.asp?idn=1644>.

<sup>30</sup> D'altra parte, come è stato affermato alla luce della tragedia della Shoah, "le vittime di Auschwitz sono nella nostra memoria, per eccellenza, i delegati di tutte le vittime della storia". Cfr. RICOEUR (1988, 273).

<sup>31</sup> Secondo una parte della dottrina, in generale la criminalizzazione della negazione dell'Olocausto può essere giustificato alla luce non tanto della tutela della memoria storica e dell'ordine pubblico, bensì, più propriamente, alla luce della tutela della dignità umana. Cfr. PUGLISI (2018).

Occorre segnalare sin da subito che la legislazione politico-criminale in tema di negazionismo che va a connotare l'ordinamento giuridico tedesco è piuttosto severa.

Tanto chiarito, con specifico riferimento all'ordinamento italiano, se è pur vero che l'incriminazione del fenomeno negazionista assume, come si vedrà, valenza "simbolica" (PULITANÒ, 2015, 326), pare però del tutto apprezzabile, secondo chi scrive, la volontà di colpire l'offesa negazionista<sup>32</sup>.

Per contrastare il negazionismo, l'art. 3-*bis* della l. n. 654 del 1975, innestato nel corpo dell'art. 3 della legge in questione dall'art. 1 della l. n. 115 del 2016, dopo un processo parlamentare durato quasi tre anni<sup>33</sup> prevede che "*si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione*<sup>34</sup>, *si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232*".

Come si accennava sopra, in occasione dell'entrata in vigore della legge n. 167 del 2017<sup>35</sup>, l'aggravante del negazionismo è stato modificato: nel corpo della norma, dopo le parole "*si fondano in tutto o in parte sulla negazione*" sono state inserite le seguenti "*sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia*"<sup>36</sup>.

Occorre considerare che il 6 aprile 2018 è entrato in vigore il decreto legislativo n. 21 del 2018, il quale, tra le altre modifiche al codice penale, ha trasferito all'art. 604-*bis*<sup>37</sup>, inserito nella sezione I-*bis* intitolata ai delitti con-

<sup>32</sup> Secondo oltre il 15% la Shoah è stata inventata. Si tratta di una notizia molto recente, pubblicata sull'Ansa. Cfr. [https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2020/10/15/aumenta-il-negazionismo-per-oltre-il-15-shoah-inventata\\_75357368-4631-41ba-a502-50ec18bc387d.html](https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2020/10/15/aumenta-il-negazionismo-per-oltre-il-15-shoah-inventata_75357368-4631-41ba-a502-50ec18bc387d.html).

<sup>33</sup> Così SPIGNO (2018, 201).

<sup>34</sup> Secondo la dottrina di MACCHIA (2019), è curiosa l'assenza del riferimento della (necessaria) pubblicità delle condotte individuate dalla disposizione.

<sup>35</sup> Rubricata "*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea*".

<sup>36</sup> A denunciare le problematiche tra il coordinamento tra la norma in questione e l'art. 8, comma 2, della l. n. 962 del 1967 "*Prevenzione e repressione del delitto di genocidio*" si veda BASILE (2019, 10).

<sup>37</sup> Per un commento si veda SPADARO (2019, 11 e ss).

Su tale disposizione si è recentemente espressa la Corte di Cassazione (Cass. 16 gennaio 2020, n. 1602), con la quale è stata annullata con rinvio una sentenza della Corte di Appello di Milano che condannava due cittadini italiani per il reato di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale.

tro l'uguaglianza e ora rubricato "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa", quanto previsto in origine dalla legge 13 ottobre 1975, n. 654, in seguito modificata dalla c.d. legge Mancino, dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85, e, infine, dalla legge 16 giugno 2016, n. 115, integrata dalla legge 20 novembre 2017, n. 167. Rispetto al testo originale, il legislatore delegato ha inteso eliminare il riferimento alla "attuazione della disposizione dell'articolo 4" ICERD e tutelare - del tutto significativamente - l'uguaglianza quale bene giuridico di natura individuale<sup>38</sup>.

Secondo parte della dottrina, nell'ordinamento italiano rimane penalmente irrilevante la condotta di mero negazionismo allorché non sia correlata ad una propaganda o istigazione alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi<sup>39</sup>; ancora, è stato evidenziato il *deficit* di specificità della norma, ritenuto troppo ampio rispetto a quanto previsto dalla nota decisione quadro di riferimento: in primo luogo, infatti, "la norma va oltre stabilendo la perseguibilità anche di colui il quale, nel momento in cui nega l'esistenza di un crimine internazionale, faccia al contempo propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, anche qualora ciò non assuma valore di istigazione all'odio e alla violenza" (SPATTI, 2017), e, in secondo luogo, il legislatore avrebbe inteso colpire con il reato di negazionismo non solo la negazione, nei termini appena delineati, dell'Olocausto, ma anche di altri e ulteriori illeciti<sup>40</sup>.

## 5. La disciplina costituzionale tedesca sui discorsi d'odio

Nell'ordinamento tedesco, la libertà di manifestazione del pensiero deve misurarsi con diversi limiti costituzionalmente previsti.

Si consideri, a tal fine, quanto ha avuto modo di sancire il *BVerfG* in occasione della sentenza del 15 gennaio 1958 - 1 BvR 400/51: "[...] il diritto di esprimere un'opinione deve cedere se il suo esercizio viola gli interessi di un altro che ha una pretesa di protezione superiore. L'esistenza di un tale interesse in un caso particolare dipende da tutte le circostanze che vengano in considerazione"<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. SPADARO (2019, 15).

<sup>39</sup> Così GALAZZO (2016, 9).

<sup>40</sup> La ricostruzione delle criticità della norma in commento è dovuta a TOMASI (2019, 3098). Contrario, nei termini appena evidenziati, all'architettura dell'aggravante in questione anche MACCHIA (2019).

<sup>41</sup> Si veda la sentenza del 15 gennaio 1958 - 1 BvR 400/51.

Ebbene, quanto appena scritto sembra rintracciarsi nella stessa articolazione dell'art. 5 della Costituzione tedesca.

Secondo il primo comma, *“ognuno ha diritto di esprimere e diffondere liberamente le proprie opinioni con parole, scritti e immagini, nonché di informarsi senza impedimento da fonti accessibili a tutti. Sono garantite la libertà di stampa e di informazione mediante la radio e il cinematografo. Non si può prevedere alcuna censura”*.

Del tutto significativamente, al secondo comma del medesimo articolo sono stati previsti alcuni limiti a tale libertà.

I limiti in questione sono riscontrabili nelle leggi generali<sup>42</sup>, nelle norme concernenti la protezione della gioventù e nel diritto al rispetto dell'onore della persona<sup>43</sup>; al terzo comma viene sancito che *“l'arte e la scienza, la ricerca e l'insegnamento sono liberi. La libertà d'insegnamento non dispensa dalla fedeltà alla Costituzione”*.

Pertanto, alla luce di quanto appena posto in evidenza, le opinioni devono costituire oggetto di protezione a meno che non sfocino in “critiche abusive” (CLAUSSEN, 2019, 121), annoverabili tra le condotte illegittime<sup>44</sup>.

## 6. La disciplina relativa all'incitamento all'odio nel codice penale tedesco

Il 4 agosto 1960 fu approvata una legge che riformava l'art. 130 del codice penale tedesco<sup>45</sup>, collocato sotto il titolo di *“Aizzamento del popolo”*<sup>46</sup>, coincidente con il reato di *“incitamento all'odio”*<sup>47</sup> e volto a punire chiunque avesse aggredito la dignità altrui<sup>48</sup> mediante modalità idonee a turbare la pace pubblica nella forma di atti particolarmente gravi, “esortando a compiere atti di violenza o di arbitrio [...] insultando, denigrando con malizia o ca-

<sup>42</sup> Risalta il ruolo assunto, in tal senso, dal codice penale tedesco. Si veda STEIN (1986, 279).

<sup>43</sup> Il richiamo all'onore della persona sembra riallacciarsi alla pietra miliare della Costituzione tedesca, vale a dire la dignità umana, sancita all'art. 1 della GG.

<sup>44</sup> CLAUSSEN (2019, 121).

<sup>45</sup> L'articolo in questione, nella sua versione originaria del codice penale del regno tedesco del 15 maggio 1871, andava a punire il turbamento della pace pubblica attraverso l'istigazione all'odio di classe.

<sup>46</sup> Per una ricostruzione della norma si veda ROHRBEN (2009, 154 e ss).

<sup>47</sup> Cfr. SPIGNO (2018, 167).

<sup>48</sup> La dignità umana, in questo caso, coincide con il diritto alla vita in modo eguale agli altri nella società civile. Così riporta STEIN (1986, 285).

lunniando [...]” (SPIGNO, 2018, 167). Nel 1985 fu introdotto un comma successivo<sup>49</sup> che puniva la produzione e la diffusione di opere incitanti all'odio contro parti della popolazione o un gruppo specifico indipendentemente dal pericolo di lesione dell'ordine pubblico. Ancora, con legge del 28 ottobre 1994<sup>50</sup>, come si vedrà nel prossimo paragrafo, il legislatore tedesco ha introdotto, sulla scorta di una pronuncia del *BVerfG*, al terzo comma, la fattispecie di negazionismo. Nel 2005, infine, è intervenuta un'ulteriore modifica dell'art. 130 del codice penale tedesco, la quale ha introdotto un quarto comma che sancisce la pena della reclusione non superiore a tre anni o la pena pecuniaria per chi pubblicamente o in riunione violi la dignità delle vittime così da turbare la pace pubblica approvando, esaltando o giustificando la tirannia e l'arbitrio del nazionalsocialismo<sup>51</sup>.

## 7. La c.d. “*Auschwitzlüge*”

La pronuncia che qui ci si propone di analizzare, la *BVerfGE* 90, 241 – *Auschwitzlüge* del 1994, si inserisce in un contesto ben preciso, quello del dibattito relativo alla c.d. “incomparabilità dell'Olocausto” (CIERVO, 2013), allora particolarmente acceso nel panorama della comunità scientifica tedesca.

La pronuncia in questione ha interessato la legittimità del divieto di mettere in dubbio la persecuzione subita dagli ebrei ad opera dei nazisti, in occasione di una riunione organizzata dal Partito nazionaldemocratico tedesco alla quale avrebbe dovuto partecipare lo storico negazionista David Irving.

La sentenza in commento presenta elementi di peculiare interesse perché il Giudice costituzionale ha avuto modo di esprimersi sulla legittimità costituzionale dei discorsi negazionisti nonostante questi ultimi non fossero ancora stati ritenuti penalmente rilevanti da parte del legislatore tedesco<sup>52</sup>: non è un caso che, nello stesso anno, quest'ultimo abbia modificato il codice penale, aggiungendo il comma terzo dell'art. 130 dello *StGB*, ai sensi del quale “*chi pubblicamente o in una riunione, approva, nega, o minimizza le azioni*

<sup>49</sup> *Einundzwanzigstes Strafrechtänderungsgesetz, 1985 Bundesgesetzblatt [BGBl] I 965.*

<sup>50</sup> *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze.*

<sup>51</sup> Un'ulteriore modifica dell'art. 130 del codice penale tedesco è intervenuta con la legge del 21 gennaio 2015 in attuazione delle disposizioni eurounitarie in materia di reati sessuali (*Neunundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches-Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht*).

<sup>52</sup> CIERVO (2013).

*commesse durante il periodo nazionalsocialista contemplate dal § 6 comma 1 del codice penale internazionale in maniera idonea a turbare la pace pubblica*<sup>53</sup>.

Ebbene, con riferimento alla pronuncia in esame, secondo il Giudice costituzionale tedesco, l'unicità dell'Olocausto non poteva non intervenire nell'opera di bilanciamento della dignità dei cittadini tedeschi di origine ebraica con la libertà di manifestazione del pensiero, poiché questi ultimi, "in ragione del processo di contestualizzazione storica operato dal giudice costituzionale, si vedono 'specialmente' garantiti nel rispetto della loro dignità umana, tanto individuale quanto collettiva" (CIERVO, 2013).

Per tale ragione, i Giudici di Karlsruhe avevano affermato che solamente l'opinione può essere oggetto di tutela da parte dell'art. 5 della Legge Fondamentale, mentre l'affermazione di un fatto "in senso stretto non costituisce espressione del pensiero e, qualora imprecisa o contraria a una verità oggettiva accertata da una determinata collettività, non è meritevole di tutela" (ABBONDANTE, 2017, 60).

In buona sostanza, il Giudice costituzionale tedesco aveva affermato che la negazione dello sterminio degli ebrei non poteva rientrare nel cappello protettivo dell'art. 5 della Legge Fondamentale.

Pertanto, alla luce di quanto indicato, la fattispecie di reato di negazionismo prevista in Germania criminalizza l'approvazione, la negazione e la minimizzazione del solo genocidio nazista<sup>54</sup>; non solo, la disciplina tedesca sul negazionismo è particolarmente rigida, fino ad annullare l'esclusione dell'intervento della pena nel caso del c.d. negazionismo semplice (*einfache Auschwitzlüge*)<sup>55</sup>.

Più di recente, il *BVerfG* ha avuto modo di esprimersi sull'ambito di operatività della libertà di manifestazione del pensiero, valorizzando pienamente l'art. 5 della Legge Fondamentale quale limite alla violazione dell'onore e della reputazione personale.

In occasione dell'adozione di un'ordinanza nel 2017, il *BVerfG* ha affermato che l'applicazione di una sanzione penale per la diffusione sul *web* di un'immagine diffamatoria non si pone in contrasto con l'art. 5 della Costitu-

<sup>53</sup> "Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost".

<sup>54</sup> Cfr. SCOTTO ROSATO (2016, 308).

<sup>55</sup> Il *BVerfG* con la sentenza 1 BvR 2083/15 del 2018 è recentemente intervenuto sull'art. 130, comma terzo, del codice penale, dichiarandone la legittimità costituzionale. Per un commento si veda HONG (2018).

zione tedesca, qualora “i tribunali penali ordinari motivino plausibilmente che l'imputato concordi con i contenuti diffamatori presentati dall'immagine”<sup>56</sup>.

Con specifico riferimento a discorsi negazionisti, nel 2018 il *BVerfG* ha accolto un ricorso individuale proposto da un soggetto che era stato condannato in quanto ritenuto penalmente responsabile per avere manifestato pensieri volti al ridimensionamento dei crimini nazisti. Secondo i Giudici costituzionali, in questo caso, la condanna non era sorretta da un'adeguata motivazione<sup>57</sup>.

Di segno opposto una pronuncia adottata nel medesimo anno, con la quale il *BVerfG* ha rigettato un ricorso diretto presentato da un soggetto che si era reso autore di un discorso negazionista in quanto la sentenza penale di condanna riportata dal ricorrente non andava in alcun modo a ledere la libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 5 della Legge Fondamentale. Le tesi espresse dal ricorrente erano, infatti, manifestamente false<sup>58</sup>.

## 8. *La Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*

La *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)* è la legge tedesca contro l'odio in rete in tema di diffusione di contenuti illeciti sulle piattaforme digitali, ed è entrata in vigore nell'ordinamento tedesco il primo ottobre 2017.

Si tratta della prima forma di legislazione contro i contenuti illeciti diffusi *online* e di lotta alla radicalizzazione sui *social networks* in Europa; peraltro, con specifico riferimento all'odio antisemita, occorre ricordare che in Germania l'antisemitismo conosce una pericolosa diffusione in costante aumento<sup>59</sup>.

La disciplina in questione è particolarmente innovativa in quanto ha inaugurato una nuova forma di responsabilità per gli *internet intermediaries* per contrastare la diffusione degli abusi sui *social network*, nonché la diffusione non solo dei discorsi d'odio, ma anche delle *fake news*.

La legge costituisce l'esito di un lungo percorso<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> *BVerfGE* – 1438/15.

<sup>57</sup> *BVerfGE* – 1 BvR 2083/15.

<sup>58</sup> Così *BVerfGE* – 1 BvR 673/18.

<sup>59</sup> Cfr. quanto ha affermato LUDYGA (2020).

<sup>60</sup> Interessante notare che la legge francese contro l'odio *online*, dichiarata incostituziona-

Nel 2015, l'allora ministro della giustizia e della tutela del consumo Heiko Maas, costituì una *task force* per risolvere il nodo problematico della diffusione dell'*hate speech* sui *social network* in quanto, alla luce di una ricerca condotta dalla ONG tedesca *jugendschutz.net*, il regime regolatorio in vigore non sembrava idoneo a contrastare l'odio presente nel mondo *online*<sup>61</sup>, e, soprattutto, i *social network* avevano iniziato ad assumere un ruolo di primo rilievo nello spazio pubblico<sup>62</sup>.

Di qui, l'approvazione della legge.

Quello che sembra caratterizzare la legge in commento consiste nel contrasto ai discorsi illegittimi presenti sui *social network*<sup>63</sup> alla luce del diritto penale tedesco esistente<sup>64</sup>.

La sua piena efficacia ha iniziato a decorrere dal primo gennaio 2018, in quanto, entro quel lasso temporale, i *social network* dovevano necessariamente predisporre il procedimento finalizzato alla cancellazione dei contenuti illeciti, da effettuarsi entro una settimana o anche in 24 ore per i contenuti manifestamente illeciti<sup>65</sup>.

La legge si applica a tutti i fornitori di servizi telematici che, a scopo di lucro, gestiscono una piattaforma *online* con 2 milioni o più utenti registrati e che permette a questi ultimi di scambiare contenuti con altri utenti, condividendoli o portandoli a conoscenza del pubblico<sup>66</sup>.

Del tutto significativamente, la legge prevede, all'art. 2, che, nel caso in cui un *social network* riceva più di 100 denunce in un anno, il *provider* debba pubblicare un report biennale sulla gestione delle segnalazioni dei contenuti illeciti sulle proprie piattaforme<sup>67</sup>.

Tanto chiarito, l'art. 1, comma terzo della *NetzDG* individua un elenco di offese che soddisfano, secondo il codice penale tedesco, la definizione, ap-

le dal *Conseil Constitutionnel* il 18 giugno 2020, si è in parte ispirata alla legge in questione: tuttavia, vi sono rilevanti differenze, le quali sono state ben evidenziate da WIENFORT (2020).

<sup>61</sup> Cfr. CLAUSSEN (2019, 117).

<sup>62</sup> WISCHMEYER (2017, 4)

<sup>63</sup> WISCHMEYER (2017, 4)

<sup>64</sup> Così anche <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/187/1918792.pdf>.

<sup>65</sup> Su tale distinzione si veda THEIL (2018).

<sup>66</sup> Cfr. DI GREGORIO (2017, 97). La legge esclude dal proprio campo di applicazione soggettiva quelle piattaforme che offrono contenuti di natura giornalistica: il controllo editoriale che dovrebbe essere compiuto permette di individuare con una certa semplicità la responsabilità per i contenuti pubblicati; la medesima regola non può, chiaramente, valere per i *social network*, così come per le reti professionali *online*.

<sup>67</sup> DI GREGORIO (2017, 118).



punto, di “contenuto illegittimo”: si tratta di minacce di commettere reati, incitamento all'odio, diffamazione delle religioni o delle persone; le fattispecie di reato in questione rientrano negli esempi di discorsi di odio illegale. I reati che risultano analoghi alla diffusione di notizie false sono, invece, la diffamazione intenzionale, la contraffazione e la falsificazione di dati<sup>68</sup>.

In letteratura emergono diversi profili critici della legge in questione: in primo luogo, occorre considerare il possibile mancato rispetto del principio di legalità, sancito all'art. 103, secondo comma, GG, atteso che la legge non fornirebbe una distinta definizione di “contenuto illegale palese”, né indicherebbe chiaramente gli obblighi che ne derivano per i *social network*<sup>69</sup>.

In secondo luogo, è stato evidenziato che l'inutilità e la pericolosità di un'espressione non possono limitare la stessa libertà di manifestazione del pensiero<sup>70</sup>: il rischio più evidente consiste nel fatto che i *social network* eliminino, sulla base di un mero dubbio, contenuti che possano risultare illegittimi, in tal modo limitando indirettamente lo spettro delle possibili opinioni che possono essere oggetto di espressione e violando non solo la libertà di espressione di cui all'art. 5, primo comma, GG<sup>71</sup>, ma travalicando anche i limiti previsti all'art. 5, secondo comma, GG.

Ancora, è stato evidenziato che il modello tedesco debba essere perfezionato, “sia qualora vi siano ritardi nelle segnalazioni degli illeciti, sia nell'esercizio dell'attività di controllo e di rimozione della notizia” (CATELANI, 2020). Una lacuna nell'effettività della tutela sarebbe dovuta inoltre all'impossibilità di bloccare i contenuti che non rientrino nelle fattispecie di reato previste dalla normativa, e che, però, in ogni caso “incidono sulla libertà di ricevere informazioni ed in particolare informazioni corrette da parte dei destinatari della notizia” (CATELANI, 2020).

D'altra parte, però, come afferma la dottrina, “appare apprezzabile l'equilibrio raggiunto nel bilanciare i diversi interessi coinvolti, in considerazione della possibilità di rivolgersi ad un organo di autoregolamentazione indipendente” (NARDI, 2019, 24).

Peraltro, come si è avuto modo di vedere, occorre considerare che l'obbligo di eliminare i contenuti illegali si basa su limiti definiti, a cui la *NetzDG* aggiunge un meccanismo di applicazione più robusto.

Infine, il governo tedesco ha presentato nell'aprile 2020 un disegno di

<sup>68</sup> DI GREGORIO (2017, 118).

<sup>69</sup> È piuttosto critica quindi la dottrina di CLAUSSEN (2019, 123).

<sup>70</sup> Cfr. la menzionata sentenza sulla “menzogna di Auschwitz”, *BVerfGE* 90, 241.

<sup>71</sup> Sulla violazione dell'art. 5 della Costituzione tedesca si veda LIESCHING (2018, 26 e ss).

legge, in seguito approvato ed entrato in vigore nel mese di giugno, volto a migliorare la facilità di utilizzo dei canali per la segnalazione di reclami relativi a contenuti illegali e, ancora, mediante l'implementazione di un maggior grado di trasparenza nella lotta ai contenuti illegittimi<sup>72</sup>.

Volgendo lo sguardo, più in generale, alla lotta "giuridica" contro l'*hate speech*, la dottrina tedesca ha posto in evidenza la necessità di migliorare non solo la legge in questione, ma anche il quadro normativo di riferimento.

Infatti, per lottare più efficacemente contro l'odio *online* sarebbe utile intervenire non solamente con lo strumento del diritto penale, ma anche con lo strumento del diritto civile; inoltre, potrebbe anche essere previsto un percorso di formazione volto a incrementare le competenze e le conoscenze, da parte delle procure, in materia di odio *online*<sup>73</sup>.

È stata altresì suggerita la previsione di disposizioni di natura amministrativa volte ad identificare in senso uniforme un "interesse pubblico" (SAHL, BIELZER, 2020).

## 9. Il vuoto normativo italiano in punto di *hate speech online*

In Italia, al momento, non esiste nessuna forma di regolamentazione dell'odio sul *web*.

Come noto, sono stati depositati negli anni scorsi progetti di legge volti ad intervenire sulla diffusione dell'odio *online*, che in parte si sono modellati sull'esempio non solo tedesco, ma anche francese<sup>74</sup>.

Si consideri, in questo senso, l'A.S. 634, prima firmataria l'On Boldrini, "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di contrasto dell'istigazione all'odio e alla discriminazione (*hate speech*)" depositato al Senato il 1 agosto 2018 e l'A.S. n. 1455, prima firmataria la Sen. Fedeli, "Misura per il contrasto del fenomeno dell'istigazione all'odio sul *web*", del 18 novembre 2019.

Il primo progetto di legge indicato si propone, come è possibile leggere dalla stessa relazione introduttiva, di "contrastare condotte moralmente censurabili e fortemente lesive della dignità delle persone e dei gruppi sociali, che rappresentano un serio pericolo per la sicurezza e la convivenza della

<sup>72</sup> La *NetzDG* è stata modificata in questo senso dall'art. 274 VO del 19 giugno 2020 I 1328.

<sup>73</sup> SAHL, BIELZER (2020).

<sup>74</sup> Per un commento alla *Loi Ava* si veda FOGLIA (2020).

comunità sociale, senza limitare però in alcun modo il principio della libera manifestazione del pensiero, sancito dall'articolo 21 della Costituzione, nonché il diritto alla libertà di espressione nel *web*<sup>75</sup> mediante la modifica degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* del codice penale, e grazie ad un meccanismo di segnalazione – da parte di chiunque ne venga a conoscenza – di “contenuti finalizzati a diffondere, propagandare o fomentare l'odio, la discriminazione e la violenza” all'autorità giudiziaria, all'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali, ai Centri territoriali antidiscriminazione o agli enti attivi nel contrasto alle discriminazioni.

Infine, quanto agli obblighi gravanti in capo ai siti *internet*, *social network* o altre piattaforme telematiche, è previsto un obbligo di immediata segnalazione, pena la applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie.

Il secondo progetto di legge segnalato contiene norme di dettaglio per il contrasto al crescente fenomeno della misoginia *online*<sup>76</sup>, offrendo una peculiare procedura per la segnalazione di un contenuto discriminatorio; tuttavia, la segnalazione non viene gestita solamente dalla piattaforma interessata, ma anche dalla polizia postale, così differenziando la procedura in questione da quella disegnata dal modello tedesco, non a caso qualificata come la “legge Facebook”<sup>77</sup>.

Inoltre, il progetto di legge in questione prevede sanzioni di natura amministrativa qualora le piattaforme manchino di procedere alla segnalazione di contenuti di natura discriminatoria.

In linea generale, come è stato scritto, con riferimento alla regolamentazione dell'odio sul *web*, occorre elaborare “categorie concettuali” che siano in grado di armonizzare “la natura privatistica e le anche legittime ragioni economiche che inevitabilmente muovono l'azione di questi soggetti con le esigenze, dall'altro, di tutela dei diritti degli utenti e, più in generale, di protezione e regolamentazione degli spazi di comunicazione in cui si articola il discorso pubblico” (VILLASCHI, 2020, 448).

Da ultimo, si segnala che il 10 marzo 2021 è stata depositata alla Camera dei Deputati una nuova proposta di legge, rubricata «*Misure per la prevenzione e il contrasto della diffusione di manifestazioni d'odio mediante la rete*

<sup>75</sup> A.S. n. 634, XVIII Legislatura.

<sup>76</sup> Cfr. l'ultima edizione della Mappa dell'intolleranza di Vox – Diritti.

<sup>77</sup> [https://www.repubblica.it/tecnologia/social-network/2017/10/02/news/germania\\_entra\\_in\\_vigore\\_la\\_legge\\_facebook\\_multe\\_fino\\_a\\_50\\_milioni\\_di\\_euro\\_per\\_i\\_contenuti\\_lesivi\\_non\\_rimossi-177134343/](https://www.repubblica.it/tecnologia/social-network/2017/10/02/news/germania_entra_in_vigore_la_legge_facebook_multe_fino_a_50_milioni_di_euro_per_i_contenuti_lesivi_non_rimossi-177134343/).

*internet*», volta esplicitamente a contrastare la diffusione dell'odio *on line*<sup>78</sup> e simile, nei contenuti e nella modalità di contrasto alla diffusione dell'odio sul *web*, alla *NetzDG*.

Infine, del tutto significativamente, ad avviso di chi scrive, la dottrina tedesca ha avuto modo di affermare che nella moderna società dell'informazione la protezione della personalità dei singoli individui assume un'importanza particolare, considerato, peraltro, che i tentativi di diffamazione, di esclusione e di intimidazione dal sapore antisemita (e non solo, chiaramente), hanno un effetto duraturo su Internet<sup>79</sup>.

## 10. Conclusioni

Alla luce dell'analisi che si è svolta, è forse possibile chiedersi entro quali *limiti* sia possibile contrastare un linguaggio “che odia”.

Il ragionamento in questione prenderà le mosse dalla seguente considerazione: può il principio di uguaglianza, così come la tutela della personalità e della dignità della persona costituire un limite alla libertà di manifestazione del pensiero, non solo sancita sul piano costituzionale all'art. 21 Cost., ma anche all'art. 10 della CEDU?

Come noto, si tratta di una domanda su cui la dottrina si è a lungo interrogata, e che inerisce il bilanciamento tra principi costituzionali<sup>80</sup>.

Più precisamente, alla tesi che afferma il principio del “libero mercato delle idee” si contrappone quella che, invece, configura quale limite alla libertà di espressione la tutela dei diritti e degli interessi costituzionalmente garantiti.

Con riferimento a quest'ultima tesi, al fine di individuare un idoneo punto di equilibrio tra i diritti fondamentali dei singoli e la libertà di espressione, occorre dettagliare ulteriormente la problematica, considerando che l'apposizione di eventuali limiti alla libertà di espressione induce a riflettere sulla distinzione tra un linguaggio nocivo e dannoso e un linguaggio, invece, intollerante.

In questo senso, risulta di fondamentale importanza tracciare un confine tra istigazione all'odio e discorso intollerante che, però, in quanto tale, si inserisce all'interno di un ordinamento libero, fondato sul pluralismo democratico “delle idee”.

A tal proposito, si consideri la giurisprudenza della Corte costituzionale

<sup>78</sup> Cfr. A. C. 2936.

<sup>79</sup> Cfr. LUDYGA (2020).

<sup>80</sup> D'AMICO (2020).

che ha enucleato alcuni limiti alla libertà di manifestazione del pensiero ulteriori rispetto a quello del buon costume.

Si ricorda la sent. n. 86 del 1974, in cui il Giudice delle leggi ha avuto modo di affermare la necessità costituzionale di tutelare l'onore, "comprendivo del decoro e della reputazione"<sup>81</sup>.

Da segnalare è anche la pronuncia n. 293 del 2000, in occasione della quale la Corte ha sancito che "solo quando la soglia dell'attenzione della comunità civile è colpita negativamente, e offesa, dalle pubblicazioni di scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, lesivi della dignità di ogni essere umano, e perciò avvertibili dall'intera collettività, scatta la reazione dell'ordinamento".

Come ha avuto modo di porre in evidenza la dottrina, inoltre, pare opportuno fare riferimento anche alle decisioni della Corte costituzionale aventi ad oggetto la fattispecie incriminatrice dell'apologia del fascismo prevista a norma dell'art. 4 della legge "Scelba", dal momento che, secondo tale giurisprudenza, è possibile giustificare un intervento punitivo quando vi sia la sussistenza di un collegamento tra "parola" e "azione" tale da evidenziare l'esistenza di un pericolo "concreto" per il bene che la legge mira a tutelare (cfr. Corte cost. n. 87 del 1966; n. 108 del 1974, n. 74 del 1958)<sup>82</sup>.

Alla luce di quanto scritto, sembra di potere affermare non solo che la tutela della dignità personale, dell'onore e del principio di non discriminazione può essere bilanciata con la libertà di manifestazione del pensiero, ma anche che, in certi casi, quest'ultima può conoscere (rilevanti) limiti proprio alla luce della (necessaria) garanzia di quegli interessi costituzionalmente garantiti.

In conclusione, come ha scritto autorevole dottrina<sup>83</sup>, il ricorso allo strumento penale rispetto alle modalità di restrizione della libertà di manifestazione del pensiero "deve rappresentare sempre l'*extrema ratio* e deve necessariamente riguardare, affinché possa essere costituzionalmente ammissibile, condotte che manifestino un collegamento di natura diretta tra 'parola' e 'azione'; ove non vi sia un collegamento tra la "lingua" e l'"atto" è preferibile adottare specifiche "misure di prevenzione e sensibilizzazione idonee ad incidere con forza sul contesto sociale e culturale" (D'AMICO, 2020)<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Corte cost. sent. n. 86 del 1974, punto n. 4 del Cons. in Dir.

<sup>82</sup> D'AMICO (2021).

<sup>83</sup> Cfr. D'AMICO (2020).

<sup>84</sup> Per un'analisi sul rapporto tra *hate speech* e *hate crime* con specifico riferimento all'antisemitismo si veda BECKER, (2019); ancora, sulle conseguenze derivanti dall'*hate speech online* si veda SIEGEL (2019).

### Riferimenti bibliografici

- ABBONDANTE, F. (2017), Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea. *Informatica e diritto*, Vol. XXVI, [http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaE-Diritto/Rivista\\_IeD\\_1-2-2017\\_Abbondante.pdf](http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaE-Diritto/Rivista_IeD_1-2-2017_Abbondante.pdf).
- BASILE, F. (2019), Ti odio, "in nome di Dio". L'incriminazione dell'odio e della discriminazione (in particolare, per motivi religiosi) nella legislazione italiana. *Diritto Penale Uomo*, 10. [https://dirittopenaleuomo.org/wp-content/uploads/2019/11/-Basile\\_odio.pdf](https://dirittopenaleuomo.org/wp-content/uploads/2019/11/-Basile_odio.pdf).
- BECKER, M. (2019), Understanding Online Antisemitism: Towards a New Qualitative Approach. *www.fathomjournal.org*, 9/10/2019.
- BRUGGER, W. (2003). The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part 1). *German Law Journal*, Vol. 4, No. 1, p. 2. 1/01/2003.
- BRUSCO, M. (2019), *Contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione e applicazione delle leggi di contrasto al neofascismo*, in *Questione Giustizia*, 14/05/2019, [https://www.questionegiustizia.it/articolo/contrasti-giurisprudenziali-sull-interpretazione-e-applicazione-delle-leggi-di-contrasto-al-neofascismo-\\_13-05-20-19.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/contrasti-giurisprudenziali-sull-interpretazione-e-applicazione-delle-leggi-di-contrasto-al-neofascismo-_13-05-20-19.php).
- CAPUTO, M. (2014), La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità. *Penale Contemporaneo*, 7/01/2014.
- CASTELLANETA, M. (2019), Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo. *Media Laws*, II, 23/07/2019, <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/03/2-2019-Castellaneta.pdf>.
- CATELANI, E. (2020), *Fake news democrazia: verso una democrazia tecnologica?*. *Consulta Online*, 21/05/2020.
- CIERVO, A. (2013), Prestare ascolto alle lacune. Appunti per uno studio giuridico sull'introduzione del reato di "negazionismo" nell'ordinamento italiano. *Questione giustizia*, VI, DOI:10.3280/QG2013-006008.
- CLAUSSEN, V. (2019), Fighting hate speech and fake news. The network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation.- *Media Laws*, No. 3, 117-123. 24/10/2018, <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/05/6.-Claussen.pdf>.
- D'AMICO, M. (2019), La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana. D'Amico, M. Antonino F., & Siccardi C. (Eds), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche: tra storia e diritto*, 219 e ss. Milano: FrancoAngeli.

- D'AMICO, M. (2020), Audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sui progetti di legge volti a contrastare l'omofobia e le discriminazioni fondate sull'identità di genere. *www.camera.it*, 18/02/2020.
- D'AMICO M. (2021), *Odio online: limiti costituzionali e sovranazionali*, in D'Amico M., & Siccardi C. (Eds.), *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire, contrastare l'hate speech online*. Collana del Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale, Giappichelli, Pubblicazione del Dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano.
- DI GIOVANE, A. (2005), *Il passato che non passa: «Eichmann di carta» e repressione penale*, in Di Giovane A., & Siccardi S; (Eds.), *Democrazie imperfette: atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, tomo 1. Torino: Giappichelli.
- DI GREGORIO, G. (2017), *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?* *Media Laws*, I, 11/10/2017, <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/05/9.-DeGregorio.pdf>, pp. 97-118.
- FOGLIA, M. (2020), Le esitazioni del legislatore francese nel contrasto ai discorsi d'odio in rete. *Consulta Online*, 16/03/2020.
- GALAZZO, G. (2016), Reato di negazionismo e libertà di manifestazione del pensiero: una riflessione. *Giurisprudenza Penale Web*, No. 9, p. 9. 13/09/2016, <https://www.giu-risprudenzapenale.com/2016/09/13/reato-negazionismo-liberta-manifestazione-del-pensiero-riflessione/>.
- GOMETZ, G. (2017), L'odio proibito: la repressione giuridica dello hate speech. *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, p. 14. 16/10/2017, <https://doi.org/10.13130/1971-85-43/9145>.
- HONG, M. (2018), Holocaust, Meinungsfreiheit und Sonderrechtsverbot - BVerfG erklärt § 130 III StGB für verfassungsgemäß. *Verfassungsblog*, 5/08/2018, <https://verfassungsblog.de/holocaust-meinungsfreiheit-und-sonderrechtsverbot-bverfg-erklaert-§-130-iii-stgb-fuer-verfassungsgemaess/>.
- LAURO, A. (2018), Piazza della Vittoria, la memoria nazionale e l'art. 9 della Costituzione italiana. *Costituzionalismo*, I, 125-126, 27/03/2018, [https://www.costituzionalismo.it/costituzionalismo/download/Costituzionalismo\\_201801\\_661.pdf](https://www.costituzionalismo.it/costituzionalismo/download/Costituzionalismo_201801_661.pdf).
- LIESCHING, M. (2018), Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG: Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte. *Multimedia und Recht*, I, 26 e ss.
- LUDYGA, H. (2020), Antisemitismus und Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. *ZUM*, Vol. 64.
- LUZZATTO VOGHERA, G. (1994), *Antisemitismo*, Milano: Feltrinelli.

- LUZZATTO VOGHERA, G. (2021), *Premessa. Antisemitismo in Italia oggi: studi e dati*, in Meghnagi S., & Di Castro R. (Eds), *L'ebreo inventato. Luoghi comuni, pregiudizi, stereotipi*, Firenze: Giuntina.
- MACCHIA, A. (2019), Spunti in tema di negazionismo. *Cassazione Penale*, I, 1/01/2019.
- MASTROMARINO, A. (2018), *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, Milano: FrancoAngeli.
- MORELLI, D. (2017), La proposta di legge Fiano e l'antifascismo estetico. *www.lacostituzione.info*, 10/07/2017, <https://www.lacostituzione.info/index.php/2017/07/10/la-proposta-di-legge-fiano-e-lantifascismo-estetico/>.
- NARDI, V. (2019), I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'internet service provider?. *Diritto Penale Contemporaneo*, 7/03/2019, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/4923-nardi2019a.pdf>.
- PEZZINI, B. (2019), Il divieto di ricostruzione del partito fascista nella XII disposizione finale. D'Amico, M; De Francesco, A, & Siccardi C. (Eds), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche: tra storia e diritto*, Milano: FrancoAngeli, 2015 e ss.
- PICCIONE, D. (2017), L'antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell'emotività. *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 1/08/2017.
- PUGLISI, G. (2016), A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica. *Penale Contemporaneo*, 15/07/2016, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/4899-a-margine-della-cd-aggravante-di-negazionismo-tra-occasioni-sprecate-e-legislazione-penale-simbolica>.
- PULITANÒ, D. (2015), Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio. *Diritto Penale Contemporaneo*, No. 4, p. 10. [https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljustice-network.eu/pdf/pulitano\\_4\\_15.pdf](https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljustice-network.eu/pdf/pulitano_4_15.pdf).
- RICOEUR, P. (1988), *Tempo e racconto*, Jaca Book, Milano, 273.
- ROHRSEN, B. (2009), *Von der "Anreizung zum Klassenkampf" zur "Volksverhetzung" (§ 130 Stgb)*. Berlin: De Gruyter, 154 e ss.
- SAHL, J. C., BIELZER, N. (2020), NetzDG 2.0 - Ein Update für weniger Hass im Netz. *ZRP*, No. 2.
- SANTERINI, M. (2020), Come cambia l'antisemitismo. *La Repubblica*. 21/07/2020, [https://rep.repubblica.it/pwa/commento/2020/07/20/news/come\\_cambia\\_l\\_antisemitismo-262491966/](https://rep.repubblica.it/pwa/commento/2020/07/20/news/come_cambia_l_antisemitismo-262491966/).



- SANTERINI, M. (2021), *La mente ostile. Le forme dell'odio contemporaneo*, Milano: Raffaello Cortina, 141 e ss.
- SCOTTO ROSATO, A. S. (2016), Osservazioni critiche sul nuovo «reato» di negazionismo. *Penale Contemporaneo*, no. 3, 308.
- SPADARO, I. (2019), Considerazioni critiche sulla legittimità costituzionale del “nuovo” reato di istigazione all’odio razziale. *Diritti Fondamentali*, I, 11 e ss. 2/01/2019, <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/Spadaro-Considerazioni-critiche-sulla-legittimità-costituzionale-del-“nuovo”-reato-di-istigazione-all’odio-razziale.pdf>.
- SPATTI, M. (2017), Il reato di negazionismo recentemente introdotto in Italia. Una lettura alla luce del diritto internazionale e dell’Unione europea. *DPCE*, 232.
- SPIGNO, I. (2018), *Discorsi d’odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano: Giuffrè, 167-201.
- STEIN, E. (1986). History against free speech: the new German law against the “Auschwitz” - and other - “lies”, *Michigan Law Review* Vol. 85, II, 279-285.
- TERUEL LOZANO, G. M. (2014), *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in *Rivista Aic*, II, 1-6, 17/06/2014, [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2\\_2014\\_Lozano.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2014_Lozano.pdf).
- THEIL S. (2018), The German NetzDG: A Risk Worth Taking? *Verfassungsblog*, 8/02/2018, <https://verfassungsblog.de/the-german-netzdg-a-risk-worth-taking/>.
- TOMASI M. (2019), Il caso Pastörs v. Germany: un nuovo tassello nell’inquadramento delle multiformità del negazionismo in Europa. *DPCE*, Vol. 41, IV, 3098, 8/01/2020, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/868>.
- VIGEVANI, G. E. (2014), Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah. *Rivista Aic*, No. 4, p. 4, 12/12/2014, [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2014\\_Vigevani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2014_Vigevani.pdf).
- VILLASCHI P. (2020), Facebook come la RAI?: note a margine dell’ordinanza del Tribunale di Roma del 12.12.2019 sul caso CasaPound c. Facebook. *Rivista Aic*, No. 2, 7/04/2020, [https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020\\_2\\_24\\_Villaschi.pdf](https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_2_24_Villaschi.pdf).
- WIENFORT, N. (2020), Blocking Overblocking. *Verfassungsblog*, 20/06/2020, <https://verfassungsblog.de/blocking-overblocking/>.
- WISCHMEYER, T. (2019), ‘What is illegal offline is also illegal online’ – *The German Network Enforcement Act 2017*, in Petkova, B., & Ojanen, T. (Eds). *Fundamental Rights Protection Online: The Future Regulation of Intermediaries* Elgar, Chentelham, 4.



IL DIFFICILE BILANCIAMENTO  
TRA LIBERTÀ DI INFORMAZIONE PROFESSIONALE  
E TUTELA DELLA REPUTAZIONE DELLA PERSONA.  
L'APPLICAZIONE DELLA PENA DETENTIVA  
NEI CONFRONTI DEI GIORNALISTI

ANDREA NAPOLITANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'incompatibilità della normativa nazionale con i principi europei. – 3. Le (innumerevoli) prospettive di riforme (mancate) della normativa nazionale. – 4. L'ordinanza n° 132/20 della Corte Costituzionale. – 5. Brevi considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

L'evoluzione della disciplina della libertà di informazione professionale si è estrinsecata, in modo strettamente connesso, con il diritto alla libera manifestazione del pensiero, “*pietra angolare della democrazia*” (Corte Costituzionale, 1969)<sup>1</sup>, essendo le due situazioni giuridiche soggettive (l'una generale, l'altra specifica), manifestazione della medesima libertà presente in molte Costituzioni e documenti sovranazionali<sup>2</sup>.

Invero, oltre all'articolo 21 Cost., grazie al quale è stata riconosciuta alla libertà di manifestazione del pensiero una tutela costituzionale rafforzata dalla presenza di una riserva di legge e di una riserva di giurisdizione, di straordinaria rilevanza ai fini di una piena ed effettiva salvaguardia della libertà di informazione professionale risulta imprescindibile ricordare la Di-

<sup>1</sup> Cfr. Corte Costituzionale, 17 aprile 1969, n° 84, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Cfr. inoltre Corte cost., 16 marzo 1971, n. 49, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., 5 luglio 1973, n. 112, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., 30 gennaio 1974, n. 20, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., 13 maggio 1987, n. 153, in *Giur. it.*, 1989, I, c. 639; Corte cost., 26 marzo 1993, n. 112, in *Foro it.*, 1993, c. 1339.

<sup>2</sup> Senza nessuna ambizione di completezza si ricordano, tra i tanti: COSTANZO, (1987); COSTANZO, (1993). LUCIANI, (1989); COSTANZO, (1996); COSTANZO, (1998); CORASANITI, (1999); COSTANZO, (1999); COSTANZO, (2003); CUNIBERTI, (2006); PACE, MANETTI, (2006); PAPA (2009); CARETTI, (2011); SICA, ZENO ZENCOVICH, (2012); PAPA, (2018). Resta una lettura fondamentale: BARILE (1975).

chiarazione Universale dei diritti dell'Uomo<sup>3</sup> e la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo<sup>4</sup>.

I principi rinvenibili in questi ultimi due documenti sono stati infine ripresi anche dall'Unione Europea sia nei suoi atti sul pluralismo informativo, soprattutto televisivo, sia nella Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo<sup>5</sup>, ossia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza)<sup>6</sup> e nel Trattato di Lisbona.

<sup>3</sup> All'articolo 19 la Dichiarazione stabilisce che “*ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione ed espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni ed idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere*”.

<sup>4</sup> Nel disciplinare i profili attivi e passivi di tale libertà la Convenzione sancisce che “*tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera*”.

<sup>5</sup> Come è noto gli articoli 10 e 11 della CEDU riconoscono espressa tutela ai profili attivi e passivi della libertà di manifestazione del pensiero. A ciò si aggiunga come la Corte Europea dei diritti dell'uomo abbia adottato un'interpretazione evolutiva tale da rimarcare, nonostante l'assenza di chiare indicazioni testuali, l'importanza del diritto di ognuno a ricevere un'informazione il più possibile pluralistica e non condizionata dalla presenza di posizioni dominanti. La giurisprudenza della Corte, inoltre, espandendo la tutela accordata dalla disciplina convenzionale, ha chiarito che l'informazione svolge un ruolo fondamentale dal momento che i lettori hanno il diritto di ricevere informazioni in merito alle azioni dei titolari di funzioni pubbliche, prevedendo una estensione della tutela convenzionale anche alle opinioni che possano risultare sgradite o inquietanti. Così facendo è stata prevista, per gli organi di informazione, la facoltà di utilizzare frasi contenenti un certo grado di esagerazione e di provocazione, sempre che vengano riservate ai lettori informazioni di interesse generale, affidabili e precise e che rispettino le norme deontologiche. Cfr. Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 26 novembre 1991, *Sunday Times c. Regno Unito*; Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 26 novembre 1991, *Observer e Guardian c. Regno Unito*; Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 26 settembre 1995, *Vogt c. Germania*; Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 21 gennaio 1999, *Fressoz e Roire c. Francia*.

<sup>6</sup> Nonostante l'articolo 11 della Carta di Nizza regoli il profilo attivo e passivo della libertà di manifestazione del pensiero la Corte di Giustizia ha in più occasioni evidenziato come la libertà di espressione possa subire restrizioni nelle ipotesi in cui le stesse siano dettate da “obiettivi di interesse generale”, “previste dalla legge” e “dettate da uno o più scopi legittimi, necessarie in società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito”. Giova precisare, però, che già prima della Carta di Nizza, la Corte di Giustizia aveva riconosciuto la tutela prevista per la libertà di espressione come principio generale frutto della C.E.D.U. e delle tradizioni costituzionali, anche se la stessa veniva interpretata da un punto di vista funzionalistico con particolare riferimento agli obiettivi del mercato comune. Corte di Giustizia, 11 luglio 1985, *Cinéthèque*, 60/84 e 61/84, EU:C:1985:329, Corte di Giustizia, 18 giugno 1991, *Euiniki Radiophonia Tileorasi (ERT)*, C-260/89EU:C:1991:254.; Corte di Giustizia 29 maggio 1997, *Kremzow*, C-

L'evoluzione della libertà di informazione professionale sviluppatasi con la stampa cartacea si è successivamente, come è noto, intersecata con la nascita di sempre nuovi *mass media*, la televisione prima e la Rete internet poi che hanno stravolto l'intero settore.

Tale circostanza ha imposto un'attenta analisi da parte di dottrina e giurisprudenza sulla possibile (ed oggi imprescindibile) equiparazione tra le testate giornalistiche cartacee e quelle telematiche che sono oggi disciplinate solo in alcuni aspetti<sup>7</sup>.

Seppur in maniera mediata<sup>8</sup>, l'ordinanza n° 132/20 della Corte Costituzionale, dalla quale il presente lavoro trae spunto, si inserisce pienamente all'interno di tale dibattito scaturito, tra l'altro, dalla totale impreparazione del legislatore nazionale nel disciplinare appieno i mutamenti avvenuti in tale settore.

Nello specifico, infatti, l'assenza di una disciplina univoca, o almeno comune, dell'informazione professionale in tutte le sue manifestazioni (cartacea, televisiva, telematica) rende il quadro particolarmente disomogeneo legittimando, in troppe occasioni, l'intervento della giurisprudenza che è stata chiamata, nel corso degli ultimi anni, a colmare quel vuoto in ambito legislativo.

Come si avrà modo di evidenziare approfonditamente *infra* il giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio previsto per il reato di diffamazione a mezzo stampa ed in modo particolare sulla legittimità della previsione della pena detentiva,

299/95, EU:C:1997:254, Corte di Giustizia, 30 settembre 1987, *Demirel*, 12/86, EU:C:1987:400. Cfr. inoltre COSTANZO, (1993); CORASANITI, (1999); CUNIBERTI, (2006).

<sup>7</sup> Nello specifico, infatti, mentre la stampa cartacea è disciplinata dalla legge n° 47/48, le testate giornalistiche telematiche sono regolamentate da alcune disposizioni della legge n° 62/01, del Decreto Legislativo n° 70/03 e della legge n° 103/12 alle quali si aggiungono alcuni interventi delle Autorità amministrative indipendenti di settore.

<sup>8</sup> In questa occasione la Corte ha infatti deciso di rinviare la trattazione di questioni di legittimità costituzionale della normativa che prevede la pena detentiva in caso di diffamazione a mezzo stampa, al fine di "consentire alle Camere di intervenire con una nuova disciplina della materia". Come si avrà modo di analizzare *infra* proprio la compatibilità della previsione della pena detentiva per i giornalisti con la libertà di espressione così come intesa dalla nostra Costituzione, dagli atti sovranazionali e dalla giurisprudenza, nazionale ed europea, risulta essere l'aspetto più rilevante della questione, sollevata dinnanzi alla Corte, che "richiede una complessa operazione di bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della reputazione della persona, diritti entrambi di importanza centrale nell'ordinamento costituzionale". Cort.Cost. (2020). *Carcere ai giornalisti: un anno di tempo per consentire al parlamento di intervenire*. Comunicato del 9 giugno 2020.

ha evidenziato l'esigenza di una complessiva rimeditazione del bilanciamento tra libertà di espressione e diritti della personalità ritenuta urgente alla luce dell'evoluzione tecnologica in virtù della quale i rischi connessi alla incontrollata disseminazione dei contenuti diffamatori attraverso *social network* e piattaforme digitali sono notevolmente aumentati.

Nel perseguire tale scopo “*la Corte decide di non decidere*” (PANZERA, 2019) attribuendo al legislatore il compito di immaginare “*una normativa capace di aggiornare la disciplina dei reati di penna in un contesto ove le insidie alla reputazione provengono principalmente dalla telecamera o dalla tastiera*” (MELZI D'ERIL, VIGEVANI, 2020).

## 2. L'incompatibilità della normativa nazionale con i principi europei

Tra gli strumenti destinati a dare attuazione alla libertà di manifestazione del pensiero, tutelata dall'articolo 21 Cost., la stampa ha come è noto ricoperto, soprattutto nella prima parte della storia repubblicana, un ruolo fondamentale ed imprescindibile, anche in considerazione del momento storico nel quale fu approvata la nostra Costituzione.

Essendo considerato il mezzo di informazione più importante in quegli anni, la stampa cartacea ha infatti ricevuto una straordinaria attenzione da parte del legislatore che può rinvenirsi nell'approvazione, ancor prima delle prime elezioni politiche, della legge n° 47/48<sup>9</sup>.

Per la parte che qui rileva si evidenzia come tale testo normativo abbia prodotto una vera e propria integrazione dell'impianto codicistico dei reati a mezzo stampa con l'aggiunta di una ulteriore aggravante a quelle previste dall'articolo 595 c.p., ossia la fattispecie della diffamazione commessa con il mezzo della stampa.

Allo stesso modo è stata disposta, nello specifico, l'applicazione della pena della reclusione da uno a sei anni che di fatto, dettò un innalzamento della pena detentiva e della cumulatività di quest'ultima con una multa (art. 13)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Legge 8 febbraio 1948 n° 47, *Disposizioni sulla stampa*. Cfr. CUOMO, (1956); MORTATI, (1973); BALDASSARE, (1986); PALADIN, (1987); CORASANITI (1999).

<sup>10</sup> La norma approvata risultò, come sottolineato da parte della dottrina, diversa dall'originario progetto in virtù del quale tale disposizione avrebbe dovuto disciplinare il reato di diffamazione compiuto con il mezzo della stampa a prescindere dalla definizione di un fatto determinato al fine di assicurare tutela e dignità all'attività giornalistica. Cfr. sul punto JANNITI PIROMALLO, (1957). L'Autore, molto critico in merito all'impostazione della normativa in esame, immaginò, a pochi anni dall'entrata in vigore della legge 47/48, un totale ripensamento

Tale disposizione è stata oggetto di numerose critiche mosse non solo dalla dottrina e dalla giurisprudenza interna ma, soprattutto negli ultimi anni, anche in ambito europeo.

Nello specifico, nell'esprimere la posizione dell'Unione Europea in materia di libertà di stampa, il Consiglio d'Europa, pur riconoscendo che "*la libertà di espressione non è illimitata*" (2007), ha in più occasioni esortato i singoli Stati ad applicare la normativa nazionale in materia di diffamazione "con la massima moderazione" abolendo, "senza indugio", le pene detentive anche se concretamente non irrogate<sup>11</sup>.

In seguito, anche in considerazione della sentenza della Corte di Cassazione sul c.d. caso Sallusti<sup>12</sup> (2012), la c.d. Commissione Venezia<sup>13</sup>, su indicazione dello stesso Consiglio d'Europa, chiamata a stabilire la conformità della normativa nazionale con gli standard europei, ha sottolineato come le "*disposizioni penali sulla diffamazione attualmente in vigore nella legislazione italiana non soddisfano pienamente le norme europee sulla libertà d'espres-*

della disciplina basato sulla esclusione della legge speciale dei delitti commessi con il mezzo della stampa. Nello specifico, infatti, lo stesso Autore evidenziò come "*l'abuso del diritto di stampa come di qualsiasi altro diritto riconosciuto e garantito, se offende un diritto altrui nei modi o termini stabiliti dalla legge civile o penale costituisce un comune illecito civilmente e penalmente sanzionato; e così ogni delitto commesso con il mezzo della stampa, costituendo nient'altro che una nota di maggiore gravità. Le più deplorevoli incrostazioni della legge sulla stampa sono dovute proprio al concetto errato di voler sottrarre al diritto comune alcuni reati in considerazione del mezzo. D'onde la stortura dei reati, come la diffamazione, che assolutamente si vogliono far rientrare, solamente, perché commessi a mezzo della stampa, nella legge speciale, mentre restano nel diritto comune se perpetrati all'infuori di quel mezzo*". Contra NUVOLONE, (1971). Secondo l'Autore "*la stampa è uno dei mezzi più efficaci per offendere la reputazione: e questo spiega l'inasprimento delle pene nel caso di diffamazione a mezzo stampa*".

<sup>11</sup> Il Consiglio d'Europa ha inoltre ricordato come "*ogni caso di detenzione di un professionista dei media è un ostacolo inaccettabile alla libertà di espressione e una spada di Damocle sospesa sui giornalisti di cui la società subisce le conseguenze*" Cfr. Consiglio di Europa, (2007), *Towards decriminalisation of defamation*. Risoluzione n° 1577/2007.

<sup>12</sup> Cfr. Corte di Cassazione, 23 ottobre 2012 n° 41249, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). Come è noto, in questa occasione, la Corte stabilì che "*la pubblicazione di un articolo senza nome comporta l'attribuzione dell'articolo al direttore responsabile per la sua consapevole condotta volta a diffondere lo scritto diffamatorio*". Nello specifico, partendo dall'identificazione dell'articolo privo di firma in piena linea con l'orientamento tradizionale della responsabilità del direttore di un giornale cartaceo, i giudici affermarono che l'articolo anonimo fosse attribuibile allo stesso direttore per il solo fatto che ne avesse consapevolmente avallato la pubblicazione ipotizzando, quindi, una responsabilità ai sensi dell'articolo 110 c.p.

<sup>13</sup> La Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto è, come è noto, un organo consultivo del Consiglio d'Europa sulle questioni costituzionali.

sione”<sup>14</sup>, soffermandosi, in modo particolare, sulla proporzionalità della sanzione al caso concreto ed all’offesa arrecata<sup>15</sup>.

A ciò si aggiunga, inoltre, come, anche la Corte dei diritti dell’Uomo, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della normativa nazionale con i dettati europei, abbia in più occasioni<sup>16</sup> riscontrato come la pena detentiva dovesse essere considerata “un’illegittima ingerenza nella libertà di manifestazione del pensiero non proporzionata e, quindi, incompatibile con l’art. 10 della Convenzione”(2013)<sup>17</sup>, ricordando, allo stesso modo come la natura e la severità delle pene inflitte dovessero essere considerati elementi di cui tener conto nel giudizio di compatibilità e proporzionalità dell’ingerenza nella libertà di espressione<sup>18</sup>.

Tale orientamento è stato di recente confermato<sup>19</sup> dalla stessa Corte la quale, ritenendo che la condanna ad una pena detentiva, seppur commutata in sanzione pecuniaria, risultasse sproporzionata rispetto allo scopo perseguito ed in palese violazione con quanto previsto dall’articolo 10 CEDU, ha ribadito l’eccezionalità e la necessaria proporzionalità dello strumento utilizzato rispetto al fine perseguito<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto, 9 dicembre 2013, Opinion n° 715/2013, “*Opinion on the legislation on defamation of Italy*”

<sup>15</sup> Cfr. sul punto Corte Europea dei diritti dell’Uomo, 17 luglio 2008, Rioli c. Italia, R. 42211/07. In questa occasione i giudici evidenziarono come la condanna di un giornalista al versamento di una somma di denaro eccessiva fosse contraria a quanto previsto dall’articolo 10 CEDU in quanto “*suscettibile di dissuaderlo dal continuare ad informare il pubblico su temi di interesse generale*”. Cfr. infine Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 27 giugno 2017, Ghiulfer Predescu c. Romania, R. 29751/09.

<sup>16</sup> Cfr. Corte Europea dei diritti dell’Uomo (2004). *Cumpana e Mazare c. Romania*, R. 33348/96. Corte Europea dei diritti dell’Uomo (2009), *Kydonis c. Grecia*, R. 24447/07.

<sup>17</sup> In questa occasione i giudici, ricordando come la fissazione delle pene rientri nella competenza dei giudici nazionali, ha stabilito che “*una pena detentiva inflitta per un reato commesso nel campo della stampa sia compatibile con la libertà di espressione giornalistica, garantita dall’articolo 10 della Convenzione, soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente quando siano stati gravemente lesi altri diritti fondamentali, come nell’ipotesi, ad esempio, della diffusione di un discorso di odio di istigazione alla violenza*”. Corte Europea dei diritti dell’Uomo, (2013). *Ricci/Italia*, R. 30210/06.

<sup>18</sup> Cfr. Corte Europea dei diritti dell’Uomo, (2013b), *Belpietro c. Italia*, R. 43612/10. In questa occasione i giudici nel motivare tale decisione hanno evidenziato come, nel caso specifico, la libertà di cronaca dovesse essere intesa quale nucleo fondamentale della libertà di espressione, sanzionando in maniera rigida la scelta dell’Italia di prevedere pene detentive, pecuniarie, eccessivamente alte, ed amministrative nei confronti dei giornalisti idonee a creare il c.d. *chilling effect* nei confronti degli stessi giornalisti ed imprese editoriali.

<sup>19</sup> Corte Europea dei diritti dell’Uomo, (2019). *Sallusti c. Italia*, R. 22359/13.

<sup>20</sup> Da un’analisi approfondita della decisione può evincersi, allo stesso modo, come la Corte non abbia espresso una contrarietà assoluta alla pena detentiva in materia di diffama-



### **3. Le (innumerevoli) prospettive di riforme (mancate) della normativa nazionale**

L'intervento della giurisprudenza europea sulla compatibilità della pena detentiva con la libertà di manifestazione del pensiero si è innestata all'interno di un dibattito indirizzato, nel corso degli anni, verso un'auspicata e necessaria riforma organica dell'intera normativa in materia di diffamazione a mezzo stampa che oggi, anche alla luce della decisione della Corte Costituzionale, risulta quanto mai imprescindibile e indifferibile.

Come è noto la volontà di superare tale disciplina è stata al centro dell'attività del legislatore che in più occasioni ha cercato di addivenire ad un riordino migliorativo della materia, salvo poi vanificare l'intero lavoro in quanto “ *nei diversi passaggi parlamentari si sono aggiunti nuovi fili o si è rimesso in discussione il disegno originario, con il risultato che la fine della legislatura ha posto nel nulla il lavoro svolto e ha ridato a tutti gli attori appuntamento alla volta successiva*”(GULLO, 2016).

Nello specifico, infatti, anche per recepire l'orientamento delle Corti europee sul punto, numerosi<sup>21</sup> sono stati i tentativi di superare l'attuale normativa attraverso l'abolizione della previsione della pena detentiva, sostituita da una multa in caso di attribuzione di un fatto determinato<sup>22</sup>, e di adeguare la stessa

zione a mezzo stampa. La stessa è infatti considerata uno strumento adeguato, in casi di eccezionale gravità, a tutela i diritti alla reputazione ed alla riservatezza maggiormente esposti in considerazione del potenziale di diffusione tramite il mezzo della stampa.

<sup>21</sup> Tra i tanti progetti che non hanno raggiunto la fase di approvazione si ricordano il D.D.L. N° 3735/1982; il D.D.L. N° 4192/1999; D.D.L. n° 3176/2004; il D.D. L. n° 918/06 ed il D.D.L. 925/13.

<sup>22</sup> L'eliminazione della pena detentiva con riferimento all'“offesa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato falso” è stata oggetto di critica da parte di autorevole dottrina che, sottolineando come la restrizione della libertà per queste ipotesi specifiche non si ponga in contrasto con la CEDU, evidenzia come l'abolizione della stessa risulterebbe contraddire quanto previsto dall'ordinamento nazionale che, in ipotesi di falso, personale o documentale, prevede sempre la punizione attraverso la pena detentiva. Cfr. PACE, (2014), Cfr. inoltre OROFINO, (2014) che concentrando la propria attenzione sul c.d. d.d.l. Costa (D.D.L. 925/13), ne aveva criticato, nello specifico, l'eliminazione della pena detentiva e l'estensione della stessa cancellazione anche a quelle attività non riconducibili all'esercizio di attività informative al fine di eliminare incertezze tra azioni illecite commesse nell'esercizio del diritto di cronaca e quelle che risultano essere diretta conseguenza del diritto di manifestazione del pensiero. Tale scelta avrebbe potuto causare, secondo l'Autore un rilevante indebolimento della tutela dei cittadini, vittime di offese ricevute non solo tramite il mezzo della stampa, ma soprattutto attraverso la rete.

alle nuove tecnologie, diffuse ormai anche nel settore dell'informazione professionale, che hanno reso inadeguate ed obsolete le vigenti disposizioni.

Non potendo in questa sede ripercorrere in maniera dettagliata tutti i testi che si sono susseguiti nel corso degli anni può tuttavia evincersi un *fil rouge* che ha caratterizzato gli stessi da potersi rinvenire nel difficile bilanciamento, dovuto anche ai differenti approcci culturali e politici al riguardo, tra la piena valorizzazione della libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della reputazione della persona<sup>23</sup>.

Attualmente, come ricordato anche dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza che si avrà modo di approfondire *infra*, in Parlamento sono in fase di approvazione due disegni di legge, che si propongono, qualora approvati, di rivedere la nozione di informazione professionale, predisponendo modifiche significative alle disposizioni della legge del 1948, del codice penale, nonché, ad alcune disposizioni dei codici civile, di procedura civile e di procedura penale<sup>24</sup>.

Si tratta di un progetto di riforma caratterizzato dalla necessità di assicurare un'effettiva tutela della persona offesa dalla notizia diffamatoria e garantire, al tempo stesso, un punto di equilibrio tra la tutela della dignità delle persone e il diritto di cronaca.

Nel dettaglio, al fine di sostituire il previgente articolo 13 della Legge n° 47/48, in entrambe le proposte all'esame del Parlamento, si è stabilito come, nelle ipotesi di diffamazione commessa con il mezzo della stampa, e della radiotelevisione si applichi una pena pecuniaria fino a 10.000 euro, aumentata fino a 50.000 euro nelle ipotesi in cui l'offesa consista nell'attribuzione di un fatto, rivelatosi falso, la cui divulgazione sia avvenuta con la consapevolezza della sua falsità, nonché la pena accessoria della pubblicazione della sentenza di condanna e dell'interdizione dalla professione di giornalista per un periodo da uno a sei mesi.

Il "nuovo" articolo 13 prevede altresì come tale previsione sia inoltre applicabile anche nei confronti del direttore o del vicedirettore responsabile di una testata giornalistica, cartacea, radiofonica, televisiva e telematica registrata che, a seguito di richiesta dell'autore della pubblicazione abbiano rifiutato di pubblicare le dichiarazioni o le rettifiche secondo le modalità previste.

<sup>23</sup> Cfr. sul punto PISAPIA, CHERCHI, (2020).

<sup>24</sup> Il riferimento è alla Proposta di Legge n° 416 presentata in 27 marzo 2018 presso la Camera dei Deputati, attualmente in fase di prima lettura, ed al Disegno di Legge n° 812 presentato presso il Senato della Repubblica e comunicato alla Presidenza il 20 settembre 2018 ed al momento in stato di relazione.

Dall'analisi dei due testi possono rinvenirsi molteplici contenuti positivi che possono essere considerati solo l'inizio di un più ampio aggiornamento normativo di una materia così delicata, quale la libertà di stampa e le disposizioni penali aventi ad oggetto i limiti della libertà di espressione.

L'aspetto ritenuto di straordinaria importanza appare essere però l'equiparazione delle testate giornalistiche telematiche alle altre forme di informazione professionale ed il conseguente riconoscimento alla stessa della giusta rilevanza anche in ambito giuridico, in considerazione dell'utilizzo sempre maggiore di tale strumento da parte della collettività.

Si tratta di una scelta importante anche in linea con la CEDU volta ad equiparare le due forme di stampa.

Al riguardo appare tuttavia opportuno sottolineare che il legislatore avrebbe potuto decidere di attenzionare la disciplina prevista per la stampa in modo da deregolamentare l'intero settore dell'informazione professionale, come da talune parti era stato proposto. Ha invece fatto la scelta opposta poiché essa appare come l'unica in grado di definire un reale bilanciamento tra libertà di informazione e tutela dei diritti individuali<sup>25</sup>.

Inoltre, se confermata la netta e specifica distinzione tra informazione professionale e non, slegandola dallo strumento utilizzato e collegandola alla finalità informativa, verrebbe confermata l'eccezionale attualità dell'articolo 21 della nostra Carta Costituzionale. Esso, infatti, prevede già la doppia e diversa classificazione della manifestazione del pensiero e della relativa regolamentazione: la prima volta a tutelare la libertà di chiunque di manifestare il proprio pensiero, l'altra ad *hoc* prevista per l'informazione professionale, circoscritta alla carta stampata ed, in futuro, allargata a tutti gli altri mezzi di diffusione.

Si tratta però, ad oggi, di, seppur positivi, meri propositi legislativi in quanto entrambi i testi risultano, ad oggi, fermi nella fase preliminare all'approvazione definitiva dei testi.

#### **4. L'ordinanza n° 132/20 della Corte Costituzionale**

In tale situazione di inerzia del Parlamento e di totale "scollamento tra le

<sup>25</sup> Sulla base di quanto evidenziato da parte della dottrina il bilanciamento tra diritti o libertà può esplicitarsi sotto forma di tre modelli: come concorrenza fra soggetti tra loro diversi che rivendicano la fruizione di uno stesso diritto; come concorrenza di interessi individuali non omogenei, ed, infine, come inconciliabilità tra utilità individuale e quelle collettive. Per una analisi più approfondita Cfr. BIN, (1993); SCACCIA, (1998); MORRONE, (2008).

*concrete dinamiche sociali e l'astratta realtà giuridica*" (PATERNITI, 2020) si innesta l'ordinanza n° 132/2020 con la quale la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi in materia, anche alla luce delle reiterate condanne da parte delle Corti europee per violazione, da parte dell'Italia, dell'articolo 10 CEDU.

Nello specifico, il Tribunale di Salerno nel 2019<sup>26</sup>, ha sollevato questione di legittimità dell'articolo 13 della Legge n° 47/48 e dell'articolo 595 comma 3 c.p., in quanto contrastanti con l'articolo 10 CEDU e, quindi, con l'articolo 117 comma 1 Cost. Secondo il giudice *a quo*, infatti, la definizione della pena detentiva potrebbe violare anche gli articoli 3, 21, 25, 27 e 117 comma 1 della Costituzione in considerazione dell'irragionevole e sproporzionato trattamento sanzionatorio previsto rispetto al bene giuridico tutelato, ovvero il rispetto della reputazione personale<sup>27</sup>.

Allo stesso modo il giudice ha sottolineato come le norme censurate andrebbero a vanificare la funzione rieducativa attesa la "*inidoneità della minacciata sanzione detentiva a garantire il rispetto della funzione general preventiva e specialpreventiva della pena stessa*", risultando la stessa inapplicabile e, quindi, non idonea a vincolare la condotta del singolo giornalista e della collettività.

In particolare, inoltre, dall'analisi dell'ordinanza del giudice rimettente, deve considerarsi del tutto irrilevante la circostanza secondo la quale la pena detentiva, seppur irrogata in poche occasioni, si somma alla pena pecuniaria (articolo 13 della Legge n° 47/48) o che sia prevista in maniera alternativa ad essa (articolo 595 c.p.), in quanto la sola astratta possibilità della sua applicazione è ritenuta idonea a provocare una ingiustificata compressione della libertà di espressione e di stampa<sup>28</sup>.

Seppur con motivazioni diverse anche il Tribunale di Bari nel 2019<sup>29</sup> ha

<sup>26</sup> Cfr. Tribunale di Salerno, Ordinanza 9 aprile 2019, n° 140.

<sup>27</sup> A ciò si aggiunga come sia stata estesa la questione di legittimità costituzionale anche nei confronti dell'articolo 595 comma 3 c.p. in considerazione del fatto che "*a prescindere dalla scelta di voler irrogare concretamente la sanzione pecuniaria piuttosto che la pena detentiva, rimessa alla discrezionalità del singolo giudice, tenuto conto di tutte le contingenze del caso di specie e bilanciate tutte le circostanze (aggravanti ed attenuanti) eventualmente ritenute sussistenti, è già la stessa previsione astratta di una pena detentiva- quindi la comminazione legislativa della stessa- ad essere eccessivamente limitativa del fondamentale diritto di manifestazione del pensiero, come tale in evidente violazione degli articoli 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 21 della Costituzione*".

<sup>28</sup> Cfr. CUNIBERTI, (2020).

<sup>29</sup> Tribunale di Bari, Ordinanza, 16 aprile 2019 n° 149.

sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13 della c.d. legge sulla stampa nella parte in cui la norma prevede la pena detentiva in maniera congiunta e non alternativa a quella pecuniaria, domandando, di fatto un intervento manipolativo della Corte volto a rendere alternative le stesse al fine di scongiurare *“un'indebita intromissione nelle scelte politiche del legislatore e che consentirebbe, in attesa di un intervento legislativo, di evitare nuove violazioni dell'articolo 10 della Convenzione”*<sup>30</sup>.

Secondo tale prospettiva, quindi, la definizione della pena detentiva non provocherebbe la lesione dell'articolo 10 della CEDU nella misura in cui si attribuisce al giudice la facoltà di irrogare la stessa nelle sole “situazioni eccezionali” cui fa riferimento la giurisprudenza europea.

Come è stato evidenziato la decisione della Corte che *“ si scrive ordinanza, ma si legge sentenza”* (ADAMO, 2018) si inserisce a pieno titolo in quella nuova impostazione decisoria<sup>31</sup>, inaugurata con il c.d. Caso Cappato, con la quale la stessa, *“riconoscendo pur non (ancora) dichiarando la parziale illegittimità costituzionale”* (APOSTOLI, 2019), *“non si limita ad immettere una nuova issue nell'agenda del legislatore ma vi aggiunge anche la precisazione del quando”* (PINARDI, 2020).

Nel ricordare come entrambe le ordinanze dei giudici rimettenti siano caratterizzate da specifici riferimenti alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo in materia di libertà di espressione, ritenuta violata nell'ipotesi di applicazione di pene detentive ai giornalisti condannati per diffamazione, la Corte Costituzionale ha evidenziato l'urgenza di una *“complessiva rimediazione del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale divenuto ormai inadeguato alla luce della giurisprudenza della Corte EDU che, al di fuori di ipotesi eccezionali considera sproporzionata l'applicazione di pene detentive, ancorché sospese o in concreto non eseguite, nei confronti di giornalisti che abbiano pur illegittimamente offeso la reputazione altrui”*.

Da un'attenta analisi della decisione può tuttavia evincersi come la Corte ammetta che il ricorso alla pena detentiva possa ritenersi non incompatibile

<sup>30</sup> Cfr. sul punto PISAPIA, CHERCHI, (2020).

<sup>31</sup> Cfr. MAZZOLA, (2020). Secondo l'Autrice *“ Gli aspetti che paiono confermare la nascita di una nuova tecnica decisoria in seno alla Corte Costituzionale sembra possano individuarsi nell'articolazione interna tipica delle sentenze ( ovvero nella divisione in Ritenuto in fatto e Considerato in diritto); nella posticipazione di un anno della decisioni, cui si collega la sospensione dei giudizi a quibus. Nel dettaglio, il giudice costituzionale si è pronunciato con un'ordinanza che ha tutto l'aspetto della sentenza non solo per la divisione interna ma anche perché la motivazione è feconda di contenuti, diversamente da quanto prescrive l'articolo 18 della l. 87 del 1953”*.

con l'articolo 10 CEDU nell'ipotesi in cui le condotte “*assumano connotati di eccezionale gravità*” e in particolare “*quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi di odio*”<sup>32</sup>.

Come è stato correttamente evidenziato in queste occasioni il giudice delle leggi “*evita di sottoscrivere la vulgata che si limita a sventolare bavagli o a gridare allo scandalo per ogni sanzione severa a carico del giornalista*”, offrendo, invece, “*le coordinate per un corretto intervento in questa delicata e complessa materia, tenendo conto che il mestiere del giornalista è pericoloso per chi lo esercita ma anche per chi subisce le conseguenze di una cattiva informazione*” (MELZI D'ERIL, VIGEVANI, 2020).

Sulla base di tali considerazioni il giudice delle leggi ha attribuito al legislatore il compito di riequilibrare tale rapporto andando a disciplinare specifiche ipotesi sanzionatorie capaci di scongiurare eventuali intimidazioni dell'attività giornalistica, assicurando, al tempo stesso, una effettiva tutela della reputazione della persona offesa da attività illecite.

Per questi motivi, in considerazione della presenza dei progetti di legge all'attenzione del Parlamento e nell'ottica della leale collaborazione istituzionale<sup>33</sup> e dei limiti derivanti dalle competenze assegnate ai singoli organi costituzionali, si è quindi deciso di rinviare la decisione della questione in esame “*in modo da consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali*”<sup>34</sup>.

## 5. Brevi considerazioni conclusive

L'ordinanza della Corte Costituzionale, oltre a stimolare il dibattito sulla possibile compatibilità di una normativa in materia di stampa, ritenuta (ormai) non rappresentativa dei mutamenti della società civile, con i principi

<sup>32</sup> Corte Costituzionale n° 132/2020, punto 8 del Considerato in diritto. Cfr. sul punto CUNIBERTI, (2020). Secondo l'Autore “*non è chiaro se tra le circostanze eccezionali che, ad avviso della Corte possono giustificare il ricorso alla pena detentiva possano essere ricomprese ipotesi particolarmente gravi di diffamazione o se, invece, tali circostanze eccezionali debbano necessariamente corrispondere a diverse, e più gravi, fattispecie incriminatrici*”.

<sup>33</sup> In un'ottica di leale collaborazione istituzionale tale circostanza potrebbe rappresentare una “*nuova opportunità per il Parlamento aiutato e sollecitato dalla Consulta ad assumersi la responsabilità di intervenire*”. Cfr. CUPELLI, (2019).

<sup>34</sup> In modo particolare i giudici hanno sottolineato il rischio che “*per effetto della stessa pronuncia di illegittimità costituzionale, si creino lacune di tutela effettiva per i controinteressati in gioco, seppur essi stesso di centrale rilievo nell'ottica costituzionale*”.

europei, permette di svolgere delle, seppur brevi, considerazioni sul sempre maggior indebolimento del ruolo del legislatore, incapace di trovare un giusto equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco, e sul conseguente “rafforzamento” di una “giurisprudenza legislativa”, ovvero di un giudice legislatore<sup>35</sup>.

Sul punto condivisibile dottrina ha evidenziato come “*al consapevole ritirarsi della politica da alcune decisioni fondamentali si è accompagnata l'intenzione di affidare alla magistratura lo scioglimento di nodi problematici che, per problemi di consenso o di equilibri di maggioranza, non si voleva dipanare in sede parlamentare*”. (LUCIANI, 2012)<sup>36</sup>.

In modo particolare, negli ultimi anni, in presenza di vuoti da parte del legislatore si è assistito ad una evoluzione della Corte Costituzionale che ha, in parte, sopperito a tale inerzia con interventi di stampo creativo e manipolativo anche in conseguenza dello sviluppo del c.d. *multilevel system* e del decentramento della produzione della legge e della sua qualità<sup>37</sup>.

L'insoddisfacente operato della componente politica, soprattutto in tema di tutela di diritti, ha infatti accelerato e accresciuto questa c.d. “*governance giudiziaria*” (BILANCIA, 2016) caratterizzata dalla circostanza secondo la quale i giudici debbano essere considerati attori protagonisti dell'era dei c.d. “nuovi diritti” (CARTABIA, 2009)<sup>38</sup> a discapito di un Parlamento da intendersi quale mero recettore dei dati giurisprudenziali<sup>39</sup>.

A ciò si aggiunge, inoltre, la definizione, da parte della stessa Corte, del termine di un anno assegnato al Parlamento per intervenire nel riformare la disciplina della diffamazione a mezzo stampa.

<sup>35</sup> Cfr. VIMERCATI, (2018).

<sup>36</sup> Sul punto l'Autore ha evidenziato come “*la giurisdizione si è trovata ad uscire dal terreno del controllo che è quello che le è più proprio, per addentrarsi in quello della mediazione e della regolazione del conflitto sociale rimesse, in linea teorica, al raccordo Parlamento- Governo in quanto funzioni implicanti, da un lato, la legittimazione dell'adozione di scelte che impegnano gli orizzonti politici del gruppo sociale e, dall'altro, la competenza ad accettare l'assetto degli interessi in giuoco e ad identificare il punto di equilibrio*”.

<sup>37</sup> Cfr. BIN, (2014); BALDINI, (2017); STAIANO, (2018); BIN, (2018).

<sup>38</sup> Cfr. PALOMBINO, (2020).

<sup>39</sup> Cfr. MORELLI, (2015). Cfr. inoltre ROBERTI, (2019). Secondo l'Autrice “*si tratta di una anomalia causata dai mutamenti sociali, politici ed economici di questi ultimi decenni che hanno destituito il Parlamento della sua posizione di “trasformatore” dei nuovi diritti. Più nello specifico, l'avvento della globalizzazione, la liquidità della società contemporanea, la separazione e l'imminente divorzio tra politica e diritto, la deterritorializzazione degli Stati nazione, il disconoscere la capacità delle Costituzioni di fronteggiare situazioni critiche ed il tecnocratismo esasperato dell'Unione Europea hanno contribuito a spostare il baricentro della tutela dei diritti dalla sfera politica a quella giurisdizionale*”.

Si tratta di una condizione, l'invito a legiferare, che ha sollevato un acceso dibattito in dottrina soprattutto in merito alla vincolatività o meno dello stesso nei confronti del Parlamento<sup>40</sup>.

Al riguardo autorevole dottrina ha avuto modo di ricordare come “*Il Parlamento esercita una potestà legislativa sovrana che fa le leggi e non esegue direttive*” e che, per questo motivo, “*non può accettare acriticamente un limite posto preventivamente dalla Corte stante il primato del momento rappresentativo*” (CRISAFULLI, 1976)<sup>41</sup>.

Per tale circostanza appare condivisibile affermare come lo strumento utilizzato dalla Corte possa qualificarsi soltanto quale modello di collaborazione informale tra Corte e Parlamento, non potendosi trasformare in “*celato tentativo della Corte di assumere un ruolo propositivo o di indirizzo nei confronti del Parlamento e tantomeno in uno strumento che detti tempi perentori entro cui intervenire*” (ROBERTI, 2019)<sup>42</sup>.

Al tempo stesso deve altresì evidenziarsi come, nonostante il Parlamento risulti essere “*quel porticato tra lo Stato e la società civile*” (MANZELLA, 2006) la “*Corte non è un organo politico ma è immersa nella politica*” (LUCIANI, 1989), essendo inserita in un modello in cui è comunque chiamata ad interagire con il potere<sup>43</sup>.

A ciò si aggiunga, inoltre, come, secondo quanto evidenziato da parte

<sup>40</sup> Cfr. sul punto PINARDI, (1993). In modo particolare l'Autore, analizzata la valenza del monito della Corte in casi di pronunce di inammissibilità o di rigetto, ha sottolineato come “*a carico del legislatore sorgono vincoli di varia intensità non solo in relazione al tipo di sentenza ma anche in relazione all'indole della sollecitazione pervenutagli, potendosi distinguere direttive più o meno vincolanti a seconda della connotazione a sua volta più o meno stringere ed ultimativa che la Corte ha voluto e saputo conferire alle valutazioni esplicitate in motivazione. Sicché quanto più il giudice costituzionale riesca a persuadere il legislatore ordinario che l'eventuale protrarsi della sua inerzia verrebbe inevitabilmente sanzionata con l'annullamento della disciplina sindacata, tanto più il monito potrebbe dirsi pressante e quindi efficace*”

<sup>41</sup> Cfr. CRISAFULLI, (1976). Secondo l'Autore il legislatore “*può risolvere il suo problema seguendo una strada diversa (e) disattendere l'avviso della Corte in quanto l'illegittimità di una legge così come la sollecitazione di un monito sono il prodotto di una valutazione limitata a quel momento in cui si solleva la questione di legittimità e all'orientamento della giurisprudenza costituzionale di quel dato periodo*”. Cfr. inoltre ONIDA, (1989). Nel legittimare la circostanza secondo la quale i moniti della Corte non abbiano una valenza vincolante l'Autore ha evidenziato come “*nel nostro ordinamento non c'è un giudizio di ottemperanza relativo alle sentenze della Corte analogo a quello previsto per l'ottemperanza al giudicato dei giudici comuni*”.

<sup>42</sup>Cfr. ROBERTI, (2019).

<sup>43</sup> In merito alla necessità di esaminare la natura ed il ruolo della Corte in relazione agli altri poteri Cfr. CALAMANDREI, (1950); BARILE, (1957); PALADIN, (2004); FERRARI, (2006).



della dottrina, l'impostazione seguita dalla Corte rappresenti il “*tentativo di affermare come propria quella porzione di responsabilità che il sistema costituzionale le ascrive relativamente all'inveramento della legalità costituzionale, per il versante che ad essa compete*” (PESCATORE, 2020), ricordando, altresì, che “*il modello disegnato dalla Corte in ordine alla tipizzazione dei ruoli istituzionali ha una forza non già autenticamente prescrittiva, bensì meramente persuasiva e che gli stessi operatori possono factis discostarsene*” (RUGGERI, 2019).

Da ciò ne deriva la necessaria interazione tra i due organi costituzionali, sulla base del rispetto del principio della separazione dei poteri delineato in uno Stato costituzionale<sup>44</sup>, che non potrà però essere caratterizzata da una “*interscambiabilità dei compiti relativi alla tutela dei diritti fondamentali, nel senso che l'azione politica e quella giurisdizionale devono rimanere su piani differenti*” (ROBERTI, 2019).

Ne consegue, pertanto, la necessità che il Parlamento riesca a smuoversi dall'inerzia di questi ultimi anni in modo da basare tale collaborazione su una preventiva cristallizzazione normativa di quelle esigenze sociali da tutelare al fine di evitare, come ricordato da parte della dottrina, il rischio di eludere il principio di certezza del diritto e dare spazio alle tendenze creative dei giudici<sup>45</sup>.

Per la parte che qui rileva può senza dubbio evidenziarsi come tale rinnovata vitalità dell'organo deputato all'esercizio del potere legislativo potrebbe giovare ad un settore, quello dell'informazione, caratterizzato da una normativa per lo più frammentaria e disorganica che ha reso, anche alla luce degli ultimi interventi giurisprudenziali, ancora più necessario ed urgente l'intervento del legislatore, chiamato a risolvere le criticità ed accogliere le sempre maggiori istanze di certezza del diritto in una materia che, per la sua rilevanza sociale, non può giustificare una gravissima *vacatio* legislativa ed essere condizionata dalle decisioni dei giudici nazionali ed europei.

<sup>44</sup> Cfr. MEZZANOTTE, (1989).

<sup>45</sup> Cfr. LUTHER, (2017). Al fine di “vincolare” il legislatore ad assumersi la responsabilità di intervenire attivamente alle sollecitazioni della Corte appare l'ipotesi tratteggiata in dottrina in virtù della quale, sulla base di quanto previsto dalla c.d. legge eurounitaria, immagina l'introduzione nell'ordinamento nazionale di “*una sorta di legge di adeguamento costituzionale, quale strumento normativo con cadenza periodica ed avente le finalità di sottoporre all'attenzione del Parlamento tutte le questioni evidenziate dalla Corte Costituzionale come bisognose di una regolamentazione legislativa*”. In questo modo tale scelta “*consentirebbe di attribuire significato anche all'eventuale atteggiamento omissivo del Parlamento che assumerebbe comunque le sembianze di una scelta politica: una scelta per omissione*”. Cfr. PATERNITI, (2020).

Appare evidente che si tratta di un intervento legislativo complesso per il quale le caratteristiche strutturali dei nuovi mezzi di informazione rendono auspicabile l'adozione di una nuova disciplina che, sulla base di quella prevista per la stampa tradizionale, possa differenziarsi in riferimento alle ipotesi di responsabilità ed in tema di garanzie ed eliminare quegli aspetti inconciliabili con i principi europei quale è, appunto, la previsione della pena detentiva per i giornalisti prevista in caso di diffamazione a mezzo stampa.

Tale circostanza renderebbe, di conseguenza, la nuova normativa compatibile con quanto previsto dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo in merito alla pena detentiva, considerata “*un'illegittima ingerenza nella libertà di manifestazione del pensiero non proporzionata e, quindi, incompatibile con l'art. 10 della Convenzione*”(2013)<sup>46</sup>, ma anche in riferimento alla profonda differenza tra l'informazione digitale e stampa in senso stretto che rende necessaria l'adozione di una distinta regolamentazione dei due mezzi di comunicazione tenuto conto anche del maggior rischio di lesione del diritto al rispetto della propria vita privata riconducibile all'utilizzo del *web*<sup>47</sup>.

In questo modo verrebbe rispettato, infine quanto previsto nel preambolo del capo II della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, di “*rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici*”.

Nonostante i migliori auspici, ricordando anche la c.d. vicenda Cappato molto più delicata di quella attuale che ha registrato un legislatore totalmente

<sup>46</sup> In questa occasione i giudici, ricordando come la fissazione delle pene rientri nella competenza dei giudici nazionali, ha stabilito che “*una pena detentiva inflitta per un reato commesso nel campo della stampa sia compatibile con la libertà di espressione giornalistica, garantita dall'articolo 10 della Convenzione, soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente quando siano stati gravemente lesi altri diritti fondamentali, come nell'ipotesi, ad esempio, della diffusione di un discorso di odio di istigazione alla violenza*”. Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 8 ottobre 2013, *Ricci/Italia*, R. 30210/06.

<sup>47</sup> Cfr. Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 16 luglio 2013, *Wegreznynowsky and Smolczewski c. Polonia*. In questa occasione, seppur in via incidentale, la Corte di Strasburgo ha evidenziato come “*Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter unideniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned.*”

passivo agli stimoli derivanti dalla Corte, deve concretamente immaginarsi come, anche in questa occasione, il Parlamento, malgrado il consenso che sembra piuttosto ampio ed in assenza di quelle distanze ideologiche che hanno ostacolato l'approvazione di una legge sul suicidio assistito, non riuscirà ad esercitare in maniera compiuta l'essenziale ruolo di decisore politico che l'ordinamento costituzionale gli attribuisce.

Nel caso in cui il legislatore si limitasse a modificare la disposizione oggetto di sindacato di costituzionalità, si tratterebbe di uno sforzo di sistema "eccessivo" in considerazione del fatto che lo stesso risultato si sarebbe potuto ottenere con una sentenza della Corte.

In tale ipotesi, dovranno essere restituiti gli atti ai giudici rimettenti per *ius superveniens*, a meno che la nuova disciplina venga ritenuta non modificativa della situazione in essere<sup>48</sup>.

In tale ipotesi, come sottolineato da parte della dottrina, "*i ravvisati profili di compatibilità costituzionale non potranno che condurre, qualora il legislatore licenzi un testo ritenuto inidoneo, a una dichiarazione di incostituzionalità e, se dal caso, anche della nuova, insoddisfacente, normativa*" (APOSTOLI, 2019).

Nell'ipotesi in cui il legislatore non risponda nuovamente all'ennesima esortazione ricevuta, verrà nuovamente confermato "*lo spostamento dell'equilibrio dei poteri a favore della iuris-dictio*" (BRUNELLI, 2019).

Si tratterà di una ulteriore occasione persa per intervenire, in una maniera chiara e puntuale, su una materia che, per la sua rilevanza sociale, non può più giustificare una gravissima *vacatio* legislativa e che, invece, continuerà ad essere condizionata dalle decisioni dei giudici nazionali ed europei.

In conclusione, nonostante la *voluntas* legislativa, rinvenibile nei progetti di legge che risultano essere all'attenzione del Parlamento, sia caratterizzata da una pura e semplice eliminazione della pena detentiva, in ossequio a quanto previsto in ambito europeo, tale scelta non può essere ritenuta idonea nel garantire una adeguata garanzia e forme di tutela nei confronti delle persone offese da una "*operazione diffamatoria che, magari conservando le vesti formali di una informazione obiettiva e misurata, si traduca nell'attribuzione di condotte disonorevoli e infamanti rischiano di arrecare al soggetto danni anche più gravi sotto le spoglie di una accurata ed obiettiva informazione giornalistica*" (CUNIBERTI, 2020).

Per questo motivo il legislatore dovrebbe preferire la previsione di sanzioni non incidenti sulla libertà personale del giornalista ma sul patrimonio o

<sup>48</sup> Cfr. MAZZOLA, (2020).

sulla vita professionale dello stesso e, in subordine, nelle ipotesi in cui queste ultime risultino inadeguate alla tutela della reputazione della persona offesa, considerare il ricorso alla pena detentiva anche nelle ipotesi di diffamazione così come evidenziato in una recente decisione della Corte di Cassazione secondo la quale, in attesa dell'intervento normativo o della Corte Costituzionale in veste di supplente del legislatore, la scelta di applicare la pena detentiva deve essere attribuita al giudice chiamato a valutare, nel caso specifico, l'eccezionale gravità della condotta diffamatoria<sup>49</sup>.

### Riferimenti bibliografici

- ADAMO, U. (2018). La Corte è "attendista"... "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale". Nota a Corte Cost.. Ord. 207 del 2018. *Forum di quaderni costituzionali*.
- APOSTOLI, A. (2019). Ancora qualche osservazione in tema di fine vita (sperando che la Corte non esiti oltre), in AA.VV., *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza 207 del 2018 della Corte Costituzionale*. Goware. Firenze.
- BALDASSARE, A. (1986). *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee. Pol. dir.*
- BALDINI, V. (2017). *I diritti fondamentali in movimento: dalla prospettiva storico-dogmatica all'esperienza. Cos'è un diritto fondamentale*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- BARILE, P. (1957). *La Corte Costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche. Giur cost..*
- BARILE, P. (1966). *Le libertà nella Costituzione*. Cedam. Padova.
- BARILE, P. (1975). *Libertà di manifestazione del pensiero*. Giuffrè. Milano.
- BILANCIA, F. (2016). *Giudici e legislatore. Dir. pubbl.*
- BIN, R. (1993). *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, V. Angiolini (Cur.). *Libertà e giurisprudenza costituzionale*. Torino. Giappichelli
- BIN, R. (2014). *Zone franche e legittimazione della Corte. www.forumcostituzionale.it.*
- BIN, R. (2018). *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni, www.rivistaaic.it.*

<sup>49</sup> Corte di Cassazione, 9 settembre 2020, n° 26509. Cfr. sul punto MELZI D'ERIL, VIGEVANI, (2020

- BRUNELLI, G., (2019). Imparare dal passato: l'ord. n°207/2019 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto. *www.forumdiquadernicostituzionali.it*
- CALAMANDREI, P. (1950). La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. Cedam. Padova
- CARETTI, P. (2011). Diritto dell'informazione e della comunicazione. Il Mulino. Bologna
- CARTABIA, M. (2009). L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti. *Quaderni Costituzionali*. n.3, p. 538
- CORASANITI, G. (1999). Diritto dell'informazione, Cedam. Padova.
- COSTANZO, P. (1993). Informazione nel diritto costituzionale. *Digesto disc. Pubbl.*
- COSTANZO, P. (1996). Aspetti evolutivi del regime giuridico di internet. *Dir. inform..*
- COSTANZO, P. (1998). Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet, *Dir. inform.*
- COSTANZO, P. (1999). Stampa (Libertà di), *Dig. Disc. Pubbl.*
- COSTANZO, P. (2000). Voce Internet. *Dig. Disc. Pubbl.*. Utet. Torino.
- COSTANZO, P. (2003). Profili costituzionali di Internet, Tosi, E. (Cur.), *I problemi giuridici di Internet*. Giuffrè. Milano
- CRISAFULLI, V. (1976). La Corte Costituzionale ha vent'anni. *Giur. cost.*.
- CUNIBERTI, M. (2014). Pene detentive per la diffamazione, responsabilità del direttore e insindacabilità delle opinioni del parlamentare: il "caso Belpietro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. *www.osservatorioaic.it*
- CUNIBERTI, M. (2020). La pena detentiva per la diffamazione tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte Costituzionale n. 132/2020. *www.osservatoriocostituzionale.it*
- CUOMO, G. (1956). Libertà di stampa e impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale. Jovene. Napoli
- FERRARI, G., (2006). La difficile nascita della Corte Costituzionale. Studi parlamentari e di politica costituzionale, in 1956-2006. Cinquant'anni di Corte Costituzionale. Giappichelli. Torino
- FOIS, S. (1957). Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero. Giuffrè. Milano.
- GULLO, A. (2016). La tela di Penelope. La forma della diffamazione nel Testo unico approvato dalla Camera il 24 giugno 2015. *www.dirittopenalecontemporaneo.it*
- JANNITI PIROMALLO, A. (1957). La legge sulla stampa. Spunti esegetici critici programmatici. Jandi Sapi. Roma.

- LIPARI, N. (1978). Libertà di informare o diritto ad essere informati?. *Dir. radio diff.*
- LOIODICE, A. (1967). Contributo allo studio della libertà di informazione, Giuffrè. Milano.
- LONATI, S. (2020). Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del c.d. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore. *www.medialaws.it*.
- LUCIANI, M. (1989). La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte Costituzionale degli anni novanta. *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento all'esperienze straniere*, Giuffrè, Milano.
- LUCIANI, M. (1989). La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana. *Pol. dir.*.
- LUCIANI, M. (2012). Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo). *Giur. cost.*
- LUTHER, J. (2017). Le (in)certezze del diritto tra legislatore, interprete e giudice che aggiusta automatismi. Crisi della rappresentanza e (in)certezza del diritto. *www.gruppodipisa.it*
- MANZELLA, A. (2006). Il Parlamento. Il Mulino Bologna.
- MAZZOLA, A. (2020). La Corte Costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "Caso Cappato". *www.consultaonline.it*.
- MELZI D'ERIL, C. (2013). La Corte europea condanna l'Italia per sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti. *www.dirittopenale contemporaneo.it*.
- MELZI D'ERIL, C.; Vigevani, G.E. (2020). La riforma della diffamazione: da Strasburgo al Senato, passando per Palazzo della Consulta. *www.medialaws.it*.
- MEZZANOTTE, C. (1989). Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale, *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Giuffrè. Milano.
- MORELLI, A. (2015). I diritti senza legge. *www.consultaonline.it*
- MORRONE, A. (2008). Bilanciamento (giustizia costituzionale). *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milano.
- MORTATI, C. (1973). La libertà di stampa in regime democratico. *Raccolta di scritti. Vol. III*. Giuffrè. Milano
- NUVOLONE, P. (1971). Il diritto penale della stampa. Cedam. Padova.

- ONIDA, V. (1989). Considerazioni sul tema, *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Giuffrè. Milano.
- OROFINO, M. (2014). Il disegno di legge S. 1119: alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra la libertà di espressione ed il diritto all'onore ed alla reputazione. [www.astridrassegnaonline.it](http://www.astridrassegnaonline.it)
- OROFINO, M. (2014), La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione. Giappichelli, Torino.
- PACE, A. (2014). Cronaca e diffamazione. [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it).
- PACE, A.; Manetti, M. (2006). Art. 21. La libertà di manifestazione del pensiero. *Commentario della Costituzione*. Zanichelli. Bologna.
- PALADIN, L. (1987). Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali. *Quad. cost.*
- PALADIN, L. (2004). Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana. Il Mulino. Bologna.
- PALOMBINO, G. (2020). La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte Costituzionale. [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).
- PANZERA, C. (2019). L'ordinanza "una e trina". [www.forumdiquadernicostituzionali.it](http://www.forumdiquadernicostituzionali.it)
- PAPA, A. (2009). Espressione e diffusione del pensiero in internet. Giappichelli. Torino.
- PAPA, A. (2018). Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale. Giappichelli. Torino.
- PATERNITI, F. (2020). La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale. [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).
- PERCHINUNNO, F. (2020). Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte Costituzionale. [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)
- PESCATORE, R. (2020). Caso Cappato- Antoniani: analisi di un nuovo modello monitorio. [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it).
- PICCHI, M. (2018). Leale e dialettica collaborazione fra Corte Costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n° 207/2018 di monito al legislatore e di contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale. [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it).
- PINARDI, R. (1993). La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità. Giuffrè. Milano.
- PINARDI, R. (2020). La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato. [www.forumdiquadernicostituzionali.it](http://www.forumdiquadernicostituzionali.it)

- PISAPIA, M., CHERCHI C. (2020). Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte Costituzionale. *www.giurisprudenzapenale.com*.
- ROBERTI, I. (2019). Il monito della Corte Costituzionale ed il termine di scadenza per il seguito parlamentare. Riflessioni a margine del caso Cappato. *www.federalismi.it*.
- RUGGERI, A. (2019). Rimosso senza indugio il limite alla discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce preannunciata regolazione del suicidio assistito. *www.giustiziainsieme.it*.
- RUGGERI, A. (2020). Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte Cost. n. 132 del 2020). *www.consultaonline.it*.
- SCACCIA, G., (1998). Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale. *Giur. cost.*
- SICA, S., ZENO ZENCOVICH, V. (2012). Manuale di diritto dell'informazione della comunicazione. Cedam. Padova.
- STAIANO, S. (2018). In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore. *www.federalismi.it*.
- TURCHETTI, S. ( 2019). Diffamazione e pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia da parte della Corte Edu. *www.dirittopenalecontemporaneo.it*
- VIGEVANI, G.E. (2015). Libertà di espressione, onore e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo. *www.federalismi.it*.
- VIMERCATI, S. (2018). Renvirement della Corte di Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica. *www.medialaws*.



RAPPRESENTANZA E MOBILITÀ DEGLI ELETTORI:  
LE NUOVE SFIDE PER IL DIRITTO DI VOTO  
NELLA SOCIETÀ IN MOVIMENTO

SIMONE PITTO

SOMMARIO: 1. Introduzione: società in movimento ed effettività del voto. – 2. Uno sguardo oltre confine: i principali meccanismi di voto fuori dal luogo di residenza dell'elettore a livello comparato. – 3. *Segue*. Voto anticipato e voto per procura. – 4. L'ordinamento italiano tra prevalenza del voto presso il luogo di residenza e recenti aperture. – 5. Alcuni rilievi conclusivi.

**1. Introduzione: società in movimento ed effettività del voto**

Istituti come la residenza e il domicilio delle persone assumono particolare importanza nell'ambito della legislazione elettorale sotto molteplici aspetti. Da un lato, per molti ordinamenti la residenza rappresenta il criterio principale per determinare il luogo in cui l'elettore si dovrà recare alle urne. Dall'altro lato, il luogo di residenza dell'elettore assume rilievo rispetto al rapporto tra rappresentanza e territorio<sup>1</sup>, sia con riguardo alla rappresentanza attiva sia a quella passiva, specie laddove la ripartizione dei voti espressi in seggi avviene prendendo a riferimento una determinata realtà territoriale. In una società liquida come quella attuale ove il movimento delle persone per le più varie ragioni di lavoro, studio o altro tra diverse città e fra Stati assume dimensioni del tutto rilevanti ed in crescita<sup>2</sup>, tuttavia, il riferimento al solo criterio della residenza o del domicilio per ancorare il nesso tra l'elettore, il luogo di espressione del voto e l'eletto, appare per alcuni versi sotto pressione se non finanche in crisi<sup>3</sup>.

Tra i vari profili sulla base dei quali è possibile indagare il complesso

<sup>1</sup> Si tratta di un tema sul quale abbondano i contributi in dottrina. Si vedano in particolare BARBERA, (2008), e CIOLLI, (2010).

<sup>2</sup> Oltre a costituire esercizio di una libertà fondamentale quale quella di circolazione e soggiorno, tutelata da possibili limitazioni, anche indirette, al godimento della stessa, come si dirà nel prosieguo.

<sup>3</sup> La pandemia da Covid19 ha particolarmente messo in luce i meccanismi di voto c.d. a distanza, tra cui il voto per corrispondenza o il voto elettronico, i quali hanno registrato un significativo incremento, in percentuale al numero complessivo di votanti, nel corso del 2020.

rapporto tra territorio e rappresentanza alla luce delle caratteristiche di una società contemporanea sempre più fluida, un tema particolarmente fecondo e recentemente dibattuto riguarda la mobilità territoriale degli elettori e in particolare, sul piano della rappresentanza attiva, il problema dell'individuazione del luogo in cui l'elettore "in mobilità" o "fuori sede" esprime il proprio voto<sup>4</sup>. Benché, infatti, nella maggior parte degli ordinamenti, tale luogo corrisponda alla circoscrizione elettorale del luogo di residenza dell'elettore, nel diritto comparato si apprezzano vari istituti che consentono agli elettori, ovvero a determinate categorie di essi, di esprimere il proprio voto al di fuori del comune di residenza ovvero senza recarsi affatto al seggio.

Fra i principali esempi di istituti derogatori alla regola della corrispondenza tra luogo di residenza e luogo di espressione del voto si può ad esempio ricordare l'attribuzione all'elettore della facoltà a votare in un seggio sito in un luogo nel quale si trova solo temporaneamente tramite il c.d. AVC o *absentee vote certificate*, un certificato che si utilizza per comunicare l'indisponibilità di un elettore di votare nel luogo di residenza e contiene di norma l'indicazione del luogo ove l'elettore si recherà alle urne. Ancora, si può considerare il voto per corrispondenza, modalità ampiamente utilizzata da varie democrazie occidentali fra cui la Svizzera e la Germania. Un altro meccanismo piuttosto diffuso è il c.d. *Early voting*, vale a dire la possibilità dell'elettore di votare in un luogo diverso da quello di residenza (di norma il domicilio temporaneo) e prima del giorno delle elezioni. Da ultimo, si possono altresì considerare il voto per procura, istituto presente in vari paesi francofoni quali Francia e Belgio e in generale i meccanismi che consentono di valorizzare la mobilità dell'elettore permettendo di votare al di fuori del luogo di residenza, ovvero del proprio seggio "naturale" mediante l'utilizzo di meccanismi elettronici. Si può notare come tutte le predette modalità di voto risultino caratterizzate, a livello normativo, da una costante tensione tra

<sup>4</sup> L'espressione, elettore in mobilità ripresa anche da RAMPULLA (2009) pp. 5 ss., verrà utilizzata nel presente contributo con la finalità di individuare i cittadini elettori che, per i più vari motivi di studio, lavoro, salute o altro, si trovano ad avere una dissociazione, anche prolungata, tra il proprio luogo di residenza e il luogo ove si trovano la maggior parte del tempo a svolgere le proprie attività. Rientrano in tale categoria, ad esempio e con particolare riferimento all'ordinamento italiano e agli istituti di cui all'art. 43 c.c. i cittadini residenti in un comune aventi domicilio e/o dimora in altro comune. L'espressione elettori "fuori sede" è invece ripresa dalle rivendicazioni di alcuni comitati civici come appunto il Comitato Iovotofuorisede, che a partire dal 2010 hanno portato avanti in Italia campagne di sensibilizzazione per la tutela dell'effettività dei diritti politici degli elettori domiciliati per ragioni di studio o lavoro fuori dal proprio comune di residenza.

esigenze diverse e spesso contrapposte. Da un lato, gli istituti che introducono deroghe o contemperamenti alla prevalenza del criterio del voto in un luogo presidiato corrispondente a quello di residenza mirano a garantire l'adeguamento dei meccanismi elettorali ad una società che cambia e di un elettorato sempre più in mobilità<sup>5</sup>, nonché a promuovere l'effettività del voto. Dall'altro lato, tuttavia, detti istituti si trovano spesso a doversi confrontare con il rispetto delle garanzie fondamentali del voto e della regolarità delle consultazioni elettorali nonché con la necessità di assicurare che la rappresentanza dei territori possa risultare falsata, specie con riguardo al rapporto tra elettori, territorio e rappresentanti eletti<sup>6</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il presente contributo mira ad analizzare prospettiva critica i meccanismi di deroga all'esercizio del diritto di voto nel luogo di residenza maggiormente diffusi a livello comparato, con la finalità di metterne in evidenza le principali problematiche, con particolare riferimento alle modalità utilizzate per assicurare le garanzie del voto. Accanto a tale finalità, si tenterà altresì di indagare se – come si ritiene in ipotesi – il crescente ricorso a tali istituti possa testimoniare il tentativo di adeguare i meccanismi elettorali alle caratteristiche di una società contemporanea sempre più liquida e in movimento, nella quale categorie come residenza e domicilio, fulcro della legislazione elettorale tradizionale, appaiono sempre più sfumate e per certi versi in crisi. Particolare attenzione verrà inoltre prestata allo studio di alcune recenti aperture apprezzabili nell'ordinamento italiano, storicamente considerato fortemente arroccato sul criterio della residenza, sia dal punto di vista del dibattito dottrinale sia con riguardo alle influenze di istituti stranieri<sup>7</sup>.

## **2. Uno sguardo oltre confine: i principali meccanismi di voto fuori dal luogo di residenza dell'elettore e le relative criticità**

Un primo meccanismo che consente all'elettore di votare nel luogo, diverso dalla residenza, in cui si trova solo temporaneamente è rappresentato

<sup>5</sup> Cfr. RAMPULLA (2009) pp. 5 ss.

<sup>6</sup> Alcune di tali modalità di voto, infatti, pongono significativi problemi dal punto di vista del riparto dei voti espressi.

<sup>7</sup> Dal punto di vista metodologico, si ritiene utile partire da una ricognizione empirica dei principali e più diffusi meccanismi di deroga al voto nel luogo di residenza ed approfondirne le peculiarità e le problematiche in una prospettiva dal particolare al generale.

dal c.d. AVC o *absentee vote certificate*<sup>8</sup>. I sistemi che introducono tale modalità di voto consentono all'elettore di comunicare la propria scelta di recarsi alle urne in un seggio diverso da quello ordinariamente utilizzato. Di norma tale luogo corrisponde al domicilio, ovvero ad altro luogo col quale l'aveute diritto al voto non presenta una relazione di permanenza così stabile quale la residenza. Tale opzione, peraltro, può essere rilasciata sulla base di una mera preferenza libera dell'elettore, ovvero per ragioni tassativamente indicate dall'ordinamento ritenute idonee a derogare al luogo naturale di esercizio del voto e viene materialmente esercitata attraverso l'emissione di un certificato amministrativo che consente all'elettore di recarsi a votare in altro seggio.

In alcuni ordinamenti dell'Europa orientale, sono diffusi meccanismi di voto di tale tenore per le consultazioni elettorali nazionali<sup>9</sup>. La Slovacchia, ad esempio, prevede la possibilità dell'elettore di votare al di fuori del luogo di residenza in caso di impedimenti a recarsi alle urne in tale luogo, mediante la richiesta di un certificato che permette di votare nel seggio prescelto. L'art. 9 dell'*Act on Elections to the National Council of the Slovak Republic* del 2004 disciplina tale facoltà nonché il contenuto del certificato<sup>10</sup>. Al rilascio di tale atto amministrativo segue inoltre la cancellazione dell'iscrizione dalle liste del registro permanente degli elettori e la conseguente iscrizione in un registro elettorale speciale<sup>11</sup>, destinato ai cittadini che hanno esercitato tale opzione<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> In argomento, GRACE (2007), p. 36.

<sup>9</sup> Cfr. BAUBOCK, (2005).

<sup>10</sup> Tale articolo disciplina in particolare sia il contenuto del certificate sia le modalità di rilascio, prevedendo che: "*An elector who is not able to vote in the polling district in whose electoral register he or she is registered shall receive from the municipality at his or her request a voting certificate; the elector shall be deleted from the electoral register and a note about the issuance of the voting certificate shall be added to it. Such a deletion is valid for the period of polling by voting certificate. A request pursuant to subsection (1) shall be submitted by the elector either in person or through a proxy. A request for a voting certificate may be made during office hours of a municipality not earlier than thirty days, and not later than two days, before polling day. A municipality shall issue a voting certificate on the same day that the request for it is made. A municipality shall keep a record of issued voting certificates. (...) A voting certificate entitles the holder to be registered in the electoral register of any other polling district. Such an entry is valid for the period of polling by voting certificate*".

<sup>11</sup> L'art. 10 del nell'*Act on Elections to the National Council of the Slovak Republic* specifica, in particolare, che il certificate consente al titolare di essere registrato nel registro elettorale di ogni altro seggio.

<sup>12</sup> Tale disciplina è contenuta nell'*Act on Elections to the National Council of the Slovak Republic* del 2004 e successive modifiche e in particolare, agli articoli 8-9. Cfr. RAMPULLA (2009) p. 47.

Un sistema simile si ritrova altresì nell'ordinamento ungherese, il quale consente agli elettori che si trovano al di fuori del luogo di residenza permanente di votare con un AVC nel luogo di permanenza temporanea, all'interno del territorio nazionale, senza necessità di dover motivare la propria scelta<sup>13</sup>. Il meccanismo amministrativo che permette tale modalità di voto, individua come fase iniziale la richiesta dell'elettore agli uffici elettorali locali comprensiva dell'indicazione del luogo prescelto per il voto. Una volta concesso il certificato, l'ufficio elettorale locale procede a rimuovere l'elettore dalle liste elettorali del luogo di residenza permanente e iscrive l'elettore nelle liste del luogo prescelto, rilasciando il certificato da presentare al seggio<sup>14</sup>.

Il sistema dell'AVC è stato oggetto di alcune considerazioni critiche da parte dell'OSCE. In relazione alle elezioni presidenziali ucraine del 26 dicembre 2004, in particolare, l'OSCE aveva inoltrato alcune raccomandazioni al governo ucraino rilevando l'opportunità di rinforzare la legislazione nazionale ucraina in tema di AVC per garantire la trasparenza delle operazioni di voto ed evitare l'abuso dello strumento<sup>15</sup>. La legislazione elettorale ucraina consentiva infatti la possibilità degli elettori di richiedere il certificato AVC per recarsi a votare in un seggio diverso da quello preconstituito. Fra le misure raccomandate, si includeva tra l'altro una drastica riduzione dell'emissione dei certificati, un controllo effettivo nella fase di stampa e distribuzione degli stessi e la tenuta di un registro con il numero dei certificati complessivamente distribuiti, così da garantirne la verificabilità<sup>16</sup>. Ovviamente meccanismi come quello del voto tramite AVC alla stregua di quelli previsti negli ordinamenti poc'anzi esaminati, non pongono eccessivi problemi con riguardo alla ripartizione dei voti a livello territoriale laddove l'intero territorio nazionale sia costituito in un'unica circoscrizione elettorale. In tali casi, infatti, si evita l'ulteriore problema di prestare l'istituto a possibili abusi, quali la scelta

<sup>13</sup> Cfr. art. 89 *Procedural Law* e successive modifiche.

<sup>14</sup> Dal punto di vista dell'incidenza sul piano numerico di tale opzione sulla totalità dei voti espressi è interessante il dato riportato dall'OSCE/ODIHR *Election Assessment Mission Report OSCE* sulle elezioni per il rinnovo del parlamento ungherese dell'11 aprile 2010, secondo cui, su un totale di elettori pari a 7,976,496, i voti tramite AVC furono 66,082 per la prima tornata elettorale e 54,758 per la seconda. Il report datato 9 agosto 2010 è reperibile al sito [www.osce.org/odihr](http://www.osce.org/odihr).

<sup>15</sup> Cfr. OSCE *Office for Democratic Institutions and Human Rights Election Observation Mission Presidential Election Ukraine 2004, Ukraine presidential election second round re-run 26 december, 2004 osce/odihr preliminary recommendations*.

<sup>16</sup> Cfr. pag. 4 delle Raccomandazioni.

di votare in un luogo ove la preferenza dell'elettore potrebbe astrattamente, sulla base delle caratteristiche politico territoriali, avere un'incidenza maggiore.

Un secondo tipo di istituto che consente all'elettore fuori sede o in mobilità di votare nel luogo ove si trova, ovvero in quello prescelto, è costituito dal voto per corrispondenza<sup>17</sup>. Si tratta della principale modalità di voto non presidiato nonché del meccanismo di deroga al criterio della residenza dell'elettore senza dubbio più diffuso e largamente utilizzato, a livello comparato. L'applicazione di tale meccanismo di voto, nondimeno, risulta caratterizzato da una molteplicità di varianti e applicazioni anche strutturalmente diverse tra loro. Una prima tipologia di voto per corrispondenza prevede, analogamente al sistema AVC<sup>18</sup>, una richiesta preliminare dell'elettore all'amministrazione. In alcuni ordinamenti, quali quello tedesco<sup>19</sup>, l'elettore ha facoltà di votare per corrispondenza senza allegare particolari ragioni a fondamento della richiesta<sup>20</sup>. In altri sistemi, per contro, si richiede all'avente diritto di giustificare la decisione di ricorrere a tale facoltà ovvero sono previste ipotesi tassativamente previste *ex lege* che giustificano il ricorso al voto per corrispondenza<sup>21</sup>. Caratteristiche parzialmente diverse assume invece il modello di voto per corrispondenza c.d. universale<sup>22</sup>. Prevedono meccanismi di voto ispirati a tale modello, ad esempio, la Confederazione elvetica e varie esperienze statuali degli Stati Uniti<sup>23</sup> che permettono di votare per corri-

<sup>17</sup> Per un'introduzione GRATTEI, (2005).

<sup>18</sup> Dal quale si differenzia, oltre che per le modalità concrete di espressione del voto, anche a livello classificatorio ove il sistema di voto con emissione di certificato AVC rientra nei meccanismi di voto presidiato nei quali l'elettore si reca fisicamente al seggio presidiato mentre ciò non avviene col voto per corrispondenza.

<sup>19</sup> Con riguardo all'ordinamento tedesco si veda altresì Gratteri (2009), secondo cui "In Germania il voto per corrispondenza è molto diffuso (circa 9 milioni di elettori, pari al 18,6 %, lo hanno utilizzato nel 2005) e la sua costituzionalità non è messa in discussione. Sin dal 1967 il Tribunale costituzionale ha stabilito che «il voto per corrispondenza non viola né la libertà né la segretezza del voto» (BVerfGE 21, 200, par. 18); e, successivamente, ha specificato che in larga misura è compito dell'elettore stesso assumere i necessari accorgimenti per tutelare la libertà e la segretezza del proprio voto".

<sup>20</sup> Oltre all'ordinamento tedesco ha tale caratteristica il voto per corrispondenza previsto in Lussemburgo.

<sup>21</sup> Le più comuni sono la presenza di motivi di salute, disabilità ovvero età avanzata, tutti fattori che giustificano il ricorso al voto per corrispondenza a fronte di ostacoli che potrebbero rendere eccessivamente gravoso recarsi alle urne per gli elettori. Limitazioni di tal guisa alla possibilità di votare per corrispondenza sono presenti, ad esempio, in Svezia e Lituania.

<sup>22</sup> Dalla diffusa espressione in inglese "*Universal Vote-by-Mail*".

<sup>23</sup> Si ricordano, fra gli altri, Colorado, Oregon, Utah e Hawaii.

spondenza sempre e senza previa autorizzazione né inserimento in elenchi o liste separate di elettori. Il *postal absentee ballot* statunitense, in particolare, risulta largamente utilizzato e rappresenta un istituto radicato nella tradizione elettorale di tale paese, specie con riguardo alle elezioni federali<sup>24</sup>. Tale sistema trova inoltre applicazione in diversi Stati anche per quanto riguarda diverse tipologie di elezioni incluse le primarie. La legislazione dei singoli Stati disciplina le modalità e i casi nei quali si può ricorrere la voto per corrispondenza prevedendo talora la necessaria presenza di determinate condizioni o motivazioni<sup>25</sup> sia, in altri casi, la possibilità di esercitare liberamente la facoltà di votare per corrispondenza, senza motivazione, secondo il predetto modello universale. A seguito dell'emergenza pandemica da COVID19, peraltro, la suddetta modalità di voto è stata anche al centro del dibattito per il record storico di votanti per corrispondenza registrato alle elezioni presidenziali statunitensi del novembre 2020<sup>26</sup>, oltre che per le criticità dal punto di vista della possibile compromissione delle garanzie del voto e del rischio di alimentare il sospetto di irregolarità nei conteggi<sup>27</sup>. Entrambi i profili appaiono di interesse rispetto alle finalità del presente contributo ove confermano quella tensione di cui si è fatto cenno tra la necessità di garantire al maggior numero possibile di elettori di esprimere la propria preferenza e quella, altrettanto importante, di "proteggere" uno dei momenti di maggior vulnerabilità degli Stati moderni, osservando quell'insieme di cautele e di misure che consentono il rispetto delle garanzie fondamentali del voto, quali la segretezza, la contestualità, la libertà e la personalità del voto.

L'emergenza sanitaria da Covid19 ha senza dubbio rappresentato un momento di forte espansione, per ovvie ragioni, di tutti i meccanismi di voto (quali il voto per corrispondenza, il voto anticipato, il voto elettronico e il

<sup>24</sup> Tra le ragioni alla base di tale diffusione, appare possibile annoverare la grande vastità del territorio statunitense, caratterizzato in alcuni Stati da una densità abitativa per km quadrato piuttosto bassa, con la necessità per molti elettori di percorrere distanze del tutto rilevanti per recarsi ai seggi.

<sup>25</sup> Fra gli altri Missouri, New York, Mississippi e Oregon. Le motivazioni principalmente previste riguardano anche per il voto per corrispondenza, motivi di salute, di lavoro studio o altro motivo di permanenza fuori dalla propria residenza. Cfr. in argomento MANN, (2014).

<sup>26</sup> Circa 65 milioni di elettori, secondo i dati riportati dall'osservatorio <https://electproject.github.io/Early-Vote-2020G/index.html>.

<sup>27</sup> È nota in particolare, l'eco polemica che ha accompagnato tali elezioni presidenziali specie con riguardo appunto ai ritardi nello spoglio dei voti espressi per corrispondenza, avvenuto in molti Stati a distanza di diversi giorni dall'*election day* e alle molte accuse di brogli ed irregolarità culminate, fra l'altro, negli scontri di Washington del gennaio 2021.

voto presso altro seggio ecc.) che consentivano di evitare la circolazione di grandi masse di individui<sup>28</sup>. Tali meccanismi, in molti casi, hanno effettivamente permesso l'operatività delle consultazioni elettorali in un momento di generalizzata pressione e sofferenza degli ordinamenti statali, offrendo una possibilità di ridurre i rischi per la salute degli elettori e garantire un afflusso regolare alle urne. Accanto a tali indubbi vantaggi, nondimeno, il voto per corrispondenza e in generale i meccanismi di voto a distanza mostrano il fianco a molteplici criticità, che giustificano l'introduzione di cautele per il loro utilizzo<sup>29</sup>. Il voto per corrispondenza è infatti una modalità di voto non presidiato, in base alla quale l'elettore esprime la propria preferenza liberamente ed al di fuori delle garanzie previste nel seggio, fra cui in particolare l'identificazione<sup>30</sup> e la verifica dell'assenza di interferenze ed elementi di possibile pressione sulla libertà di scelta dell'avente diritto al voto. Oltre al momento sensibile rappresentato dall'espressione del voto, inoltre, un ulteriore tema oggetto di forti criticità che accompagnano il voto per corrispondenza, riguarda la garanzia della continuità della segretezza<sup>31</sup> dal momento dell'espressione del voto alla sua registrazione<sup>32</sup>, nonché l'adozione di idonee misure di sicurezza rispetto al rischio di possibili alterazioni nel delicato processo di trasferimento materiale delle schede, specie laddove avvenga per posta. Fondamentale in tal senso appare la predisposizione di regole puntuali con riguardo alle procedure e ai soggetti cui è attribuito il compito di trasferire e recapitare a destinazione delle buste contenenti i voti espressi, nodo che appare rappresentare il vero punto dolente e più sensibile di questa tipologia di voto<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. WALLY, (2020).

<sup>29</sup> RAMPULLA, (2009), 52.

<sup>30</sup> Adempimento fondamentale per la garanzia della personalità del voto e della verifica sui rischi di indebita sostituzione.

<sup>31</sup> La quale, occorre ricordare, rappresenta una delle primigenie forme di garanzia del voto nata sia a tutela dell'elettore rispetto a possibili ritorsioni o conseguenze sfavorevoli da una scelta o l'altra, sia, per l'effetto, a tutela dello Stato con riguardo al rischio di influenze illecite sull'esito delle elezioni.

<sup>32</sup> Ossia al momento nel quale il voto espresso per corrispondenza dall'elettore materialmente raggiunge la sfera pubblica giungendo ad un ufficio elettorale.

<sup>33</sup> Si veda, *infra*, al paragrafo 4, il dibattito italiano e le prese di posizione della dottrina oltre che della stessa Corte costituzionale rispetto ai rischi connessi al voto per corrispondenza.



### 3. *Segue. Voto anticipato e voto per procura*

Un meccanismo che, analogamente al voto per corrispondenza, garantisce la flessibilità nella scelta dell'elettore sul luogo ove votare, riducendo la necessità degli spostamenti è il c.d. voto anticipato detto anche *early voting* o ancora *advanced voting*<sup>34</sup>. Tale istituto si sostanzia nella possibilità dell'elettore di votare in un luogo diverso da quello di residenza, anche qui di norma il luogo ove si trova temporaneamente per ragioni di studio o lavoro ovvero per mera indisponibilità a recarsi alle urne nel giorno prefissato per le elezioni. Fin qui l'istituto presenta caratteristiche simili al meccanismo dell'AVC e permette, come il voto per corrispondenza, di votare senza rientrare necessariamente presso il seggio ordinario dell'elettore, qualora quest'ultimo si trovi altrove. Il voto anticipato presenta, tuttavia, elementi peculiari che lo differenziano da entrambe dette modalità. In primo luogo, si differenzia dal meccanismo AVC laddove prevede l'istituzione di una finestra elettorale appositamente dedicata, di norma istituita prima del giorno delle elezioni (di qui le ragioni del nome), dedicata esclusivamente agli elettori che intendono recarsi a votare in altro seggio. Dal voto per corrispondenza, invece, l'*early voting* differisce in modo sostanziale laddove costituisce una modalità di voto presidiato, in base alla quale l'elettore esprime sempre la propria preferenza all'interno di una struttura pubblica nella quale sono di norma garantite particolari misure di sicurezza a tutela della segretezza e della libertà del voto. Il carattere presidiato del voto garantisce inoltre, di norma, l'identificazione dell'elettore da parte di un incaricato di pubblico servizio, mediante l'esibizione e la registrazione di documenti di identità. Peraltro, la funzione di meccanismo idoneo ad incidere anche dal punto di vista spaziale sul luogo di espressione del voto nell'*early voting* è solo eventuale: con tale istituto, infatti, è di norma consentito all'elettore di votare anticipatamente anche presso lo stesso seggio di appartenenza, usufruendo della finestra di voto anticipato in quanto meramente impossibilitato a recarsi alle urne nel proprio seggio durante l'*election day* prefissato<sup>35</sup>.

Dal punto di vista della diffusione, si ritrovano meccanismi ispirati al voto anticipato in vari paesi scandinavi quali Danimarca, Islanda e Finlandia pur con diverse differenze<sup>36</sup>. L'ordinamento danese, ad esempio, consente di

<sup>34</sup> Cfr. RAMPULLA, (2009).

<sup>35</sup> In questi casi, dunque, non si è di fronte ad alcuna modificazione spaziale del luogo di voto.

<sup>36</sup> Si vedano in particolare l'*Election Act* n. 714/1998 finlandese e successive modifiche,

votare anticipatamente, senza allegare particolari ragioni, a tutti coloro che reputino di non aver la possibilità di recarsi alle urne nel giorno prefissato per le elezioni ed anche ai residenti all'estero presso gli organi di rappresentanza diplomatica<sup>37</sup>. La Finlandia, invece, si caratterizza per la minuziosa articolazione della forma del procedimento di voto anticipato<sup>38</sup>. E' infatti prevista la possibilità di votare anticipatamente in una finestra temporale ben definita tra l'undicesimo e il quinto giorno precedente l'*election day* presso gli uffici elettorali prescelti<sup>39</sup>, nei quali l'elettore viene regolarmente identificato dall'incaricato pubblico e vota alla stregua di una comune elezione mediante deposito della scheda in una busta che verrà successivamente recapitata a cura dell'ufficio elettorale al diverso ufficio del luogo di iscrizione dell'avente diritto nelle liste elettorali<sup>40</sup>. I profili più sensibili di tale tipologia di voto riguardano il modo in cui i voti espressi nel seggio prescelto dall'elettore vengono ripartiti nella circoscrizione territoriale di riferimento. *Nulla questio*, come per il voto con il sistema AVC, se l'intero territorio costituisce un'unica circoscrizione elettorale<sup>41</sup>. I voti possono in tal caso essere conteggiati assieme agli altri senza pregiudizio per la corrispondenza tra preferenze espresse e ripartizione dei seggi a livello territoriale. Laddove invece vi siano diverse circoscrizioni elettorali è necessario garantire che i voti espressi in una circoscrizione diversa da quella ordinaria dell'elettore non alterino la rappresentanza su base territoriale. Sotto tale profilo, invero, le soluzioni tecniche possibili sono svariate. Una prima è la previsione del trasferimento dei voti espressi nel seggio prescelto per il voto anticipato a quello di iscrizione ordinaria dell'elettore, come avviene nel caso finlandese, con i conseguenti problemi di garanzia della sicurezza e segretezza nel trasferimento dei voti qualora tale trasferimento avvenga per posta<sup>42</sup>. Un'altra soluzione

nonché il *Parliamentary Election Act 1987* e successive modifiche del Regno di Danimarca. Sul punto, RAMPULLA (2009) p. 52 e GRATTERI (2005), p. 27.

<sup>37</sup> Cfr. MILLER, ELKLIT (2009), 30 ss. È peraltro consentito esperire tale modalità di voto anche alle persone malate o con disabilità che rendono difficoltoso recarsi al seggio.

<sup>38</sup> L'art. 4 dell'*Election Act* del 1998, emendato nel 2004, prevede in generale l'accostamento del voto anticipato a quello ordinario quali modalità di conduzione delle elezioni. L'art. 46, inoltre, stabilisce il diritto generalizzato a tale modalità di voto nel territorio nazionale e all'estero "*Every enfranchised person is entitled to vote in advance in the general advance voting polling stations in Finland and in the Finnish diplomatic missions abroad*".

<sup>39</sup> Si veda in particolare l'art. 46 dell'*Election Act* finlandese.

<sup>40</sup> RAMPULLA (2009) p. 52

<sup>41</sup> Nell'ordinamento italiano ciò succede, come noto, per le consultazioni referendarie. Si vedano comunque le considerazioni di cui *infra* al paragrafo 4.

<sup>42</sup> Una delle proposte di riforma avanzate nel nostro ordinamento, come si dirà nel pro-

potrebbe invece riguardare il conteggio dei voti direttamente nel seggio del voto anticipato, sebbene detta ipotesi rischi di complicare le operazioni di spoglio e di successiva comunicazione dei voti tra uffici elettorali, appesantendo il relativo *iter* amministrativo.

Infine, l'ultimo tipo di meccanismo di voto oggetto della presente analisi che consente all'elettore di derogare alla regola del voto presso il comune di residenza ovvero di iscrizione ordinaria alle liste elettorali è il voto per procura o *proxy voting*<sup>43</sup>. Si tratta invero da una modalità di voto caratterizzata da significative peculiarità e diffusa per le consultazioni elettorali nazionali soprattutto in Francia e Belgio col *vote par procuration*. In base a tale meccanismo, in sintesi, un elettore ha la possibilità di delegarne un altro a votare per proprio conto, laddove sussistano motivi ostativi alla partecipazione del delegante alle elezioni. Viste le significative ripercussioni insistenti della delegazione dell'esercizio di un potere così sensibile e fondamentale quale quello di esprimere con il voto la partecipazione del popolo sovrano alla vita politica del paese, tale modalità di espressione della preferenza elettorale è circondata da un impianto articolato di regole poste a garanzia di possibili abusi. In Francia, ad esempio, il *Code électoral*<sup>44</sup> limita la possibilità di delegare il voto ad elettori iscritti nello stesso comune del delegante ed in possesso dei diritti politici<sup>45</sup>. Il delegante, inoltre, attesta di trovarsi nell'impossibilità di recarsi a votare il giorno delle elezioni per ragioni di lavoro, obblighi formativi, ovvero disabilità o altro motivo di salute, dovendo dunque fornire una motivazione per il ricorso al *vote par procuration*. È inoltre previsto un limite massimo di due procure per un singolo delegato e la possibilità di revocare in ogni caso la procura, che di norma risulta limitata ad una singola consultazione. Le deleghe conferite, ai sensi dell'art. L76 del Code, vengono inoltre annotate nel registro elettorale accanto al nome del votante così da garantire la trasparenza della delegazione e consentire eventuali impugnazioni sulla base di evidenze risultanti dai pubblici registri<sup>46</sup>.

Dal punto di vista dei fini della presente trattazione, rileva in particolare

sieguito, ha ad esempio ipotizzato il trasferimento dei voti espressi anticipatamente in altro seggio ad opera delle prefetture, dunque senza contare sul trasferimento postale per evitare i relativi maggiori rischi.

<sup>43</sup> Cfr. COULMONT, B., CHARPENTIER, A., GOMBIN, J. (2014).

<sup>44</sup> In particolare, gli articoli da L71 a L78.

<sup>45</sup> Cfr. art. L72 del Code.

<sup>46</sup> Il voto per procura è previsto, con caratteristiche simili a quello francese, anche in Belgio ai sensi dell'articolo 147bis del *Code électoral* che prevede il rilascio della procura su un formulario consegnato dalla stessa amministrazione comunale.

il fatto che attraverso il voto per procura un elettore non presente nel proprio comune di iscrizione nel giorno delle elezioni, ad esempio perché in altro luogo (eventualmente anche all'estero) per ragioni di studio o lavoro, ha la possibilità di esprimere il proprio voto presso il comune di iscrizione<sup>47</sup>. Il voto per procura, benché radicato nelle tradizioni costituzionali di diversi paesi con una risalente storia democratica<sup>48</sup>, rappresenta un modello difficilmente esportabile in altri ordinamenti per garantire l'estensione della partecipazione elettorale, specie in ragione di limiti espliciti stabiliti a livello costituzionale<sup>49</sup>. Detto istituto, inoltre, è da sempre oggetto di criticità con riguardo alla possibilità di prestarsi ad applicazioni abusive in presenza di delegazioni non completamente libere ovvero del rischio di condizionamenti sulla scelta personale dell'elettore.

#### **4. L'ordinamento italiano tra prevalenza del voto presso il luogo di residenza e recenti aperture**

L'impianto costituzionale italiano in tema di diritti elettorali si fonda, come noto, sull'istituto fondamentale della cittadinanza, intesa, nell'accezione più tradizionale riconosciuta dalla dottrina, come la pregnante relazione giuridica che lega l'individuo allo Stato e come chiave di volta nell'attribuzione di determinate garanzie e diritti costituzionali<sup>50</sup>. Una delle più interessanti ricostruzioni ai fini della presente trattazione implica una concezione della cittadinanza in termini di "status", ossia come complesso di diritti e doveri imputabili all'appartenenza della persona ad una determinata comunità politica<sup>51</sup>. Tale appartenenza, invero, si esprime nella necessaria presenza di un individuo nel territorio dello Stato, ovvero di altro ente terri-

<sup>47</sup> Tale condizione non è peraltro necessaria laddove è consentito per elettori con problemi di salute di votare per procura anche qualora si trovino nel proprio luogo di iscrizione nel giorno delle elezioni. Si ritiene siano ammessi a votare per procura anche gli elettori che si trovano al di fuori del proprio comune di iscrizione perché ad esempio in vacanza. Così RAMPULLA, (2009), p. 52.

<sup>48</sup> Oltre a Francia e Belgio si ricorda anche l'Olanda, la quale consente il voto per procura anche per elettori che si trovano all'estero.

<sup>49</sup> Quali, ad esempio, il principio di personalità del voto di cui all'art. 48 Cost., con riferimento all'ordinamento italiano, ma anche al principio di uguaglianza dello stesso in caso di pluralità di delegazioni di voto.

<sup>50</sup> ROLLA, (2018).

<sup>51</sup> Cfr. in tale prospettiva, BERTI, (1997).

toriale, inteso come luogo di svolgimento della personalità umana e, si può aggiungere, come luogo di partecipazione alla vita pubblica della comunità<sup>52</sup>. In tale prospettiva, un dato di non secondaria importanza su cui riflettere è la necessaria ampiezza del periodo di permanenza di un individuo sul territorio dello Stato affinché si possa considerare sussistente tale relazione. In altre parole, partendo dalla ricostruzione del fondamento dei diritti politici come sopra richiamato, occorre chiedersi quando o, *recte*, dopo quanto tempo di permanenza di un individuo nel territorio di uno Stato sorge l'esigenza di tutelare e garantire il diritto alla partecipazione alla vita politica di quella comunità mediante l'acquisto della cittadinanza ovvero la garanzia di diritti di elettorato attivo e passivo. Questa problematica è di grande interesse ed attualità per quanto riguarda il dibattito relativo all'estensione soggettiva dei diritti di elettorato attivo e passivo a quei soggetti che, pur non possedendo la cittadinanza italiana, a seguito di una lunga permanenza nel territorio della Repubblica, sono interessati a partecipare alla vita politica della propria comunità<sup>53</sup>. Ma la questione è di interesse anche con riguardo all'individuazione del luogo ovvero dei luoghi ove l'elettore dovrà recarsi alle urne. In questa prospettiva, un primo dato da mettere in rilievo, è che l'ordinamento italiano prevede un sistema elettorale tradizionalmente molto incentrato sul criterio della residenza per l'individuazione del luogo di espressione del voto. L'elettore si reca pertanto alle urne unicamente presso il seggio assegnato nel comune di residenza e, qualora si trovi altrove in prossimità delle elezioni, è tenuto a rientrarvi per poter partecipare alla consultazione elettorale. Sono previste limitate eccezioni alla regola, stabilite dagli artt. 48-51 del D.P.R. 30 marzo 1957 n. 361, che consentono ad alcune categorie di elettori fra cui gli scrutatori, i militari, i vigili del fuoco, i presidenti di seggio e i naviganti<sup>54</sup> di esprimere il voto in un comune diverso da quello di residenza<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Cfr. NICOTRA GUERRERA, (1995), pp. 55 ss.

<sup>53</sup> In argomento si veda in particolare RUGGIERI, (2015), pp. 132 e ss.

<sup>54</sup> Un'ulteriore eccezione è stabilita per i degenti in ospedali e case di cura, ammessi a votare nel luogo di ricovero ai sensi dell'art. 51 del D.P.R. sopra citato.

<sup>55</sup> Altra limitata eccezione sussiste, solo per le consultazioni referendarie, in virtù dell'art. 19 della Legge 25 maggio 1970 n. 352, che consente anche ai rappresentanti dei gruppi politici rappresentati in Parlamento nonché ai promotori dei referendum di votare presso il seggio prescelto, anche diverso da quello di residenza. Attraverso tale meccanismo, ad ogni tornata elettorale un gran numero di elettori, negli ultimi anni, ha richiesto ed ottenuto di farsi delegare quale rappresentante di lista al fine di recarsi a votare senza tornare al seggio di iscrizione chiedendo di votare ai sensi dell'art. 19 della l. 352/1970.

Diverso è il caso degli elettori italiani residenti all'estero i quali possono votare per corrispondenza presso l'apposita circoscrizione istituita ai sensi dell'art. 48 comma 3 Cost., purché iscritti all'Anagrafe degli italiani residenti all'estero - A.I.R.E.<sup>56</sup>, alla quale possono accedere a seguito di una permanenza di almeno un anno in territorio straniero<sup>57</sup>. In base a detto sistema, dunque, un elettore intenzionato a votare ma domiciliato o temporaneamente presente in altro comune del territorio nazionale non ha la possibilità di votare se non rientrando nel proprio comune di residenza. Il legislatore italiano ha peraltro previsto un meccanismo di rimborso parziale dei costi di viaggio attribuito agli elettori in tali condizioni. I rimborsi, tuttavia, sono solo parziali e legati a soluzioni di viaggio limitate quanto a tipologie di vettori convenzionati e soluzioni di trasporto<sup>58</sup>. La stessa previsione del legislatore testimonia *ex se* un fenomeno di dissociazione tra luogo di residenza e di domicilio dell'elettore del tutto rilevante nell'ordinamento italiano e in continua crescita, a fronte dell'incremento della mobilità tra città e regioni delle persone per ragioni di studio o lavoro<sup>59</sup>. Da qualche anno, invero, il sistema sopra descritt-

<sup>56</sup> Si tratta dell'anagrafe degli italiani residenti all'estero istituita dalla legge n. 470 del 1988.

<sup>57</sup> Sul voto per corrispondenza degli italiani all'estero si sono registrate varie critiche in dottrina per i particolari rischi connessi alle garanzie di segretezza, personalità e uguaglianza del voto di cui all'art. 48 Cost. a fronte di alcuni episodi che hanno messo in luce la fragilità del sistema. Cfr. sul punto GROSSO, (2002) e RUBECCHI, (2017). Anche la Corte costituzionale si è del resto pronunciata sul punto affermando ad esempio nell'ordinanza n. 63 del 27.3.2018 nella quale, nel dichiarare manifestamente inammissibile una questione avente ad oggetto la l. 27 dicembre 2001, n. 459, evidenziava tuttavia "oggettive criticità della normativa denunciata quanto al bilanciamento della «effettività» del diritto di voto dei cittadini residenti all'estero con gli imprescindibili requisiti di personalità, libertà e segretezza del voto stesso".

<sup>58</sup> Peraltro, stando ai dati forniti da un'interrogazione parlamentare promossa dall'On. Brescia nel 2019, si tratterebbe anche di un sistema piuttosto oneroso per l'erario ove il MEF avrebbe stimato per le ultime elezioni politiche costi per circa 8 milioni di Euro di rimborsi di viaggio alle aziende convenzionate a fronte di circa Euro 7 milioni complessivi per consentire il voto dall'estero in tutto il territorio dell'Unione europea, per oltre 44 uffici consolari.

<sup>59</sup> In uno studio della Banca d'Italia sulla mobilità del lavoro del 2010 (studio 61 del gennaio 2010) si afferma in particolare, con riguardo ai soli cittadini fuori sede per motivi di lavoro che "Nel 2005 la somma dei trasferimenti di residenza dal Mezzogiorno verso il Centro Nord e dei lavoratori meridionali che dichiaravano di lavorare nelle regioni centrosettentrionali era uguale a circa 270 mila persone (320 mila unità all'inizio del decennio) (...) "Nel 2007, circa 140 mila persone (il 2,3 per cento degli occupati) residenti nel Mezzogiorno indicavano il Centro Nord come luogo abituale di lavoro". A tali stime, relative solo al Mezzogiorno, vanno aggiunti inoltre tutti gli studenti fuori sede, circa il 21% del totale degli studenti in Italia secondo lo studio Istat "Studenti e bacini universitari" del 2016, reperibile sul sito web dell'ISTAT, nonché i lavoratori di altre zone del Paese.

to e la rigidità del criterio della residenza quale unico luogo di espressione del voto è stato al centro del dibattito e di alcuni tentativi di riforma. A difesa del sistema attuale si può osservare che gli elettori nella situazione sopra descritta hanno pur sempre la possibilità di modificare il proprio luogo di residenza con quello di domicilio, così eliminando la dissociazione tra dati anagrafici e realtà di fatto, per votare ove ritengono. Dall'altro lato, tuttavia, la questione appare più complessa di quanto si possa pensare. La scelta di mantenere la dissociazione tra luogo di residenza e di domicilio, infatti, può trovare legittime ragioni nella volontà dell'elettore di mantenere un rapporto con il proprio luogo di origine<sup>60</sup>, o ancora per la temporaneità della collocazione in altro comune e finanche per ragioni di convenienza anagrafica o fiscale<sup>61</sup>. Tale dissociazione, del resto, è pacificamente consentita dalla legislazione attuale ove il nostro ordinamento, diversamente da altre esperienze, non ha fatto proprio il criterio a soluzione dell'unicità della sede della persona fisica<sup>62</sup>, come testimonia l'art. 43 c.c., ma ha implicitamente ammesso e valorizzato la possibilità di una persona fisica di declinare il rapporto con il territorio in una pluralità di modi e gradazioni differenti<sup>63</sup>. Il Codice civile non sembra peraltro prevedere né un obbligo giuridico di coincidenza tra domicilio e residenza né tantomeno di dichiarazione del cambio di residenza in caso di permanenza prolungata in altro luogo, ove si limita a statuire, ai sensi dell'art. 44 c.c.<sup>64</sup>, che in caso di mancata dichiarazione, il trasferimento di residenza non può essere opposto ai terzi che abbiano in buona fede confidato nella permanenza della residenza. Il dato è del resto confermato, oltre che dalla disciplina in tema di indicazioni anagrafiche, anche dalla presenza

<sup>60</sup> Si pensi ad esempio al caso degli studenti che studiano fuori sede.

<sup>61</sup> Si possono in particolare ricordare le regole in tema di residenza previste per beneficiare degli incentivi fiscali per l'acquisto di immobili. Tale normativa potrebbe rendere più conveniente, per chi si trova ad esempio per un periodo limitato della propria vita in una città diversa da quella di residenza ma conta di tornarvi, non modificare il luogo di residenza.

<sup>62</sup> Peraltro, in continuità rispetto alle scelte del Codice del 1865.

<sup>63</sup> In base all'art. 43 c.c. "Il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi" mentre "La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abitualmente". La residenza si fonda, dunque, sulla permanenza, con sufficiente stabilità, in un luogo e per l'elemento soggettivo dell'intenzione di abitarvi stabilmente, rivelata dalle consuetudini di vita e dallo svolgimento delle normali relazioni sociali (cfr. Cass. n. 25726/2011). La scelta del Codice civile, peraltro, appare in realtà tutt'altro che miope rispetto al mutamento odierno della società, sempre più liquida sul piano del lavoro e della circolazione di persone e beni.

<sup>64</sup> Il secondo comma dell'articolo, peraltro, regola i rapporti tra trasferimento di residenza e domicilio e prevede espressamente l'ipotesi che domicilio e residenza non coincidano.

dello schedario della popolazione temporanea non residente<sup>65</sup> e dall'assenza di obblighi a carico di rettifica del luogo di residenza nella legislazione in tema di locazioni abitative e nella legislazione di livello universitario<sup>66</sup>. A chiusura di questa breve disamina, si può inoltre richiamare la giurisprudenza della Corte costituzionale che riconduce alla libertà fondamentale di cui all'art. 16 Cost. la scelta della sede della persona fisica e prevede che la libertà di scelta della residenza possa essere limitata solo eccezionalmente<sup>67</sup>. Di fronte al quadro sopra descritto, negli ultimi anni sembrano potersi registrare alcune aperture del nostro ordinamento rispetto all'aggiornamento delle modalità di voto. Le direttrici di tali aperture appaiono da un lato rivolte nel senso di promuovere l'effettività del voto mediante la garanzia di una più ampia partecipazione del corpo elettorale<sup>68</sup>. Dall'altro lato, tale tendenza sembra motivata dalla necessità di fornire una risposta alle istanze di una sempre crescente porzione di elettorato in mobilità<sup>69</sup>.

Al riguardo si può innanzitutto considerare il recente intervento del legislatore nazionale del 2015 con l'introduzione dell'art. 4 bis della l. 6 maggio 2015 n. 52<sup>70</sup>. Con tale norma si è permesso di votare dall'estero per corrispondenza agli elettori che si trovano fuori dal territorio nazionale per un periodo di almeno tre mesi, per motivi di lavoro, studio o cure mediche, in un paese nel quale non sono residenti<sup>71</sup>. Si tratta invero di un intervento

<sup>65</sup> In base all'art. 32 del Regolamento anagrafico (DPR 223/89) lo "Schedario della popolazione temporanea" che include i cittadini che, essendo dimoranti nel comune da non meno di quattro mesi, non si trovano ancora in condizione di stabilirvi la residenza per qualsiasi motivo. L'iscrizione viene effettuata a domanda dell'interessato o d'ufficio quando l'ufficiale di anagrafe venga a conoscenza della presenza della persona nel comune da non meno di quattro mesi. La norma appare confermare ulteriormente la possibilità di mantenere la dissociazione tra residenza e domicilio. Nonostante tale previsione, peraltro, non esistono meccanismi che consentano agli iscritti nello schedario della popolazione temporanea di votare dove si trovano.

<sup>66</sup> In base all'art. 31 disp. att. c.c., inoltre, «il trasferimento della residenza si prova con la doppia dichiarazione fatta al comune che si abbandona e a quello dove s'intende fissare dimora abituale». Tale indicazione può essere non così semplice da indicare specie a fronte di trasferimenti solo temporanei, ad esempio, motivati da singoli periodi di permanenza in altro comune per motivi di lavoro, cure mediche ecc., ai quali non segue il trasferimento della dimora abituale.

<sup>67</sup> Cfr. Corte cost. n. 24/1969.

<sup>68</sup> Specie a fronte di dati che nell'ultimo decennio testimoniano un crescente fenomeno di astensione.

<sup>69</sup> Tra queste categorie spiccano in particolare gli studenti e i ricercatori universitari per i quali il fenomeno della dissociazione tra luogo di residenza e domicilio è particolarmente comune.

<sup>70</sup> Trattasi del c.d. "Italicum".

<sup>71</sup> E pertanto nel quale non potrebbero votare presso la circoscrizione estero.



espressamente adottato in risposta alle rivendicazioni sollevate da diverse associazioni rappresentative degli studenti aderenti al programma Erasmus per le elezioni politiche del marzo 2013<sup>72</sup>. Sempre nel senso di mostrare una tendenza all'apertura a modalità di voto volte a consentire una maggior partecipazione e una risposta alle istanze degli elettori in mobilità, sembrano rivolte alcune recenti proposte di legge degli ultimi anni. Alcune di esse in particolare, mostrano elementi comuni ad alcuni istituti oggetto di analisi nei precedenti paragrafi. È il caso del disegno di legge n. 2444/2009 che ha proposto l'introduzione del voto per corrispondenza, sebbene limitatamente agli studenti universitari o del disegno di legge n. 1561/2012<sup>73</sup> che prevedeva la possibilità, sempre limitata agli studenti universitari, di recarsi a votare presso il comune, diverso da quello di residenza. Ancora, l'emendamento Mazziotti n. 3258 del 2017<sup>74</sup>, presentato con il sostegno di numerose associazioni studentesche, proponeva per i cittadini che per motivi di studio, salute o lavoro si trovano in un comune non appartenente alla propria regione di residenza, la facoltà di votare in una sezione elettorale diversa da quella di iscrizione nel comune di residenza. Tale possibilità sarebbe stata esercitata su richiesta dell'elettore ed estesa sia alle elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, sia alle elezioni europee sia al referendum. Il dato di rilievo, nel quadro della presente trattazione, riguarda l'espressa ispirazione dell'emendamento al sistema del voto anticipato di cui alle esperienze straniere richiamate. L'emendamento prevedeva, infatti, la definizione di "termini temporali per l'esercizio del diritto di voto anticipati rispetto alla consultazione elettorale di modo che le schede elettorali di questa categoria di cittadini possano essere depositate presso la rispettiva sezione elettorale del comune di residenza entro un'ora dall'insediamento dei seggi"<sup>75</sup>. Più di recente, il DDL Madia-Ceccanti del 28.3.2019, nel segno di alcune delle precedenti proposte trattate, introduceva disposizioni per

<sup>72</sup> Si veda a titolo esemplificativo l'articolo del Sole24ore "Voto degli studenti Erasmus, pressing della Ue. Ora il Governo lavora a un decreto" del 21 gennaio 2013.

<sup>73</sup> "Disposizioni per l'esercizio del diritto di voto degli studenti universitari alle elezioni politiche e per il Parlamento europeo".

<sup>74</sup> Cfr. Emendamento n. 3258 in Assemblea riferita al C. 2352-AR. Firmatari Onorevoli Mazziotti di Celso Andrea, Galgano Adriana, Menorello Domenico.

<sup>75</sup> Per le consultazioni referendarie, per le quali come noto l'intero territorio nazionale costituisce un'unica circoscrizione elettorale, l'emendamento prevedeva che "l'esercizio del diritto di voto avvenga nelle date fissate per la consultazione referendaria direttamente presso apposite sezioni elettorali nell'ambito del territorio della provincia in cui il cittadino che ne ha fatto richiesta lavora, studia o è in cura".

l'esercizio del diritto di voto in un comune diverso da quello di residenza in caso di assenza per motivi di studio, lavoro o cura e delegava il Governo a provvedere alla sperimentazione di meccanismi di voto elettronico, ritenuti in grado, una volta perfezionati, di poter ovviare anche al problema delle istanze dei cittadini domiciliati fuori dal proprio comune di residenza<sup>76</sup>. Diversamente dall'emendamento Mazziotti, questo DDL prevedeva un'elezione di domicilio provvisorio ai fini della votazione, da inoltrarsi a mezzo identità digitale SPID quarantacinque giorni prima delle consultazioni<sup>77</sup>. Inoltre, in base a questo DDL, l'elettore avrebbe ricevuto, nei trenta giorni prima delle elezioni, un plico contenente il certificato elettorale con un tagliando staccabile, la scheda e la busta con l'indirizzo della sezione di iscrizione alle liste elettorali presso il comune di residenza e avrebbe dovuto esprimere il voto introducendo la scheda nella busta e allegando la ricevuta telematica che attesta l'identità digitale dell'elettore. La busta avrebbe dunque dovuto essere recapitata presso il luogo di iscrizione dell'elettore per lo spoglio, previo esperimento di numerose verifiche tese ad accertare la regolarità della procedura. Tale proposta ricalca dunque lo schema del voto per corrispondenza su richiesta dell'elettore e prevede, inoltre, una modalità di verifica dell'identità dell'avente diritto fondata su una procedura telematica tramite identità digitale SPID. Restano tuttavia le usuali criticità tipiche del voto per corrispondenza quale modalità di voto non presidiata e segnatamente la mancanza di quelle garanzie di libera espressione della volontà politica dell'elettore, oltre che le possibili problematiche relative all'inoltro in sicurezza delle buste a mezzo del servizio postale. Di rilievo, anche l'art. 6 del DDL che prevedeva una delega al Governo per sperimentare meccanismi di voto telematico per i cittadini che per motivi di studio, lavoro o cura si trovano temporaneamente domiciliati in un luogo diverso dal comune nelle cui liste elettorali risultano iscritti. Tra i principi e i criteri direttivi stabiliti vi sono, in particolare, l'attuazione delle garanzie di personalità, libertà e segretezza del voto e l'identificazione con duplice verifica tramite carta d'identità elettronica e identità digitale SPID. Benché la proposta di legge Madia-Ceccanti non sia

<sup>76</sup> Nella presentazione del DDL si accenna inoltre alla situazione, ritenuta per certi versi paradossale, per cui "oggi un cittadino siciliano che frequenta l'Erasmus a Parigi può esercitare il proprio diritto di voto per corrispondenza, mentre uno studente siciliano che studia all'università Bocconi o al Politecnico di Milano può farlo solo e unicamente sobbarcandosi i costi, sia economici sia in termini di tempo, necessari per tornare a casa".

<sup>77</sup> Alla domanda andavano allegati, in particolare, i documenti comprovanti le ragioni del voto al di fuori del comune di residenza, quali ad esempio il contratto di lavoro ovvero un certificato medico.

stata in effetti approvata, la sperimentazione del voto elettronico è stata invece ripresa nella legge di bilancio del 2020<sup>78</sup> che ha previsto l'istituzione, presso il Ministero dell'interno, di un fondo per il voto elettronico con uno stanziamento di un milione di Euro per introdurre in via sperimentale modalità di voto "in via digitale"<sup>79</sup>. Nell'ottica del legislatore, la sperimentazione dovrà riguardare le elezioni politiche ed europee ed i referendum di cui agli articoli 75 e 138 Cost. Da notare che nella nota di presentazione del DDL si precisa che anche tale intervento risulta funzionale alla garanzia "del concreto esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero e degli elettori che, per motivi di studio, lavoro un comune di una regione diversa da quella del comune nelle cui liste elettorali risultano iscritti".

## 5. Alcuni rilievi conclusivi

Dalle brevi considerazioni che precedono possono mettersi in evidenza alcune riflessioni generali. Il luogo di esercizio del voto da parte dell'elettore e di iscrizione alle liste elettorali viene tendenzialmente fatto corrispondere col luogo nel quale l'avente diritto presenta il collegamento più stabile, coincidente di norma con la residenza<sup>80</sup>. Dall'esame dei diversi sistemi elettorali, a livello comparato, è tuttavia possibile apprezzare numerosi esempi di meccanismi che consentono all'elettore di votare in un luogo diverso da quello di iscrizione. Tutti questi meccanismi presentano, a ben vedere, la finalità di adeguare il sistema elettorale alle esigenze di flessibilità di una collettività di elettori in movimento, da bilanciare con la necessità di assicurare in ogni tempo le garanzie fondamentali di libertà, sicurezza e segretezza del voto. In tale tipo di società, peraltro, categorie come residenza e domicilio appaiono presentare contorni sempre più sfumati. L'esigenza anzidetta, invero, sembra apprezzabile anche nell'ordinamento italiano. Negli ultimi decenni la mobilità della popolazione per ragioni di studio o lavoro è risultata in continua crescita sia rispetto alle direttrici più tradizionali a livello nazionale, cioè verso le città di maggiori dimensioni e verso le regioni più settentrionali, sia

<sup>78</sup> Legge 27 dicembre 2019, n. 160, all'art. 1, comma 627.

<sup>79</sup> ROSINI (2021), p. 3.

<sup>80</sup> Sebbene lo stesso concetto di residenza non sia ovviamente univoco e presenti caratteristiche difformi tra i vari ordinamenti. Basti pensare all'ordinamento francese ove il luogo col quale l'elettore presenta il collegamento più stretto, pressochè corrispondente alla residenza di cui all'art. 43 c.c., viene tuttavia indicato come "*domicile*" in base all'art. 102 del *Code civil*.

verso l'estero<sup>81</sup>. Sotto altro profilo, l'Italia sconta una tendenziale problematica di disaffezione alla vita politica e di crescente astensione agli appuntamenti elettorali. In tale contesto, le recenti modifiche legislative approvate nel nostro ordinamento, unite alle molte proposte di riforma rimaste invece arenate nell'*iter* di approvazione parlamentare sembrano tuttavia suggerire l'emergere di una tendenza a valutare l'introduzione di possibili temperamenti alla centralità del criterio del voto presso il luogo di residenza, in favore di meccanismi tesi a garantire l'effettività della partecipazione degli elettori<sup>82</sup>. Del resto, la Corte costituzionale italiana, già nella sentenza n. 39/1973<sup>83</sup>, aveva avuto modo di affermare chiaramente che "per l'importanza che le elezioni politiche rivestono in un regime democratico – è certamente, non solo conforme ma voluto dalla Costituzione, che la legge stabilisca tutte quelle misure, anche di ordine economico, le quali facilitino l'accesso delle masse popolari alle urne. (...) In questo spirito, l'indirizzo diretto a favorire gli emigrati per ragioni di lavoro - già in parte realizzato col viaggio gratuito dalla frontiera - dovrebbe essere attuato nella misura massima possibile". Le parole della Consulta sembrano valere a maggior ragione oggi così come allora, a fronte dell'inadeguatezza, denunciata a più voci, del sistema di voto attuale a garantire un'ampia partecipazione, specie per determinate categorie di elettori per così dire più sensibili e maggiormente soggetti alla mobilità territoriale. In questo quadro, lo sguardo all'estero di alcune delle proposte sopra menzionate potrebbe rappresentare, ove debitamente accompagnato dalle necessarie cautele volte ad adattare istituti giuridici di matrice estera alle particolarità del contesto nazionale, una soluzione per eventuali interventi legislativi mirati sulle modalità di voto. Da questo punto di vista, alcune

<sup>81</sup> L'evoluzione di tali direttrici non appare però certa come un tempo. Se può affermarsi che sempre più persone si trovano nella propria vita a cambiare città o paese temporaneamente, la maggiore flessibilità del mercato del lavoro comporta che sempre più spesso tali modifiche siano solo temporanee. Di qui anche il problema di gestire le modalità di espressione del voto di una crescente porzione di popolazione che si trova "fuori sede" solo temporaneamente e che non ha pertanto interesse o possibilità di mutare in modo definitivo i propri dati anagrafici data l'incertezza delle prospettive a breve termine. Sotto altro profilo, il crescente ricorso a forme di lavoro agili, anche a seguito dell'esplosione di tali modalità per via dell'emergenza pandemica, potrebbe acuire il fenomeno spingendo all'incremento dei lavoratori pendolari, sospesi tra città e luoghi di residenza e lavoro diversi.

<sup>82</sup> Specie se unite alle rivendicazioni di alcune categorie del corpo elettorale come gli studenti, particolarmente sensibili alla questione.

<sup>83</sup> La sentenza aveva ad oggetto la verifica della legittimità costituzionale di una legge regionale pugliese che prevedeva rimborsi per gli emigrati all'estero per ragioni di lavoro rientrati nella regione per partecipare alla consultazione elettorale.

proposte sembrano destinate a trovare maggiori difficoltà di inserimento nel contesto italiano. Il riferimento è in particolare ai meccanismi che prevedono modalità ispirate al voto per corrispondenza – anche in virtù delle criticità mostrate dal voto all'estero e dalla giurisprudenza della Consulta – ed al voto per procura che si pone, come detto, in esplicito contrasto col principio di personalità del voto di cui all'art. 48 Cost. Poco convincente appare altresì quel filone di proposte che tende a prevedere modalità di voto più flessibili destinate solo a determinate categorie di elettori, quali gli studenti. Tali misure, infatti, potrebbero astrattamente comportare problemi di costituzionalità per la disparità di trattamento tra classi di elettori e la corrispondente possibile violazione dell'art. 48 Cost. Il riferimento al voto anticipato di altre proposte appare invece interessante in quanto tale modalità, oltre ad evitare i problemi del voto per corrispondenza quanto all'espressione della preferenza in luogo non presidiato, potrebbe risultare di più facile inserimento nel contesto normativo italiano. Anche tale meccanismo, a ben vedere, dovrebbe prevedere una seria pianificazione delle fasi di trasmissione delle preferenze espresse nel comune prescelto a quello di residenza dell'elettore, auspicabilmente da effettuarsi mediante procedimenti amministrativi che garantiscano sicurezza e trasparenza delle operazioni.

### Riferimenti bibliografici

- BARBERA, A. (2008). *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, *Quaderni Costituzionali*, 4, 2008, pp. 853-888.
- BAUBÖCK, R. (2005). *Expansive citizenship: Voting beyond territory and membership*. *PS: Political Science and Politics*, 2005, 38.4, pp. 683-687.
- BERTI, G. (1997). *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, *Riv. dir. cost.*, 1, 1997.
- CIANCIO, A. (2010). *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2002, pag. 57
- CIOLLI, I. (2010). *Il territorio rappresentato. profili costituzionali*, Napoli, 2010.
- COULMONT, B., CHARPENTIER, A., GOMBIN, J. (2014). *Un homme, deux voix. Le vote par procuration. La vie des idées*, *La Vie des Idées*.
- FORTIER, J. C., & ORNSTEIN, N. J. (2003). *The absentee ballot and the secret ballot: Challenges for election reform*. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 36(3), 483-516.

- GRACE, J. (2007). *External and absentee voting. Challenging the norms and standards of elections administration*, 35-57.
- GRATTERI, A. (2005). *Il valore del voto: nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, CEDAM, Padova.
- GRATTERI, A. (2009). *Germania: Le garanzie minime necessarie per il voto elettronico secondo il Tribunale costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.
- GROSSO, E. (2002). *Il voto all'estero: tra difficoltà applicative e dubbi di costituzionalità*. *Quaderni costituzionali*, 22 (2), 346-347.
- LAPPIN, R. (2016). *The right to vote for non-resident citizens in Europe*. *International and Comparative Law Quarterly*, 65(4), 859-894
- MANN, C. B. (2014). *Mail ballots in the United States: Policy choice and administrative challenges*. *The measure of American elections*, 113-40.
- NICOTRA GUERRERA, I., *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1995.
- NYHOLM MILLER, N., ELKLIT, J. (2009). *Parliamentary electoral system of Denmark* Ministry of the Interior and Social Affairs, Aarhus University, October 2009, 4.
- ROLLA, G. (2018), *Il sistema costituzionale italiano*, Giuffré, Milano.
- ROSINI, M. (2021). *Il voto elettronico tra standard europei e principi costituzionali. Prime riflessioni sulle difficoltà di implementazione dell'e-voting nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista AIC*, 1/2021.
- RUBECCHI, M. (2017). *Il diritto di voto: Profili costituzionali e prospettive evolutive*. Giappichelli, Milano.
- RUGGERI, A. (2015). *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*. *Consulta online*, 1, 132.
- WALLY, M. (2020). *Vote by Mail: International Practice During COVID-19*, in <https://www.ifes.org/publications/vote-mail-international-practice-during-covid-19>.

**SEZIONE QUINTA**

**L'EUROPA E IL DIALOGO TRA LE CORTI**





# LA TAXONOMÍA IUSCOMPARATISTA EN LA ERA GLOBAL: CLASIFICACIONES CONTEMPORÁNEAS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

NATALIA DEL BARRIO

SUMARIO: 1. ¿Cómo abordar la diversidad jurídica de un mundo global? – 2. El derecho comparado y la teoría clásica de las familias jurídicas. – 3. Algunas clasificaciones contemporáneas de los sistemas jurídicos. – 4. Breve oda al proyecto taxonómico iuscomparatista.

## 1. ¿Cómo abordar la diversidad jurídica de un mundo global?

Como en tantas otras ocasiones a lo largo de la historia, se está produciendo un nuevo ‘desorden’ que el derecho debe ‘ordenar’ y que no es otro que el fenómeno globalizador. Desde el surgimiento del Estado-Nación en el siglo XIX, los sistemas jurídicos se han venido concibiendo como realidades esencialmente separadas, fuertemente localistas, que solo se relacionan en algunos aspectos concretos. El Derecho internacional, tanto público como privado, ha sido la disciplina que tradicionalmente ha lidiado con tales solapamientos. Sin embargo, en las últimas décadas, ha aumentado extraordinariamente la interacción de los sistemas jurídicos y es una realidad inexorable, no solo que se solapan, sino que tienden a una mayor y más profunda interconexión (CHESTERTON, 2009, 878)<sup>1</sup>.

Así, se han multiplicado las iniciativas jurídicas multilaterales de alcance transnacional e incluso se ha propagado la idea de un derecho global, no concebido como uniformador u homogeneizador de todos los sistemas jurídicos, sino como eje vertebrador de un sistema de ordenación de las relacio-

<sup>1</sup> Chesterton describe los sistemas jurídicos como fenómenos esencialmente aislados en su origen. Con la internacionalización del derecho, pasaron a concebirse como un «archipiélago» en el que un pequeño número de juristas mediaban y resolvían las disputas surgidas entre ellos (Derecho internacional público) y determinaban qué jurisdicción resultaría más competente (Derecho internacional privado). Con la transnacionalización, que se produce en la década de los 70 y 80, el mundo jurídico dejó de concebirse como un archipiélago para pasar a ser un «*patchwork*», en el que los sistemas jurídicos se aproximan e incluso se solapan. Con el paso a la globalización, los sistemas ya no conforman un archipiélago ni un *patchwork*, sino una red en la que se hallan inextricablemente vinculados.

nes jurídicas en el que los problemas que afectan a la humanidad en su conjunto puedan ser resueltos entre todos. Ante este nuevo panorama, nos encontramos con que la ciencia jurídica apenas ha desarrollado mecanismos para abordar las consecuencias que el fenómeno globalizador ha causado en el derecho. El Derecho internacional no es suficiente. Se hace preciso elaborar un marco científico que nos ayude, primero, a comprender el entorno jurídico a nivel global y, segundo, nos permita afrontar con eficacia las relaciones entre los sistemas jurídicos, determinando a la vez, el marco de referencia y de actuación del derecho propio. Pero ¿cómo ha de abordarse esta empresa? La respuesta, al menos en parte, se encuentra en el Derecho comparado y en la taxonomía comparatista, que aporta las claves para clasificar los diversos sistemas jurídicos que coexisten en el mundo y facilitar la comprensión de sus referencias e interacciones, ya sea con el fin de establecer principios transnacionales, regulaciones multilaterales, iniciativas armonizadoras o incluso elaborar un derecho global integrador.

La premisa de la que parte este capítulo es pues la utilidad del Derecho comparado para abordar la diversidad jurídica de un mundo global. En particular, se centra en el proyecto taxonómico, que tiene como objetivo clasificar los distintos sistemas jurídicos que existen en el mundo. Al albor del presente siglo han aparecido algunas teorías que se han aventurado por sendas novedosas, bien distintas de las transitadas hasta ahora y que suponen la alternativa a un panorama obsoleto. En este marco dogmático, se abordan en estas páginas algunas de las clasificaciones planteadas por la doctrina contemporánea, como son las propuestas por los autores Mattei, Husa, Örüçü y Glenn. Finalmente, se plantean algunas cavilaciones en torno al rumbo que debería mantener la teoría de las familias jurídicas dentro del Derecho comparado.

## **2. El derecho comparado y la teoría de las familias jurídicas**

Aunque el Derecho comparado es una disciplina con una notable andadura histórica, se ha reinterpretado a la luz del siglo XXI, pues el papel que tradicionalmente se le venía atribuyendo, como mera metodología científica, se ha robustecido en el contexto contemporáneo. Es menester reconocer, no obstante, que su naturaleza ha sido históricamente controvertida. De alguna manera, su definición dogmática ha estado vinculada a su finalidad, de forma que la doctrina ha incidido más en el ‘¿para qué es?’ que en el ‘¿qué es?’. Observamos, asimismo, que han quedado obsoletos los fines con los que

nació el Derecho comparado a principios del siglo XIX – fundamentalmente la unificación del derecho – y los que marcaron su evolución posterior a lo largo del XX – como herramienta para mejorar el proceso interno de creación y reforma legislativa.

Tales objetivos no alcanzan ya a justificar el papel que se atribuye al ius-comparatismo moderno ante los retos que presenta la globalización. Al sentar sus nuevos objetivos, la doctrina contemporánea le atribuye una miríada de fines de amplio espectro que se dirigen, no solo al legislador, sino a todos los operadores jurídicos, ya sean jueces, abogados, académicos e incluso estudiantes de derecho, y que se manifiestan no solo en el ámbito interno, sino también en el internacional (SIEMS, 2014, 2-5; ÖRÜCÜ, 2007, 43-65;). Así, subsiste la perspectiva académica que propugna como objetivo el conocimiento y la comprensión del derecho. Pero junto a ella, se desarrolla una perspectiva netamente aplicada que ubica los objetivos del Derecho comparado en la armonización alcanzada entre determinados grupos de sistemas, en los procesos de negociación, adopción e interpretación de convenciones y tratados multilaterales o en la resolución conjunta de problemas concretos de alcance global (DANNEMAN, 2006, 402).

Se le atribuye, asimismo, el objetivo de formular las categorías necesarias para el agrupamiento de los sistemas jurídicos y el de contribuir al conocimiento y comprensión del derecho extranjero, asistiendo en su aplicación e interpretación. Es en esta particular parcela del Derecho comparado en la que se contextualiza este capítulo pues el proyecto taxonómico capta las diferentes concepciones del derecho que existen en el mundo, facilitando las transferencias de un sistema jurídico a otro y favoreciendo que el conocimiento y el aprendizaje jurídico circule de forma global.

El afán por clasificar los distintos sistemas jurídicos en familias ha formado parte del Derecho comparado desde los mismos orígenes de la disciplina. Sin embargo, en las últimas décadas se ha producido un cambio de escenario protagonizado por elementos extrajurídicos, como son los componentes económico y tecnológico de la globalización. Estos han derivado, a su vez, en transformaciones estrictamente jurídicas, como el gradual desplazamiento del derecho nacional hacia normas transnacionales y hacia otras procedentes de tradiciones diferentes. En este contexto, es obligado reconocer que la taxonomía diseñada en el siglo XX ya no es aplicable por cuanto que el mapa geo-jurídico del mundo contemporáneo es considerablemente distinto al que existía cuando se planteó.

Las clasificaciones clásicas de los sistemas jurídicos se forjaron mediado

el siglo XX, de la mano del comparatista francés René David (1964)<sup>2</sup> y de los autores Arminjon, Nolde y Wolff (1950), sobre la base de unos criterios fundamentalmente históricos y geográficos. Esta taxonomía ha quedado claramente obsoleta y ha sido preciso llevar a cabo una «puesta a punto» (MATTEI, 1997, 10) en la que se han revisado sus bases dogmáticas y los criterios por los que se rige.

A pesar de que no faltan autores que han cuestionado el proyecto taxonómico, basándose en el envejecimiento de las clasificaciones clásicas, lo cierto es que el afán por agrupar y clasificar los sistemas jurídicos en familias, culturas o tradiciones ha permanecido constante y domina, hoy más que nunca, el imaginario de la doctrina comparatista (HUSA, 2004, 13).

### 3. Algunas clasificaciones contemporáneas de los sistemas jurídicos

Habiendo acuerdo en que es necesario seguir clasificando, también lo hay en que es preciso dar un nuevo enfoque a la teoría de las familias jurídicas. Es preciso advertir, no obstante, que las clasificaciones de los sistemas jurídicos propuestas por David (1964) y Arminjon, Nolde, y Wolff (1950), así como los criterios sistematizadores de Zweigert y Kötz (1969)<sup>3</sup> son los que – sorprendentemente – siguen prevaleciendo en gran parte de la doctrina comparatista contemporánea<sup>4</sup>. Aun así, han surgido también propuestas doctrinales cuyos fundamentos alteran de forma significativa el panorama clásico y cuyos postulados sientan las bases hacia las que se orientará la taxonomía comparatista de las próximas décadas.

En este capítulo nos proponemos exponer cuatro de las más relevantes. La primera de ellas, los patrones jurídicos planteados por Mattei, sirve de nexo entre las concepciones tradicionalistas y las más innovadoras; la segunda, la clasificación dinámica por metamorfosis de Husa, se aparta del consustancial sentido estático de las sistematizaciones previas; la teoría de Öricü, en tercer lugar, plantea la neurálgica hibridez de los sistemas jurídicos; y, finalmente, el concepto de ‘tradición jurídica’ formulado por Glenn se opone al ya superado de ‘familia jurídica’.

Los postulados que en ellas se enmarcan abandonan los criterios estáticos

<sup>2</sup> Aunque la obra original de David data de 1964, está disponible la 12ª ed. de 2016, junto a Camille Jauffret-Spinosi y Marie Goré,

<sup>3</sup> La última edición data de 1998.

<sup>4</sup> Por ejemplo, estos criterios histórico-geográficos prevalecen en De Cruz, Peter (1999).

y eurocéntricos de la taxonomía clásica y adoptan perspectivas que, aunque difieren ostensiblemente entre sí, coinciden en adaptar las clasificaciones de los sistemas jurídicos a un tiempo nuevo marcado precisamente por la interacción de los derechos en un entorno global.

### 3.1. Los patrones jurídicos de Mattei

En 1997 Mattei publica en *The American Journal of Comparative Law*, el artículo doctrinal titulado *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System* (1997, 5-44). En su estudio, Mattei parte del papel desempeñado por el derecho como herramienta de organización social en sentido *weberiano* y deduce que en todas las sociedades hay tres fuentes de normas sociales que afectan al individuo: la ley, la política y la tradición filosófico-religiosa. Las tres, que están presentes en todas las organizaciones humanas, con un mayor o menor peso, son lo que Mattei denomina patrones jurídicos (*patterns of law*).

Los tres patrones propuestos por Mattei dan lugar a una clasificación de los sistemas jurídicos en función del tipo de normas que contienen. Así, en primer lugar, la norma del Derecho profesional (*rule of professional law*) se identifica con la tradición jurídica occidental, donde el derecho se ha secularizado, de manera que su legitimación no es ya religiosa, ni política, sino de naturaleza técnica.

En segundo lugar, la norma del Derecho político (*rule of political law*) se refiere a los sistemas en los que el derecho no es independiente del poder político o, dicho de otro modo, el poder ejecutivo no está sometido a la ley, el poder judicial es débil y hay carencia o alta inestabilidad de instituciones democráticas, así como una fuerte coerción policial e inexistencia de técnicos juristas. Mattei incluye bajo este patrón a la mayoría de los países de la órbita del derecho socialista, principalmente Rusia, China y Corea del Norte; y los países en vías de desarrollo de África e Iberoamérica.

En último lugar, la norma de Derecho tradicional (*rule of traditional law*) se caracteriza porque no ha acontecido la separación entre el derecho y la tradición filosófica o religiosa y, aunque la mayor parte de estos sistemas sido objeto de una cierta occidentalización, la ley no está legitimada sobre la base de la democracia, primando en todo caso el valor de la armonía social. Pertenecen a este patrón los países musulmanes, la India y otros países de tradición hinduista, así como y los países asiáticos de concepción confuciana.

Para Mattei, estos tres patrones constituyen puntos cardinales del mapa jurídico global. Algunos sistemas caen de lleno en uno de ellos, pero otros, a

pesar de estar englobados en una familia, tienden hacia otra. A modo ilustrativo, en el caso de China, es claro que oscila entre el patrón del Derecho político y el tradicional. El peso de uno u otro patrón viene dictado por el accidente histórico, de forma que hay sistemas que han experimentado ambas separaciones (derecho-religión y derecho-poder político), solo una de ellas o ninguna. Los sistemas pertenecientes a cada patrón son más fácilmente comparados debido al menor grado de heterogeneidad en sus estructuras. Por ejemplo, se puede llevar a cabo una comparación del Derecho contractual de cualquiera de los sistemas pertenecientes a la tradición occidental, pero no podría hacerse así entre dos sistemas pertenecientes a tradiciones distintas (como Alemania y China).

La teoría postulada por Mattei no prescinde de criterios geográficos e históricos. Ciertamente es que no los toma como criterios guía, al modo de los autores clásicos del siglo XX, pero es indudable que subyacen en su razonamiento y aunque, con otra nomenclatura, la clasificación propuesta por Mattei no es tan distante de las clasificaciones anteriores. Bajo esta perspectiva, bien puede tomarse como una teoría que empieza a alejarse de los paradigmas comparatistas clásicos, pero sin acabar de despegarse de los mismos.

### 3.2. La clasificación dinámica por metamorfosis de Husa

El profesor finés Jaakko Husa, sin duda uno de los más preclaros comparatistas contemporáneos, dedica también parte de su investigación a la taxonomía. En su sólido artículo doctrinal, *Classification of Legal Families Today. Is It Time for a Memorial Hymn?* (2004, 11-38) plantea lo que él mismo llama la «paradoja macrocomparativa» (2004, 18) según la cual, aunque es clara la importancia de las clasificaciones, existe un profundo desacuerdo en torno a cómo hacerlas. A su vez, propone la clasificación dinámica por metamorfosis, en la que el criterio utilizado son las cualidades fortificantes o debilitantes de los sistemas jurídicos, que dan lugar a tres esferas culturales.

Las cualidades fortificantes (*strengthening qualities*) de un sistema jurídico son aquellas que le permiten prosperar y extenderse a otros sistemas en el futuro. Ello no significaba que sean mejores sistemas, sino simplemente, más fuertes o con mayor capacidad de adaptación y regeneración. Las cualidades debilitantes (*weakening qualities*) son, por el contrario, las que hacen que un determinado sistema tienda a marchitarse, que no tenga descendencia y que se encuentre en el extremo receptor.

Estas dos cualidades dan lugar a tres esferas culturales (*cultural spheres*) que son la occidental, la no-occidental y la híbrida.

Uniendo los criterios y las esferas, el esquema de las familias jurídicas propuesto por Husa queda resuelto en una dualidad entre esferas jurídico-culturales fortificantes y esferas jurídico-culturales debilitantes.

Las primeras incluirían, a su vez, tres subculturas, a saber: (1) la cultura jurídica occidental, que incluye a los sistemas jurídicos romano-germánicos y los del *common law*, cuya fortaleza se refleja en que se han expandido hacia los sistemas jurídicos de países en desarrollo y hacia los antiguos países socialistas; (2) la cultura jurídica no-occidental, en la que se encuentran la cultura islámica y la hinduista, ambas también claramente expansivas. La primera de ellas, sobre todo, hacia los países de Asia central que pertenecían a la antigua Unión Soviética; y (3) la cultura jurídica híbrida, que tiene su máximo exponente en el derecho de la Unión Europea.

Por su parte, dentro de las esferas jurídico-culturales debilitantes se distinguen, siguiendo el mismo patrón, tres culturas jurídicas: (1) la de los derechos socialistas; 2) los derechos de las poblaciones indígenas; y (3) los sistemas híbridos de Luisiana y Quebec que, aunque han logrado perdurar a pesar de la fuerza arrolladora de los entornos jurídicos en los que se integran, están abocados a una autoridad menguante.

La clasificación propuesta por Husa presenta como indudable ventaja su inherente dinamismo pues nos habla de la eterna dialéctica entre los fuertes y los débiles y da cabida al inevitable y constante trasiego de los sistemas jurídicos de un arquetipo a otro.

### 3.3. La hibridez de los sistemas jurídicos de Örüçü

Una parte significativa de la doctrina comparatista contemporánea ha barajado la idea de replantear la teoría de las familias jurídicas sobre la base de los sistemas mixtos o híbridos, esto es, aquellos que contienen características propias de distintas familias. Ello no es una novedad, aunque es indudable que en los últimos tiempos ha alcanzado un mayor predicamento. A este propósito, en su artículo *Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach* (2004, 359-375) la profesora Örüçü propone un análisis de los sistemas jurídicos basado en la parábola de un árbol genealógico. Entiende que, a la hora de clasificar los sistemas jurídicos, debe tenerse en cuenta su progenitura, sus elementos constitutivos y las mezclas y combinaciones que éstos han experimentado. Posteriormente, han de agruparse en función del principio predominante. Es preciso resaltar que no existen sistemas jurídicos puros, puesto que todos son superposiciones y mezclas en mayor o menor grado, y que por tanto

solo pueden clasificarse en función de la proporcionalidad de la mezcla de sus ingredientes.

El derecho continental y el *common law* vienen a constituir, para Öricü, el origen de casi todos los sistemas occidentales (y también de otros) aunque no son propiamente la semilla, ya que uno y otro partieron a su vez de diferentes semillas. Así, los sistemas pertenecientes al derecho continental no son más que combinaciones. A modo de ejemplo, el holandés procede del romano y del francés, pero también del alemán; el derecho italiano tiene su origen en el romano y también en el canónico. Estos derechos se solaparon a su vez con normas consuetudinarias indígenas, que eventualmente dieron lugar a otros derechos como el de la India o el de Argelia. Junto a estos solapamientos históricos, se produjeron otros nuevos, como es el caso de la Unión Europea, Hong Kong o Turquía.

La Profesora Öricü recuerda cómo hubo un tiempo en que la influencia de unos sistemas jurídicos sobre otros se ejercía por la fuerza, fundamentalmente a raíz de las colonizaciones. Siendo cierto que tal tiempo parece haber llegado a su fin, las influencias de un sistema jurídico sobre otro no son siempre voluntarias, puesto que, a la postre, son fruto de la decisión de las élites intelectuales más que del pueblo. Ejemplo claro de ello es tanto lo acontecido en los panoramas jurídicos de Europa Central y del Este, como incluso la experiencia acaecida durante la integración europea.

Öricü observó que su teoría del árbol genealógico explicaba la hibridez de los sistemas jurídicos, pero no explicaba las semejanzas que existen entre los sistemas que no proceden de un tronco común o que no tienen relación genética alguna. Evolucionando en su razonamiento y basándose en la aplicación de teorías lingüísticas al derecho propone en su artículo *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?* (2008) la aplicación de la teoría de la ola (*wave theory*). Muestra como los cambios jurídicos pueden irradiar y diseminarse de un sistema a otro, sin perjuicio de que exista entre ellos, o no, un ancestro común. Las semejanzas pueden desarrollarse por contacto, por convergencia, explicándose así las transferencias horizontales.

Con este modelo, ya no se plantea el intercambio jurídico sobre la base de donante-receptor sino sobre la base de la difusión, donde la esencia radica en la interacción. Frente a alguna doctrina que alude a las influencias de unos sistemas en otros con términos que denotan una franca oposición contaminante o «irritante»<sup>5</sup>, la esperanza de esta autora es que perdure, en el

<sup>5</sup> Con el término «irritantes» la autora hace referencia a la obra de Gunther Teubner (1998), *Legal Irritants: Good Faith in British Law or how unifying law ends up in new divergences*.



panorama jurídico mundial, lo que ella denomina una «sana hibridez» (2004, 373).

Este último planteamiento lleva a Öricü a formular cinco mapas o clasificaciones donde propone la agrupación de los sistemas jurídicos en función de su grado de hibridez. En cada mapa, la noción de mixtura adquiere un distinto matiz, de forma que todos ellos son compatibles. En los cuatro primeros mapas, los sistemas ya están mezclados mientras que, según la clasificación ofrecida en el quinto, la mixtura está todavía en marcha. A la postre, es el estudio de la 'mixtura' (*mixedness*) en sí misma, «lo que puede iluminar el camino hacia la comprensión de la interacción del derecho y la cultura en todos los lugares» (2008, 16).

### 3.4. Las tradiciones jurídicas de Glenn

El Profesor Glenn, precursor de algunas de las corrientes más interesantes del iuscomparatismo contemporáneo, lleva a cabo una muy relevante aportación al proyecto taxonómico en su obra *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions* (2006). Tras reprobar los conceptos de 'sistema' y 'familia' porque no constituyen unidades válidas de clasificación, propone reemplazarlos por la noción de 'tradicición'.

Recuerda Glenn que la dimensión científica del Derecho comparado se basó en gran medida en dos movimientos intelectuales. El primero, la taxonomía de las ciencias físicas, sobre todo las biológicas, iniciada por Lineo a mediados del siglo XVIII y que condujo en el siglo siguiente a la sistematización de amplios campos del conocimiento humano en familias. El afán clasificatorio se extendió más allá de las ciencias físicas y acabó afectando incluso al derecho. Así, surgió el concepto de sistema jurídico como unidad clasificatoria, y de familia jurídica, como grupo. El segundo movimiento intelectual en el que se basaba la dimensión científica del Derecho comparado fue el *Darwinismo* social, que analizaba la evolución de los pueblos y los situaba desde los más primitivos hasta las sociedades europeas del momento, consideradas culmen de la evolución.

La teoría de Glenn se fundamenta en la sustitución del concepto de 'familia jurídica' por el de 'tradicición jurídica', que se describe como «información normativa» que simplemente la define, pero sin ánimo de servir de contenedor a un sistema jurídico concreto (2006, 428). La tradición jurídica se opone a la fijación de fronteras y a criterios para fijarlas. Las tradiciones, al contrario que las familias, existen en un fluir continuo pues su fuerza normativa reside, en gran medida, en su duración en el tiempo. Glenn ilustra su

teoría al apuntar que la hipótesis desde la que se parte es precisamente la contraria, es decir, «en las familias jurídicas, la pregunta es “¿en qué medida pueden reunirse los sistemas?”», mientras que en las tradiciones, la pregunta es “¿en qué medida pueden separarse?” (2006, 432). Las tradiciones, por su naturaleza, se rozan y se superponen, no son autónomas o independientes, sino que han desarrollado medios para reconciliarse con tradiciones diferentes o contrapuestas. Entrañan una comparación constante y contienen, como parte integrante, enseñanzas sobre sus relaciones con otras tradiciones.

Glenn reflexiona acerca de las tradiciones jurídicas que existen en el mundo en su obra *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (2010) en la que expone un elenco de siete tradiciones en las que podrían incardinarse todos los sistemas jurídicos. Estas son, a saber: la tradición autóctona, la talmúdica, la civil, la islámica, la del *common law*, la hinduista y la confuciana.

Estas tradiciones incluyen sub-tradiciones, cual *matrioskas* rusas, unas contenidas dentro de otras. Tales sub-tradiciones pueden no ser consistentes entre ellas, o con la tradición que las cobija. Es precisamente el hecho de estar compuestas por otras tradiciones y la habilidad de manejar la diversidad, las contradicciones y las demandas de cambio, lo que otorga a estos grupos generales el carácter de grandes tradiciones. La relación entre las tradiciones no es, por tanto, de contraposición, sino de interdependencia, de no-separación, de forma que la idea básica que subyace bajo las tradiciones complejas es la anhelada reconciliación entre ellas.

#### **4. El rumbo de la taxonomía comparatista en la era global**

Decíamos antes que el afán por clasificar los sistemas jurídicos ha estado presente desde los albores del iuscomparatismo y ha formado parte indispensable de su desarrollo como disciplina jurídica. En la actualidad, continúa siendo consustancial, ya sea como análisis crítico de las clasificaciones clásicas, como propuesta de clasificaciones novedosas o incluso como anatema de la taxonomía en sí misma.

La taxonomía comparada pretende la improbable tarea de constreñir fenómenos normativos complejos y en constante evolución conforme a criterios escogidos por el taxonomista. El resultado, que adolecerá inevitablemente de cierta arbitrariedad, se justifica solo en la medida en que traiga consigo algo de luz que nos permita atisbar el mundo jurídico en toda su inquietante amplitud. Por ello, al valorar las directrices taxonómicas contemporáneas, no

debemos olvidar que, a la postre, el principal propósito de las clasificaciones debe seguir siendo el explicativo. Su valor didáctico radica en ayudarnos a entender el fenómeno jurídico en su dimensión global.

Los autores cuyos postulados se recogen en estas páginas coinciden en destacar que sus respectivas clasificaciones no han de entenderse como un esquema rígido, como un objetivo en sí mismo, sino como una mera herramienta para la conceptualización y la comparación de los sistemas jurídicos del mundo. Las clasificaciones no pretenden capturar el panorama jurídico mundial en toda su riqueza y extensión, pues hay una imposibilidad intrínseca en tal empresa. Hay que recordar que el valor de la taxonomía para el derecho –como lo es para cualquier otra rama del conocimiento– consiste en que proporciona un marco intelectual y hace que su complejidad sea más manejable. Escribía el Profesor Mattei, en este sentido, que «la taxonomía es la gramática del discurso jurídico» (1997, 5).

En estas primeras décadas del siglo XXI se han abandonado los parámetros estáticos que habían guiado la mayor parte de las clasificaciones tradicionales y se ha trascendido el elemento histórico-geográfico imperante en casi todas ellas. En las nuevas alternativas que se plantean priman nociones como el inherente dinamismo, donde la naturaleza de los criterios taxonómicos se refiere a la eterna dialéctica entre los sistemas fuertes y los débiles y donde se prevé el constante trasiego de los sistemas de un arquetipo a otro. Se maneja asimismo el concepto de hibridez, que se convierte en un criterio consustancial para clasificar los sistemas jurídicos y, en la medida en que todos ellos han nacido de diferente progenitura y maridaje, se consideran mixtos en múltiples grados y niveles. Surgen conceptos como el de ‘tradicción’, que arrinconan la acostumbrada contraposición entre las familias jurídicas e inciden en su interdependencia, su no-separación, de forma que la idea básica que subyace es la de reconciliación. Se adopta una óptica polivalente, más acorde con el mundo real, donde las fronteras y los límites son borrosos. Las tradiciones, así concebidas, se rozan y se superponen, no son autónomas o independientes –como eran las familias– sino que han desarrollado puentes entre ellas y tienen como único fin contener la información normativa que comparten los sistemas que a ella pertenecen. Se incorporan a las clasificaciones otras concepciones jurídicas diferentes que no habían sido tomadas en consideración por la doctrina comparatista tradicional porque no alcanzaban el ‘estatus’ de derecho. Con la inclusión de todos los sistemas, el discurso comparativo se hace verdaderamente global y se evita que se compartimente y que se marginalice en debates paralelos.

En definitiva, el valor del proyecto taxonómico no consiste tanto en ofre-

cer una serie de sistematizaciones contingentes, sino en cómo hacerlo para servir al objetivo de poder lidiar con la diversidad jurídica de un mundo cada vez más global.

Cabe advertir, no obstante, que la nueva taxonomía debe cuidarse de no añadir complejidad al esquema. Desafortunadamente, algunas de las clasificaciones se convierten en más complicadas y difíciles de recordar que aquéllas a las que tratan de sustituir. Hay que desafiar a las clasificaciones excesivamente complejas que crean confusión, que no son particularmente útiles y que anulan el fin de la taxonomía, que no es otro que simplificar, a los ojos del jurista, el entramado del fenómeno jurídico en un nivel mundial.

Asimismo, debe alertarse sobre la humildad que debe acompañar necesariamente todo proyecto taxonómico. En efecto, la pretensión de catalogar los sistemas jurídicos y capturar el panorama jurídico mundial es una tarea formidable, tal vez imposible, cuya auténtica dimensión solo queda revelada cuando nos percatamos de que a un jurista avezado le lleva toda una vida entender únicamente el sistema propio (SACCO, 2000; GARCÍA CANTERO, 2002, 4)<sup>6</sup>.

En todo caso, y sin perjuicio de los apuros dogmáticos a los que sea menester enfrentarse, en nuestra opinión, es indudable que el iuscomparatismo debe persistir en su intento de clasificar los sistemas jurídicos. Hoy más que nunca, resulta imprescindible para un jurista conocer las características definitorias de los sistemas jurídicos y las premisas de su interacción. Husa se preguntaba si merece la pena seguir clasificando (2004, 13 y 38). El propio autor responde afirmativamente a través de una deliciosa parábola en la que identifica a la doctrina comparatista con un pianista que sabe que su instrumento está desafinado pero que decide seguir tocándolo. Las opciones son intentar afinarlo o dejar de tocar para siempre. Así, las clasificaciones tradicionales se saben envejecidas, pero la doctrina comparatista sigue intentando clasificar los sistemas jurídicos, aun a riesgo de cometer desaciertos. Hasta la melodía de un piano desafinado es preferible al silencio... En consecuencia, como dice Husa, aún no ha llegado la hora de tocar un himno *in memoriam* al proyecto taxonómico.

<sup>6</sup> Sacco evoca, a este respecto, un paralelismo entre la labor comparativa y las relaciones existentes entre el políglota y el lingüista y se pregunta cuántos ordenamientos, además del suyo propio, puede llegar a conocer un jurista. Citado por García Cantero (2002, 4).

### Referencias bibliográficas

- ARMINJON, P., NOLDE, B. Y WOLFF, M. (1950). *Traité de Droit Comparé*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- CHESTERMAN, S. (2009). The evolution of Legal Education: Internationalization, Transnationalization, Globalization. *German Law Journal*, vol. 10, pp. 877-888.
- DANNEMANN, G. (2006). Comparative Law: Study of Similarities or Differences. En: Reimann, M. y Zimmermann, R. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law* (pp. 383-419). Oxford: Oxford University Press.
- DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C. (2016). *Les grands systèmes de droit contemporains* (12ª Edn.). París: Dalloz.
- DE CRUZ, P. (1999) *Comparative Law in a Changing World*. Abingdon: Routledge.
- GARCÍA CANTERO, G. (2002). Cien años de Derecho Comparado (del Congreso de París de 1900, al de Nueva Orleans del 2000). *Actualidad Civil*, n° 24, pp. 805-817.
- GLENN, P. (2006). Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions. En: Reimann, M. y Zimmermann, R. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law* (pp. 421-440). Oxford: Oxford University Press.
- GLENN, P. (2010). *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5ª Edn. New York: Oxford University Press.
- ÖRÜCÜ, E. (2004). Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach. En: Hoেকে, M. (ed.), *Epistemology and methodology of comparative law* (pp. 359-375). Oxford: Hart Publishing.
- ÖRÜCÜ, E. (2007). Developing Comparative Law. En: Örücü, E. y Nelken, D. (eds.). *Comparative Law: A Handbook* (pp. 43-65). Oxford: Hart Publishing.
- ÖRÜCÜ, E. (2008). What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion? *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12, n° 1, pp. 1-18.
- SACCO, R. (2000). Comparative Law 100 Years after the First World Congress. *Conferencia pronunciada en el Centennial World Congress on Comparative Law (1-4.11. 2000)*. *Tulane Law Review*, 2001, vol. 75, pp. 1159-1823.
- SIEMS, M. (2014). *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TEUBNER, G. (1998). Legal Irritants: Good Faith in British Law or how unifying law ends up in new divergences. *The Modern Law Review*, vol. 61, n° 1, pp. 11-32.
- ZWEIGERT, K. Y KÖTZ, H. (1998). *Introduction to Comparative Law*. 3ª Edn. Oxford: Oxford University Press.



## DIALOGO ORIZZONTALE E VERTICALE TRA LE CORTI: UN NUOVO RUOLO PER IL RINVIO PREGIUDIZIALE?

VALENTINA CAPUOZZO

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. L’ordinanza n. 19598/2020 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite come atto (provvisoriamente) conclusivo di un *iter* complesso. – 3. Il rinvio pregiudiziale nel mare della “*third wave*”. – 4. Alla ricerca di un punto di equilibrio: le tendenze della giurisprudenza italiana. – 5. Riflessioni conclusive.

### 1. Rilievi introduttivi

La scelta del rinvio pregiudiziale per contribuire alla straordinaria rete scientifica e umana del Seminario Italo-spagnolo nasce dall’idea di concepire questo intervento in linea di continuità con quello presentato nella precedente edizione che, nella cornice di una Madrid prenatalizia, analizzava il ruolo del rinvio pregiudiziale, di tramite tra identità nazionali e omogeneità eurounitaria, come una delle «*desafíos del constitucionalismo ante la integración europea*».<sup>1</sup> L’intento è quello di cogliere l’occasione per ritornare sui risultati di quella ricerca e riflettere, alla luce delle più recenti tendenze della giurisprudenza, sulle sfide – *desafíos*, appunto – che ancora si pongono in tema di rinvio pregiudiziale, analizzando il ruolo fondamentale che questo istituto è venuto assumendo nel processo di integrazione di quell’«*Europa, società aperta*» oggi più che mai in costruzione.

Lo spunto è offerto dalla recente ordinanza n. 19598/2020, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana hanno sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sull’articolo 111, comma 8, della Costituzione per come interpretato nella sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale. Si tratta del primo utilizzo dello strumento *ex art. 267 TFUE* con riferimento alla Carta costituzionale italiana, e il rilievo di maggiore interesse è che il dubbio di compatibilità col diritto europeo si riferisce all’interpretazione data alla disposizione dalla Corte costituzionale. Come emerge dall’esame delle tappe giurisprudenziali precedenti e dalla lettura della stessa ordinanza, invero, l’intenzione della Corte di legittimità pare essere stata quella di ser-

<sup>1</sup> TERUEL LOZANO, PÉREZ MIRAS, RAFFIOTTA, (2015).

virsi del rinvio pregiudiziale per rimettere in discussione nella sede europea un suo orientamento giurisprudenziale respinto con decisione dal Giudice delle leggi.

Obiettivo dell'analisi è interrogarsi su questo peculiare utilizzo «di contrasto» che le Sezioni Unite hanno fatto di uno strumento invece concepito – com'è noto – con finalità collaborative e di supporto, per assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto eurounitario.<sup>2</sup> La questione di fondo dell'indagine, dunque, riguarda il significato attuale del rinvio pregiudiziale per la costruzione costituzionale europea *in fieri* e mira ad approfondire le modalità di impiego, tra i diversi livelli di giurisdizione, di quel *dialogo da giudice a giudice* progressivamente divenuto “canale di esportazione di principi costituzionali” (CARTABIA, 2008, p. 1317) degli Stati membri in sede europea, decisivo nel processo circolare di armonizzazione dei diritti compiuto dalla Corte di Giustizia.<sup>3</sup>

L'approccio metodologico, che predilige il punto di vista della Corte costituzionale italiana, sceglie di studiare l'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite collocandola entro uno sfondo più ampio, costruito articolando l'analisi in tre parti. La prima è dedicata alla vicenda sottesa al rinvio, di particolare interesse per fissare la prospettiva, dato il suo collocarsi a metà fra dialogo verticale con la Corte di Giustizia e orizzontale tra giurisdizioni nazionali (§ 2). Così focalizzato l'angolo visuale, nella seconda fase dell'indagine si inquadra il rinvio pregiudiziale entro una più ampia cornice storico-globale (§ 3), alla luce della quale ritornare alle vicende giurisprudenziali italiane cui è dedicata l'analisi sistematica della terza parte (§4).

## **2. L'ordinanza n. 19598/2020 della Corte di Cassazione come atto (provvisoriamente) conclusivo di un *iter* complesso**

La questione centrale sottesa al rinvio pregiudiziale che le Sezioni Unite hanno sollevato dinanzi alla Corte di Giustizia con l'ordinanza n. 19598/2020 riguarda il perimetro del sindacato che, ai sensi dell'articolo 111, comma 8, della Costituzione, la Cassazione esercita sulle sentenze del Consiglio di Stato in qualità di organo regolatore della giurisdizione. Com'è noto si

<sup>2</sup> Si veda ADAM, TIZZANO, (2020), pp. 337 e ss.

<sup>3</sup> Per un approfondimento sul punto si veda, almeno, BALAGUER CALLEJÓN, (2006); BALDASSARRE, (2003); MANZELLA, (2012); TESAURO, (2000).



tratta di una *vexata quaestio* nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale,<sup>4</sup> che in particolare è venuta in rilievo con riferimento alla possibilità per le Sezioni Unite di esercitare tale sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con il diritto eurounitario per come interpretato dalla Corte di Giustizia.

Per la verità, occorre precisare che da tempo ci si interrogava sulla possibilità di esperire il rimedio *ex art. 111, comma 8, Cost.* per correggere le violazioni del diritto sovranazionale poste in essere dalle decisioni del Consiglio di Stato, soprattutto con riferimento alle sopravvenienze interpretative della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, allo scopo di evitare la formazione di giudicati contrari al diritto sovranazionale. In questo senso, il rinvio pregiudiziale sollevato dalle Sezioni Unite può considerarsi come l'ultimo atto di un vivace confronto giurisprudenziale.

Stando alla lettera della Costituzione, che circoscrive il controllo ai “soli motivi inerenti alla giurisdizione”, vale a dire al rispetto dei limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, la risposta dovrebbe essere negativa e la Cassazione, anche secondo quanto sancito dagli artt. 362 c.p.c. e 110 c.p.a., potrebbe censurarne le decisioni solo nel caso in cui queste invadano la sfera di competenza di un altro giudice, dell'amministrazione, ovvero del legislatore.<sup>5</sup> Questo, peraltro, l'orientamento sostenuto dal Consiglio di Stato.<sup>6</sup>

Secondo un'interpretazione «evolutiva» e «dinamica» della Corte di legittimità, tuttavia, il limite esterno tracciato dalla disposizione costituzionale dovrebbe essere letto in collegamento con l'evoluzione del concetto di giurisdizione, “da intendersi in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale” (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008). In questa prospettiva, il giudizio sulla giurisdizione cesserebbe di essere un mero strumento di accertamento del potere di conoscere date controversie, diventando anche un mezzo per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi. E norma sulla giurisdizione non sarebbe soltanto quella che individua i presupposti dell'attri-

<sup>4</sup> Su cui, *ex plurimis*, cfr. le ricostruzioni che, a partire dalla vicenda sottesa al rinvio, operano FRANCIOSI, (2020); SANDULLI, (2020), in particolare nota 4.

<sup>5</sup> Sul punto, *ex aliis*, si veda la ricostruzione di TOMAIUOLI, (2020).

<sup>6</sup> Si veda in particolare Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, ove, su presupposto che il giudicato amministrativo è a formazione progressiva, si propone il giudizio di ottemperanza come la sede idonea ad “impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale”.

buzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali si estrinseca.<sup>7</sup>

In base a questo orientamento «evolutivo», allora, se l'errore interpretativo del Consiglio di Stato viene a tradursi in una lesione dell'effettività della tutela giurisdizionale che impedisce l'esercizio del diritto fondamentale all'accesso al giudice, la Corte di legittimità dovrebbe poter esercitare su di esso il controllo *ex art. 111, comma 8, Costituzione*. Il che, nel caso di confliggenza col diritto dell'Unione europea o della CEDU, risponderebbe anche allo scopo di evitare la formazione di un giudicato in contrasto con il diritto sovranazionale.<sup>8</sup>

Questo il terreno di scontro sul quale più volte è stato invocato l'intervento della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 6/2018, ha bocciato l'interpretazione «dinamica» della Cassazione, ritenendola non compatibile con la «lettera e lo spirito della norma costituzionale» (Corte costituzionale, sentenza n. 6 del 24 gennaio 2018, p.to 11 del considerato in diritto). Il giudice delle leggi ha chiarito che quando l'art. 111, comma 8, Cost. circoscrive il controllo di legittimità delle sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti) ai soli motivi inerenti alla giurisdizione esprime una scelta ben precisa del Costituente, vale a dire quella dell'«unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé» (*ibidem*, p.to 12, ove si citano le parole del Mortati in Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947).

Secondo la Corte costituzionale, non v'è dubbio che il valore dell'effettività della tutela vada garantito, ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdi-

<sup>7</sup> Cfr., *inter alia*, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 23 dicembre 2008, n. 30254 e 6 dicembre 2009, n. 2403.

<sup>8</sup> Cfr., *inter alia*, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 6 dicembre 2015, n. 2403. Si veda poi LAMORGESE, (2017), ove l'A., che come noto è l'estensore dell'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite, esprime perplessità circa quella che definisce una «disomogeneità» quanto alla possibilità di porre rimedio alle violazioni del diritto eurounitario tra il caso in cui la lesione sia posta in essere dalla magistratura ordinaria piuttosto che dalla magistratura amministrativa. Osserva l'A. che «nell'ambito della giurisdizione ordinaria (per gli atti che incidano su diritti soggettivi, al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva indicate nell'art. 133 cod. proc. amm.) è assicurato il controllo nomofilattico per «violazione di legge» da parte della Corte di cassazione, mentre, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) sono impugnabili in Cassazione «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» (art. 111, ult. comma, Cost.)» (p. 3). Cfr. Anche ID., (2018), in part. pp. 12 e ss.

zione. Stesso discorso per il problema della violazione di norme sovranazionali, a proposito del quale la sentenza 6/2018 si rivolge al legislatore, riproponendo lo stesso auspicio già indirizzatogli un anno prima nel risolvere una questione sollevata dal Consiglio di Stato<sup>9</sup> che invece, stimolando una decisione additiva, proponeva di considerare le sopravvenienze interpretative della Corte EDU come un nuovo motivo di revocazione ai sensi dell'art. 395 c.p.c.<sup>10</sup>.

Il messaggio che la Corte costituzionale veicola attraverso le sue decisioni, dunque, è l'impossibilità di utilizzare un rimedio giurisdizionale per fini diversi rispetto a quelli per cui è stato normativamente previsto, nonostante lo scopo sostanzialistico volto ad ampliare la tutela. Lo sottolinea sia rispetto alla soluzione dell'art. 111, comma 8, Cost., prospettata dalla Cassazione, sia con riguardo alla proposta del Consiglio di Stato. Seppure plausibile – dice la Corte costituzionale – la soluzione di un nuovo caso di revocazione deve provenire dalla discrezionalità legislativa, da essa traendo la sua forza generale e astratta. Così ai due supremi consessi risponde con lo stesso dispositivo parte di inammissibilità e parte di non fondatezza.<sup>11</sup>

In entrambi i casi, l'impressione che ne deriva è che la questione di legittimità costituzionale abbia avuto quale scopo principale non tanto quello di far valere l'incostituzionalità di una disposizione, quanto piuttosto di investire la Corte costituzionale di un problema applicativo originato dalla mancanza di un riferimento legislativo idoneo. Un problema che tuttavia non ha potuto trovare risposta in quella sorta di 'autorizzazione' richiesta al Giudice delle leggi, che perciò interrompe il dialogo intergiurisdizionale e tenta di stimolare il legislatore con il monito.<sup>12</sup>

Una *ratio* che pare riscontrabile tal quale nel rinvio pregiudiziale sollevato dalle Sezioni Unite con l'ordinanza n. 19598/2020. Lo strumento di dialogo previsto *ex art.* 267 TFUE, infatti, sembra essere stato impiegato allo scopo di sottoporre l'orientamento «evolutivo» sull'art. 111, comma 8, Cost. anche al giudice europeo, cercando in esso una sponda per garantire un controllo non altrimenti esercitabile sulle difformità al diritto sovranazionale che si traducono in lesione del principio di effettività della tutela nelle decisioni del Consiglio di Stato.

<sup>9</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 123 del 31 maggio 2017.

<sup>10</sup> Cfr., *ibidem*, in particolare i p.ti 1 e 2 del considerato in diritto.

<sup>11</sup> Cfr. i dispositivi di Corte costituzionale, sentenze nn. 123 del 2017 e 6 del 2018.

<sup>12</sup> Caso non infrequente nella più recente giurisprudenza costituzionale, sebbene nella maggior parte dei casi infruttuoso, su cui si veda NEVOLA, (2019); ID., (2020).

Nella specie, la vicenda aveva tratto origine dal ricorso di un'impresa che contestava l'esclusione da una gara aggiudicata col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rispetto al quale il Consiglio di Stato non procedeva nel merito siccome aveva accolto il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario.<sup>13</sup> Secondo la Cassazione, questa decisione sarebbe stata resa in contrasto col diritto europeo per come interpretato dalla Corte di Giustizia,<sup>14</sup> e allinearsi all'interpretazione del giudice costituzionale avrebbe significato lasciare priva di tutela la situazione soggettiva azionata.

Per questi motivi, il giudice di legittimità decide di sottoporre alla Corte di Giustizia un rinvio pregiudiziale articolato in tre quesiti. Alla questione della compatibilità col diritto eurounitario della "prassi interpretativa" inaugurata dalla sentenza 6/2018 sull'art. 111, comma 8, Cost. – così la Corte di Cassazione degrada l'interpretazione del giudice delle leggi, l'interprete ultimo delle norme costituzionali – si innestano altri due dubbi di compatibilità. Da un lato, quello relativo all'esclusione della censurabilità mediante ricorso per cassazione dell'omesso immotivato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato in materie disciplinate dal diritto dell'Unione; e, dall'altro, la coerenza coi principi e la giurisprudenza europea del ricorso incidentale escludente.<sup>15</sup>

Con questo atto, dunque, la Cassazione mette in discussione dinanzi al giudice europeo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale all'art. 111, comma 8, Costituzione, peraltro nella ricostruzione che essa stessa ne compie. Così la Corte di Giustizia è assunta ad arbitro del contrasto interpretativo attraverso un uso insolito del rinvio pregiudiziale, non dialogico, ma conflittuale. In questo senso la vicenda appare di particolare interesse ai fini della ricerca, offrendo un punto di osservazione privilegiato nel collocarsi fra

<sup>13</sup> Per un'analisi approfondita, che esorbita dall'economia del presente contributo, si rinvia, almeno, a BARBARESCHI, CARUSO, (2020); CALZOLAIO, (2020); SANDULLI, (2020); TRAVI, (2020); TROPEA, (2020).

<sup>14</sup> Cfr., in particolare, Corte di giustizia 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*; 5 aprile 2016, causa C-689/13, *Soc. Puligienica*; 10 maggio 2017, causa C-131/16, *Archus*; 5 settembre 2019, causa C-333/18, *Soc. Lombardi*. Sul punto, peraltro, cfr. i rilievi critici di una parte della dottrina che considera soltanto la cd. sentenza *Archus* idonea ad essere indicata come precedente: cfr., *ex aliis*, TRAVI, (2020), p. 3416.

<sup>15</sup> La scelta della ricerca di soffermarsi sulla prima delle questioni proposte dal rinvio delle Sezioni Unite non consente di analizzare compiutamente le altre due, per le quali si rinvia, almeno, a ARDIZZONE, (2021); BARBARESCHI, CARUSO (2020); CLARICH, (2020); CURTI GIALDINO, (2021); SANDULLI, (2020); TESAURO, (2020); TROPEA, (2020).

dialogo verticale con la Corte di Giustizia e orizzontale tra giurisdizioni nazionali.

### 3. Il rinvio pregiudiziale nel mare della “*third wave*”

Che il rinvio pregiudiziale sia uno strumento di dialogo è un dato desumibile già a partire dalla lettura della norma che lo disciplina: l'art. 267 TFUE (già art. 234 TCE e, ancora prima, art. 177 TCEE) che, nell'attribuire alla Corte di Giustizia una competenza giurisdizionale non contenziosa, stabilisce che essa si pronunci in via pregiudiziale su questioni di interpretazione di disposizioni di diritto dell'Unione o anche di interpretazione e validità di atti delle istituzioni, a seguito degli appositi rinvii che le giurisdizioni degli Stati membri sono obbligate (se di ultima istanza) o abilitate (negli altri casi) a operare se la soluzione di tali questioni sia necessaria per risolvere il processo innanzi ad esse pendente.<sup>16</sup>

A differenza di quanto previsto per le competenze contenziose, quindi, il rinvio pregiudiziale non è attivato dalle parti di una controversia, ma consiste in un dialogo – appunto – tra il giudice nazionale davanti al quale questa pende e la Corte di Giustizia, la cui competenza non è conoscere della controversia in atto – che si concluderà davanti al giudice nazionale – ma rispondere alle questioni che le vengono poste dall'ordinanza di rinvio.

Si tratta dunque di uno strumento di stretta cooperazione intergiurisdizionale, ove il dialogo tra giudice nazionale e Corte di Lussemburgo persegue lo scopo di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione ed evitare il rischio di ‘specificazioni nazionali’ difformi, potenzialmente foriere di differenziazioni di senso e di portata nell'applicazione delle regole comuni, altamente probabili anche per i diversi significati che gli istituti assumono nella lingua di ciascun ordinamento.<sup>17</sup>

Dall'ordinanza delle Sezioni Unite non emerge questa *ratio*. Lo schema del rinvio pregiudiziale vale a dire quello di un soggetto che, di fronte a un dubbio interpretativo che si pone per dare soluzione a un caso da risolvere, sospende il suo giudizio e chiede l'intervento di altro soggetto che risolverà il suo dubbio,<sup>18</sup> pare essere stato sostituito piuttosto da una logica di impugna-

<sup>16</sup> Cfr., *in terminis*, ADAM, TIZZANO, (2020), p. 335.

<sup>17</sup> Per un approfondimento si veda CONSTANTINESCO, (1964), pp. 334 e ss.; DICKSCHAT, (1968), pp. 41 e ss.

<sup>18</sup> Così ROMBOLI, (2014), p. 3.

zione. La Cassazione, che è il soggetto che sospende il processo, lo fa allo scopo di chiedere alla Corte di Giustizia se l'interpretazione perpetrata da un altro soggetto (la Corte costituzionale) sia da considerarsi errata, così cercando man forte per l'applicazione del suo orientamento «evolutivo», prospettandolo come un rimedio che, conformemente ai precedenti della giurisprudenza eurounitaria, è in grado di consentire una tutela altrimenti destinata a rimanere insoddisfatta stante l'assenza di una specifica previsione normativa nell'ordinamento italiano.

V'è da rimarcare, poi, che quella «contestata» e rimessa allo scrutinio del giudice europeo non riguarda in prima battuta il diritto dell'Unione, ma è l'interpretazione di una disposizione della Carta costituzionale italiana fornita dal giudice delle leggi, l'«interprete ultimo delle norme costituzionali» (Corte costituzionale, sent. 6/2018, p.to 9 del considerato in diritto). Come è noto, le disposizioni delle Carte vengono intese nel dialogo intergiurisdizionale per come interpretate dalle Corti di riferimento. In questa vicenda, invece, si osserva la Corte Suprema di legittimità di uno Stato membro portare in discussione innanzi al giudice europeo una questione interpretativa interna per come risolta dalla Corte costituzionale, che è l'organo deputato a comporla.<sup>19</sup>

Di fronte ad un uso così peculiare del rinvio pregiudiziale sembra opportuno interrogarsi circa le motivazioni che ad esso sono sottese, e sugli effetti che potrebbero derivarne per il dialogo tra le Corti. A questo proposito, può essere utile un inquadramento storico-globale del fenomeno, che aiuta a meglio comprendere le dinamiche relazionali tra i diversi livelli di giurisdizione.

In un noto saggio apparso nel 2018 sull'*International Journal of Constitutional Law*,<sup>20</sup> Lustig e Weiler, partendo dall'opera di Cappelletti,<sup>21</sup> procedono ad una contestualizzazione della giurisdizione costituzionale del terzo millennio individuandone tre grandi fasi, che indicano come *waves*: ondate. La metafora serve ad esprimere il loro continuo sovrapporsi – *sequential and overlapping worldwide waves* – in una dimensione storica evolutiva che richiede un conseguente progressivo adattamento delle funzioni della *judicial review*, volto a mantenerne intatto il significato di garanzia contro l'abuso del potere legislativo, o meglio, *amplius*, del potere pubblico.

La prima ondata, collocata cronologicamente dopo la seconda guerra mondiale, è caratterizzata dalla diffusione a macchia d'olio – *horizontal*

<sup>19</sup> Si veda sul punto ZANON, (2021).

<sup>20</sup> LUSTIG, WEILER, (2018).

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, (1989).

*spread* – della giurisdizione costituzionale, che viene a consolidarsi come lo strumento per blindare le nascenti democrazie contro il pericolo della tirannia delle maggioranze.<sup>22</sup> La seconda ondata, in un contesto di forte interazione degli ordinamenti internazionali, coincide con la comparsa di un diritto superiore transnazionale che, nel Vecchio Continente, va ascritta principalmente a due eventi: la nascita, da un lato, della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) e, dall’altro, dell’Unione Europea. In questa fase, il parametro delle giurisdizioni costituzionali si integra con le norme sovranazionali in un processo che via via conduce al più recente fenomeno dell’emersione dell’identità costituzionale come reazione all’internazionalizzazione del diritto costituzionale, che connota la terza ondata. Questa, in pieno svolgimento, vede canalizzate le spinte identitarie nei procedimenti giurisdizionali, che temperano in un tono dialogico la voce dell’identità.<sup>23</sup> E in tale processo la garanzia della *judicial review* viene assumendo un ulteriore significato di controllo: sul rispetto, da parte degli atti normativi interni, dei parametri sovranazionali e, allo stesso tempo, sulla coerenza di questi ultimi con l’identità costituzionale.

L’uso reale del rinvio pregiudiziale pare collocarsi perfettamente entro questa cornice.

In una prima fase, in piena seconda ondata, le giurisdizioni comuni degli Stati membri hanno proceduto ad un largo impiego dell’istituto, che nel corso del tempo è venuto assumendo una funzione dialogica ‘bifronte’. Da un lato, infatti, attraverso l’opera di «importazione» dell’interpretazione di volta in volta fornita dalla Corte di Giustizia, i giudici comuni nazionali hanno assicurato il perseguimento della finalità che si pone alla base dell’istituto, vale a dire quella di garanzia dell’uniforme interpretazione e quindi applicazione del diritto eurounitario; dall’altro, però, questo dialogo ha visto l’interlocutore Corte di Giustizia anche in ascolto dei giudici nazionali, i quali hanno progressivamente operato pure un’attività di «esportazione» nella sede europea dei diritti e dei principi costituzionali dei rispettivi Stati membri.<sup>24</sup>

Questo ha disvelato un’ulteriore finalità perseguibile mediante il suo utilizzo, facendo emergere un altro aspetto di quella portata armonizzante che lo ha reso la *chiave di volta* dell’integrazione europea mediante il diritto. Il

<sup>22</sup> Il tema è molto battuto nella letteratura scientifica americana. Per approfondire si veda, *ex multis*, POSNER, VERMEULE, (2009).

<sup>23</sup> Cfr. sul punto PALOMBELLA, (2017).

<sup>24</sup> CARTABIA (2006); WEILER, (2000).

rinvio pregiudiziale, infatti, ha progressivamente canalizzato l'esigenza di protezione delle peculiarità costituzionali degli Stati membri, codificata dopo Lisbona nell'art. 4 par. 2 TUE, inizialmente determinando una centralità del dialogo tra giudice comune e Corte di Giustizia nella costruzione costituzionale europea, favorita dalla ben nota ritrosia che i giudici costituzionali avevano manifestato nei confronti dello strumento *ex art. 267 TFUE*.

La preoccupazione delle Corti costituzionali per quella "sorta di inevitabile gerarchizzazione" (ROMBOLI, 2014, p. 2) che il rinvio pregiudiziale reca con sé, dal momento che dà impulso ad una decisione che vincola il richiedente,<sup>25</sup> le aveva spinte, in un primo momento, a non rivolgersi direttamente alla Corte di Lussemburgo, così auto-escludendosi da questo dialogo costruttivo. Come emerge dagli studi comparati,<sup>26</sup> invero, ad eccezione delle Corti costituzionali belga,<sup>27</sup> austriaca,<sup>28</sup> ed estone,<sup>29</sup> le giurisdizioni costituzionali sono subentrate soltanto dopo nel processo di armonizzazione, quando gli effetti del loro iniziale atteggiamento si sono rivelati incompatibili con la dimensione storica entro la quale era entrato il loro ruolo di garanti dei diritti dei singoli.

Rimanendo fuori dal circuito di relazione con la Corte di Lussemburgo, le giurisdizioni costituzionali avevano mantenuto il proprio spazio di autonomia interpretativa sulle Carte nazionali, allo stesso tempo consentendo un profondo avanzamento dello spazio giuridico unionale, ma con l'effetto negativo di marginalizzare la *judicial review* da quel rinnovato sistema di tutela *in fieri* dei diritti,<sup>30</sup> permeabile a fonti esterne (la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e la Cedu come interpretata dalla Corte di Strasburgo).<sup>31</sup>

Da questa maturata consapevolezza discendono i *revirement* che, tra il 2011 e il 2014, hanno visto le Corti costituzionali finalmente procedere all'impiego del rinvio pregiudiziale per rivolgersi direttamente alla Corte di

<sup>25</sup> Sul punto il dibattito dottrinario vedeva in discussione il quesito se il rinvio pregiudiziale fosse qualificabile come strumento di collaborazione, capace quindi di incentivare il dialogo tra gli operatori del diritto, oppure invece tale da determinare una situazione di sovra e sotto ordinazione: per approfondire si veda, *ex aliis*, CERRUTI, LOSANA, (2014); ROMBOLI, (2014); GIOVANNETTI, (2010).

<sup>26</sup> Si veda PASSAGLIA, (2010); RAGONE, (2011).

<sup>27</sup> Per approfondire si veda VANDAMME, (2008).

<sup>28</sup> Per approfondire si veda ELÍAS MÉNDEZ, (2010).

<sup>29</sup> Per approfondire si veda JARUKAITIS, (2010).

<sup>30</sup> Sul punto si veda, *ex multis*, AMATO, (2015), BARBERA, (2007), CARTABIA, (2006).

<sup>31</sup> Così BIFULCO, TEGA, (2020). Sulla tutela multilivello dei diritti si v. PERNICE, (1999, 2002); sulle sue ricadute odierne, poi, si veda, *ex aliis*, DEL VECCHIO, (2020).



Lussemburgo,<sup>32</sup> così entrando sulla scena principale di quel proficuo dialogo armonizzante nelle vesti di garanti della costituzionalità delle norme sovranazionali.<sup>33</sup>

Il *Tribunal constitucional* spagnolo nel 2011, il *Conseil constitutionnel* nel 2013, il *Bundesverfassungsgericht* nel 2014 e la Corte costituzionale nelle due tappe delle ordinanze 103/2008 e 207/2013, cui si è aggiunto il *Tribunal constitucional* del Portogallo con l'*acórdão* 711/2020<sup>34</sup>, agiscono tutte in difesa dell'identità nazionale, tentando di aggiornare il loro ruolo di garanzia alla nuova complessità storico-globale in cui si trovano ad operare.<sup>35</sup>

Se guardato entro questa cornice, il “cammino comunitario” (BARILE, 1973, 2401) della giurisprudenza costituzionale italiana – cui si circoscrive l'analisi – pare potersi considerare fin dall'inizio diretto verso la medesima destinazione, vale a dire quella di prendere parte al dialogo con la Corte di Giustizia ritagliandosi un ruolo adeguato alla sua funzione di garanzia dei diritti fondamentali. In questo percorso, che sembra potersi considerare un'evidente esemplificazione della terza ondata,<sup>36</sup> il rinvio pregiudiziale ha assunto un ruolo decisivo, consentendo alla Corte costituzionale di consolidare la sua posizione di garante dell'identità nazionale nel proficuo dialogo che essa ha saputo instaurare con la Corte di Giustizia.

Così è stato nella cd. saga Taricco, ove, utilizzato insieme allo spettro dei controlimiti, ha rappresentato per il giudice delle leggi lo strumento per trasmettere con successo nella sede europea il senso italiano del principio di legalità dei reati e delle pene; e così continua ad essere con riferimento alla più recente giurisprudenza, anche nei casi di cd. doppia pregiudizialità, come emerge da ultimo dal dialogo intercorso con la Corte di Giustizia sul diritto di mantenere il silenzio e di non contribuire alla propria incolpazione. La Corte costituzionale, adita dalla Corte di Cassazione, aveva sollevato rinvio pregiudiziale per sottolineare come questo rientrasse nel perimetro del diritto alla difesa e in quello del principio della parità tra le parti nel processo, tutelato sia dalla Carta costituzionale italiana, sia da quella Europea dei Diritti dell'Uomo, e rientrante nella garanzia del giusto processo *ex art. 6 CEDU*.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Cfr, *amplius*, ROMBOLI, (2014), pp. 17 e ss.

<sup>33</sup> Su cui cfr. LUSTIG, WEILER, (2018); PALOMBELLA, (2017), p. 353

<sup>34</sup> Per un approfondimento su tali rinvii, che esorbita dalle finalità di questa ricerca, si rinvia, almeno, a ROMBOLI, (2014); GUERRERO PICÓ, (2021).

<sup>35</sup> Cfr. BARBERA, (2017); CARTABIA, (2017).

<sup>36</sup> Si veda in questo senso BIFULCO, TEGA, (2020), p. 203.

<sup>37</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 2 febbraio 2021, causa C-489/19, *D.B. c. CONSOB*.

Si è trattato di un utilizzo maturo del rinvio pregiudiziale, con cui il giudice costituzionale italiano, fattosi parte attiva del dialogo, pare aver dimostrato in concreto che la sua preoccupazione, piuttosto che mantenere per sé la prima o l'ultima parola, è quella invece di usare la propria voce per contribuire "all'attuazione di un sistema integrato di garanzie (che) ha il suo caposaldo nella leale e costruttiva collaborazione tra le diverse giurisdizioni, chiamate – ciascuna per la propria parte – a salvaguardare i diritti fondamentali nella prospettiva di una tutela unica e non frazionata" (Corte costituzionale, sentenza 254/2020, p.to 2.1 del considerato in diritto)<sup>38</sup>.

È appena il caso di sottolineare come, in quest'ottica, anche il noto *obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 in tema di cd. doppia pregiudizialità può considerarsi una tappa dello stesso cammino eurounitario.<sup>39</sup>

Nel momento in cui la Corte costituzionale chiede al giudice comune di essere adita in prima battuta ove, con riferimento a un medesimo giudizio, quest'ultimo riscontri "la violazione di un diritto della persona che infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione" (Corte costituzionale, sentenza n. 269/2017, p.to 5.2 del considerato in diritto), assumendo su di sé, se del caso, l'impegno di adire la Corte di Giustizia con la domanda pregiudiziale,<sup>40</sup> il giudice costituzionale non intende prendere posizione rispetto alla Corte di Lussemburgo, ma in piena coerenza con la terza ondata adegua il suo ruolo al contesto.

Muovendo dalla condivisibile considerazione che la semplice disapplicazione del giudice comune non può eliminare la normativa incostituzionale e antieuropea dall'ordinamento, rivendica il ruolo che le compete nella garanzia dei diritti fondamentali per assicurare gli effetti *erga omnes* delle sue sentenze ad una tutela che altrimenti correrebbe il rischio di diventare "a macchia di leopardo" (SILVESTRI, 2018, p. 6).

L'intento, peraltro chiarificato nelle precisazioni delle successive tappe giurisprudenziali,<sup>41</sup> non è dunque entrare in competizione con la Corte di giustizia,<sup>42</sup> con la quale dimostra di cercare uno scambio basato sulla leale collaborazione, ma di invertire la rotta dell'estromissione della *judicial review*

<sup>38</sup> Cfr. in questo senso SCIARRA, (2021).

<sup>39</sup> Per approfondire si veda, *ex plurimis*, CARUSO, MEDICO, MORRONE, (2020).

<sup>40</sup> Cfr. sul punto l'analisi di AMALFITANO, (2020).

<sup>41</sup> Pronunce nn. 20, 63, 112 e 117 del 2019 su cui si veda LUPO, (2019b); TEGA, (2019).

<sup>42</sup> Si veda sul punto MASTROIANNI, (2018), RUGGERI, (2017).

dalla costruzione del diritto costituzionale europeo,<sup>43</sup> con l'effetto di utilizzare il rinvio pregiudiziale come strumento di *ri-accentramento* sul versante del dialogo orizzontale con le giurisdizioni nazionali di merito e di legittimità.

#### 4. Alla ricerca di un punto di equilibrio: le tendenze della giurisprudenza italiana

L'esigenza del *ri-accentramento*, che trova peraltro riscontro, sul piano comparato, nella giurisprudenza costituzionale austriaca e nella *question prioritarie de constitutionnalité* francese,<sup>44</sup> e che più in generale caratterizza la recente «stagione»<sup>45</sup> dei rapporti della Corte costituzionale italiana con le giurisdizioni comuni, è una tendenza sulla quale occorre riflettere da una duplice prospettiva.

Se, invero, dal punto di vista del dialogo verticale tra giudice delle leggi e Corte di giustizia, recuperare lo spazio che spetta alla *judicial review* nel processo di integrazione mediante il diritto ha consentito al giudice costituzionale, per il tramite del rinvio pregiudiziale, di assumere una funzione di collaborazione attiva nei confronti degli orientamenti della Corte di Lussemburgo, occorre d'altra parte osservare come questo mutato atteggiamento abbia finito per riempire degli spazi di interlocuzione precedentemente occupati dai giudici comuni.

A questo proposito, l'intenzione del giudice delle leggi di trasformare in un «coro» quello che era divenuto un «duetto» intollerabilmente escludente<sup>46</sup> dipende in larga misura dalle reazioni delle giurisdizioni comuni alle spinte centripete della Corte costituzionale, la quale, oltre a “mette(re) in campo la propria *moral suasion*, non ha altre armi con cui colpire il giudice disobbediente” (RANDAZZO, 2021, p. 149).

È interessante allora interrogarsi su quali reazioni stanno mostrando le giurisdizioni nazionali rispetto al *ri-accentramento*.

V'è da osservare, innanzitutto, che si tratta di reazioni eterogenee.<sup>47</sup> Se infatti non mancano segnali positivi di adeguamento,<sup>48</sup> vi sono giudici che

<sup>43</sup> Cfr. GUASTAFERRO, (2020), MASSA, (2019), in part. § 4, che parlano di direzione e finalità “difensiva”.

<sup>44</sup> Cfr. BIFULCO, TEGA, (2020), p. 204; CAREDDA, (2018).

<sup>45</sup> TEGA, (2020); DE VERGOTTINI, (2021); ROMBOLI, (2020).

<sup>46</sup> Cfr. GUASTAFERRO, (2020); VIGANÒ, (2019).

<sup>47</sup> Cfr. l'analisi di DONATI, (2021).

<sup>48</sup> Cfr. Cassazione civile, sezione II, ordinanza n. 3831 del 2018; Cassazione civile, sezione

non si ritengono vincolati e considerano quella della Corte costituzionale una mera proposta metodologica dal valore non obbligante, spesso procedendo alla diretta attuazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.<sup>49</sup> V'è poi chi ha sollevato contemporaneamente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e questione di legittimità alla Corte costituzionale,<sup>50</sup> e chi invece manifesta il proprio dissenso con la tendenza a proporre il rinvio pregiudiziale senza passare per il giudice costituzionale.<sup>51</sup>

È in quest'ultima tendenza dissenziente che pare potersi collocare la portata dirompente del rinvio pregiudiziale operato dall'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite, una tendenza che fa il paio con quell'uso surrettizio che – anche a prescindere dai casi di doppia pregiudizialità – vede lo strumento *ex art. 267 TFUE* talvolta impiegato per forzare i confini del diritto dell'Unione tentando di ampliare il valore della Carta, talaltra “per giustificare soluzioni interpretative da parte del giudice nazionale che riguardano il diritto interno e non sono regolate specificamente dal campo eurounitario anche se incidono indirettamente sull'applicazione del diritto UE” (CONTI, 2020, p. 7).

Rispetto a questo uso ‘distorto’ del rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia mostra la tendenza ad arginarlo mediante la sanzione dell'irricevibilità o la declaratoria di incompetenza.

È quanto accaduto, ad esempio, in occasione del doppio rinvio che la Corte d'Appello di Napoli aveva sollevato in materia di licenziamenti collettivi, cui riteneva applicabile l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali sul mero presupposto che, per effetto della direttiva 98/59/CE (Consiglio, 20

lavoro, ordinanze nn. 16164-16172 del 2019, che hanno sollevato la questione di legittimità cui è seguito il rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 182 del 2020.

<sup>49</sup> Cfr. Cassazione civile, sezione lavoro, sentenza n. 12108 del 2018; Cassazione civile, sezione lavoro, sentenza n. 12945 del 2018; Cassazione civile, sezione II, sentenza n. 31632 del 2018; Tribunale di Milano, sezione lavoro, sentenza 5 agosto 2019.

<sup>50</sup> Corte d'Appello di Napoli, sezione lavoro, sentenza 18 settembre 2019, che ha ricevuto risposta dalla Corte di Giustizia con ordinanza del 4 giugno 2020, causa C-32/20, *TJ contro Balga srl* e dalla Corte costituzionale con sentenza n. 254 del 2020, di cui si dirà *infra*.

<sup>51</sup> Cfr. Cassazione civile, sezione lavoro, ordinanza n. 13678 del 2018 che sottolinea come “il dialogo diretto con la Corte di Giustizia risult(i) essere (...) lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto dell'Unione sui profili nazionali”, la questione è stata respinta dalla Corte di Giustizia (C-396/18); Cassazione civile, sezione lavoro, ordinanza n. 451 del 2019. Cfr. poi BIN, (2020).

luglio 1998), concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, tale competenza fosse ormai attratta in quelle concretamente attuate dall'Unione europea. Da ciò il giudice nazionale aveva proceduto ad adire contemporaneamente la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, denunciando la normativa nazionale come lesiva del diritto all'effettività della tutela contro i licenziamenti ingiustificati, e interrogando il giudice europeo circa il contenuto dell'articolo 30 della Carta dei diritti fondamentali, invocato come parametro nel giudizio di costituzionalità insieme agli artt. 10 e 117, primo comma, della Costituzione e all'art. 24 della Carta sociale europea.

Ebbene, nel sottolineare l'assenza di "un collegamento tra un atto di diritto dell'Unione e la misura nazionale" denunciata (CGUE, causa C-32/20), il giudice europeo ha dichiarato manifestamente irricevibili le questioni proposte, sul rilievo peraltro che l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali "non presenta nessi evidenti con la violazione dei criteri di scelta da adottare in caso di licenziamenti collettivi" (SCIARRA, 2021, p. 40).

All'ordinanza della Corte di Giustizia, pronunciatasi per prima, ha fatto da eco l'inammissibilità pronunciata dalla Corte costituzionale che, "in consonanza con" le "indicazioni" del giudice di Lussemburgo (Corte costituzionale, sentenza 254/2020, p.to 2.2 del considerato in diritto), argomenta motivando sull'estraneità della situazione giuridica del processo principale dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, confermando la leale e costruttiva collaborazione cui impronta il suo agire rispetto alla Corte di Giustizia.

## 5. Riflessioni finali

A questo punto dell'analisi, e in attesa della decisione della Corte di Giustizia, pare opportuno richiamare l'attenzione su due rilievi finali.

Innanzitutto, accanto alla evidenziata chiusura che la Corte di Lussemburgo mostra nei confronti dell'uso 'strumentale' del rinvio pregiudiziale, occorre ricordare un consolidato orientamento del giudice europeo in materia di giudicato anti-comunitario delle sentenze del Consiglio di Stato,<sup>52</sup> se-

<sup>52</sup> Cfr., *inter alia*, Corte di Giustizia, decisione 3 settembre 2009, *Fallimento Omniclub*; 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*; 10 luglio 2014, C-213/03. Soltanto nella sentenza del 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini*, il giudice europeo aveva espresso un indirizzo contrario, rispetto al quale si è in seguito discostato (sentenza C-224/01 *Köbler* cit.) chiarendo la situa-

condo il quale il diritto eurounitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò consentirebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto europeo. Il giudice di Lussemburgo applica il principio di equivalenza per trovare il punto di equilibrio tra primato del diritto europeo e stabilità del giudicato nazionale. Se invero non v'è, nell'ordinamento interno, un rimedio contro una sentenza del Consiglio di Stato in contrasto col diritto nazionale, allora – afferma la Corte di Giustizia – neppure è possibile prevedere un rimedio *ad hoc* per il contrasto col diritto eurounitario.<sup>53</sup>

Il secondo rilievo, invece, ritorna sull'“uso diverso” (CARAVITA, 2020, p. 20) che le Sezioni Unite hanno fatto del rinvio pregiudiziale, peculiare anche rispetto alle dinamiche giurisprudenziali analizzate, in cui si iscrive.

Si è più volte sottolineato che con l'ordinanza 19598/2020 il giudice di legittimità sottopone alla Corte europea una questione squisitamente interna su una norma della Costituzione per come interpretata dal giudice delle leggi. Rimarchevole, dunque, è il dato secondo il quale quest'ultimo non sia riuscito a risolverla.

Come si è visto, infatti, sia per la richiesta che gli era stata rivolta dalla Corte di Cassazione, sia per quella del Consiglio di Stato, il giudice costituzionale ha frenato al ‘dialogo supplente’ che gli veniva domandato, non riuscendo tuttavia ad intercettare la comunicazione col legislatore, alla cui sola discrezionalità ha ribadito spettare la scelta in ordine alla soluzione normativa più idonea.

È a questa mancanza che può ascriversi l'uso peculiare che le Sezioni Unite hanno fatto del rinvio pregiudiziale,<sup>54</sup> che apre un importante interrogativo circa l'adeguatezza della disciplina del processo costituzionale italiano rispetto alle sfide cui è confrontato nella terza ondata della *judicial review*, in cui si avverte la necessità di strumenti ulteriori rispetto a quelli di un mero “legislatore negativo” (KELSEN, 1928),<sup>55</sup> che consentano alla Corte costituzionale il dialogo collaborativo non solo con le altre giurisdizioni, ma anche con il legislatore.<sup>56</sup>

zione del tutto peculiare di quella vicenda, ove erano in discussione alcune delle competenze esclusive della Commissione.

<sup>53</sup> Cfr. ARDIZZONE, (2021); LIPARI, (2020).

<sup>54</sup> Cfr. PATRONI GRIFFI, (2021), p. 31.

<sup>55</sup> Cfr. sul punto D'AMICO, (2019); LUPO, (2019b).

<sup>56</sup> Sul punto si veda la relazione della Presidente emerita Marta Cartabia sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, *www.cortecostituzionale.it*, 28 aprile 2020, p.to 3.2.

Dalle risposte a queste rinnovate esigenze, forse più ancora che da quella della Corte di Giustizia per le Sezioni Unite,<sup>57</sup> dipende il futuro del dialogo tra le Corti. Nello scenario presente, la preoccupazione maggiore è il rischio emulativo che questa tipologia conflittuale di rinvio pregiudiziale può recare con sé. Come insegna Balaguer, infatti, la funzionalità del dialogo verticale non può prescindere dalle relazioni sul piano orizzontale,<sup>58</sup> anche per queste la leale collaborazione rappresenta l'imprescindibile mezzo attraverso cui muoversi sulla strada dell'interlocuzione intergiurisdizionale.<sup>59</sup>

### Riferimenti bibliografici

- ADAM, R., TIZZANO, A. (2020). *Manuale di diritto dell'Unione Europea*. Giappichelli. Torino.
- AMALFITANO, C. (2020). *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*. *Rivista AIC*, n° 1.
- AMATO, G. (2015). *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*. Il Mulino. Bologna.
- ARDIZZONE, L.L. (2021). *Quando la Costituzione italiana deve misurarsi con il diritto dell'Unione europea (a margine di Corte di Cassazione, sez. Un. Civ., ord. N. 19598/2020), Consulta online*, n° 1.
- BALAGUER CALLEJÓN, P. (2006). *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*. *Jmonnet Publicaciones*. [www.ugr.es](http://www.ugr.es).
- BALAGUER CALLEJÓN, P. (2012). *The Relations Between the EU Court of Justice and the Constitutional Courts of the Member States*. In Blanke H.J., Mangiameli S. (eds.), *The European Union after Lisbon. Constitutional Basis, Economic Order and External Action*. Springer. Heidelberg.
- BALDASSARE, A. (2003). *La Carta europea dei diritti*. In Panunzio S. (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo di integrazione Europea*. Giuffrè. Milano.

<sup>57</sup> Sul punto, per quanti, nell'eventualità di una risposta positiva della Corte di Giustizia alle Sezioni Unite, hanno analizzato la possibilità per la Corte costituzionale di attivare i controlli, cfr. LUCIANI, (2020); TOMAIUOLI, (2020); TROPEA, (2020).

<sup>58</sup> BALAGUER CALLEJÓN, (2012), p. 257 "The relationship between National constitutional law and European Law, and the relationship between national constitutional courts and the ECJ, is naturally shaped by the relationship that each judicial body has its own legal system (...)".

<sup>59</sup> Cfr., ancora, la relazione della Presidente Cartabia cit., al p.to 3.

- BARBARESCHI, S., CARUSO, L.A. (2020). *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione "fuori contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598. Federalismi.it*, n° 11.
- BARBERA, A. (2007). *Corte costituzionale e giudici di fronte ai «vincoli comunitari»: una ridefinizione dei confini?.* *Quaderni costituzionali*, n° 2.
- BARBERA, A. (2017). *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia. Rivista AIC*, n° 4.
- BARILE, P. (1973). *Il cammino comunitario della Corte. Giurisprudenza Costituzionale.*
- BIFULCO, R., TEGA, D. (2020). *Il divenire costituzionale europeo tra isole della ragione e waves giurisprudenziali. Quaderni costituzionali*, n° 1.
- BIN, R. (2020). *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione. Federalismi.it*, 18 novembre.
- CALZOLAIO, E. (2020). *La violazione del diritto dell'Unione europea come «motivo di giurisdizione». Foro italiano*, I, n° 11.
- CAPPELLETTI M. (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford University Press. Oxford.
- CARAVITA, B. (2020). *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al giudice europeo? Federalismi.it*, n° 11.
- CAREDDA, M. (2018). *Carta di Nizza e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Note a margine della sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale. Diritto e Società*, n° 1.
- CARTABIA, M. (2006). *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea.* In Zanon N. (a cura di), *Le corti nell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*. ESI. Napoli.
- CARTABIA, M. (2008). *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo. Giurisprudenza costituzionale.*
- CARTABIA, M. (2017). *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Rivista AIC*, n° 3.
- CARUSO, C., MEDICO, F., MORRONE, A. (2020). *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale.* Bononia University Press. Bologna.
- CERRUTI T., LOSANA M. (2014). *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale: nuove prospettive e vecchie incertezze. Diritto Pubblico Comparato Europeo*, n° 1.
- CLARICH, M. (2020). *Giurisdizione: partita a poker tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato. Norme e Tributi, Il sole 24ore*, 14 ottobre.
- CONSTANTINESCO, L.J. (1964). *Schutzmassnahmen nach Art. 226 EWG-Vertrag. Neue Juristische Wochenschrift.*
- CONTI, R. (2020). *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015).* *Giurcost.org*.
- CURTI GIALDINO, C. (2021). *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS. UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per 'motivi inerenti alla giurisdizione'. Federalismi.it*, n° 3.



- D'AMICO, M. (2019). *Intervento al Seminario di Quaderni costituzionali Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, 27 maggio.
- DE VERGOTTINI, G. (2021). *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*. *Federalismi.it*, n° 3.
- DEL VECCHIO, I. (2020). *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- DICKSCHAT, S.A. (1968). *Problèmes d'interprétation des traités européens résultant de leur plurilinguisme*. *Revue Belge de Droit International*.
- DONATI, F. (2021). *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*. *Federalismi.it*, n° 3.
- ELÍAS MÉNDEZ C. (2010). *El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su interacción con el Derecho de la Unión Europea*. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 14.
- FRANCARIO, F. (2020). *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*. *Giustizia Insieme*, 11 novembre.
- GIOVANNETTI, T. (2010). *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*. Documento del Servizio Studi della Corte costituzionale, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), *Studi e Ricerche*.
- GUASTAFERRO, B. (2020). *Il cammino euro-unitario della Corte costituzionale nel seguito giurisprudenziale della sentenza n. 269 del 2017*. In Caruso, C., Medico, F., Morrone, A. (a cura di), *cit.*
- GUERRERO PICÓ, C. (2021). *Tribunale costituzionale, acórdão n. 711/2020 del 9 dicembre, che effettua per la prima volta un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*. [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). *Studi e Ricerche*.
- JARUKAITIS, I. (2010). *Report on Estonia, Latvia and Lithuania*. In Martinico G., Pollicino O. (a cura di). *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*. Europa Law Publishing. Gronigen.
- LAMORGESE, A. (2017). *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario*. *Questionegiustizia.it*, 18 aprile.
- LAMORGESE, A. (2018). *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*. *Federalismi.it*, n° 1.
- LIPARI, M. (2020). *Il sindacato della cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, comma 8, della costituzione e il diritto dell'Unione europea: la parola alla Corte di Giustizia*. *Giustizia Insieme*, 11 dicembre.

- LUCIANI, M. (2020). *Intervento al Convegno webinar Limiti esterni di giurisdizione e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, Università di Roma Tre, 6 novembre.
- LUPU, N. (2019a). *Intervento al Seminario di Quaderni costituzionali Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, 27 maggio.
- LUPU, N. (2019b). *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema 'a rete' di tutela dei diritti in Europa*. *Federalismi.it*, n° 14.
- LUSTIG, D., WEILER, J.H.H. (2018). *Judicial Review in the Contemporary World- Retrospective and Prospective*. *I-CON*, n° 16, 2.
- MANZELLA, A. (2012). *L'unitarietà costituzionale dell'ordinamento europeo*. *Quaderni costituzionali*, n° 3.
- Massa, M. (2019). *Dopo la "precisazione". Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*. *Osservatorio sulle fonti*, n° 2.
- MASTROIANNI, R. (2018). *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica di Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione tra Carte e Corti*. *Osservatoriosullefonti.it*, n° 1.
- NEVOLA, R. (2019). *Dialogo con il legislatore e gli organi di governo: moniti, auspici, inviti e richiami nella giurisprudenza costituzionale del 2018*. Documento del Servizio Studi della Corte Costituzionale, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), *Studi e Ricerche*.
- NEVOLA, R. (2020). *Dialogo con il legislatore e gli organi di governo: moniti, auspici, inviti e richiami nella giurisprudenza costituzionale del 2019*. Documento del Servizio Studi della Corte Costituzionale, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), *Studi e Ricerche*.
- PALOMBELLA, G. (2017). *Interlegality and justice*. *Ssrn.com*, 6 novembre.
- PASSAGLIA, P. (2010). *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*. Documento del Servizio Studi della Corte costituzionale. [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), *Studi e Ricerche*.
- PATRONI GRIFFI, F. (2021). *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini?*. *Federalismi.it*, n° 3.
- PERNICE, I. (1999). *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*. *Common Market Law Review*, n° 36.
- PERNICE, I. (2002). *Multilevel Constitutionalism in the European Union*. *WHI*, n° 4.
- POSNER, E.A., Vermeule, A. (2009). *Tyrannophobia*. *University of Chicago Public Law & Legal Theory*, Working Paper n° 276.
- RAGONE, S. (2011). *Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación*. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*.

- RANDAZZO, B. (2021). *Il 'riaccentramento' del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*. *Federalismi.it*, n° 3.
- Romboli, R. (2014). *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*. *Rivista AIC*, n° 3.
- ROMBOLI, R. (2020). *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "momenti di diffusione"*. *Rivista del Gruppo di Pisa*, n° 2.
- RUGGERI, A. (2017). *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto comparato assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost.n. 269 del 2017)*. *Rivista di Diritti Comparati*, n° 3.
- SANDULLI, M.A. (2020). *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*. *Giustizia Insieme*, 30 novembre.
- SCIARRA, S. (2021). *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*. *Federalismi.it*, n° 3.
- SILVESTRI, G. (2018). *Osservazioni conclusive*. *Osservatorio sulle fonti*, n° 1.
- TEGA, D. (2019). *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*. *Quaderni costituzionali*.
- TEGA, D. (2020). *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*. Bononia University Press. Bologna.
- TERUEL LOZANO, G.M.; PÉREZ MIRAS, A.; RAFFIOTTA, E.C. (2015). *Desafíos del constitucionalista ante la integración europea / Sfide del costituzionalismo di fronte al processo di integrazione europea / Constitutional Challenges Regarding European Integration*. Editum. Murcia.
- TESAURO, G. (2000). *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*. In Aa. Vv, *Annuario 1999 dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, La Costituzione Europea*. Cedam. Padova.
- TESAURO, G. (2020). *Sui vincoli del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale*. *Federalismi.it*, n° 6.
- TOMAIUOLI, P.L. (2020). *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale giurisdizione unica (nota a Cass. Civ., Sezioni Unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*. *Consulta online*, n° 3.
- TRAVI, A. (2020). *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*. *Foro italiano*, I, n° 11.
- TROPEA, G. (2020). *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*. *Giustizia Insieme*, 7 ottobre.
- VANDAMME, T. (2008). *Prochain Arrêt: La Belgique! Explaining Recent Preliminary References of the Belgian Constitutional Court*. *European Constitutional Law Review*, n° 4.

VIGANÒ, F. (2019). *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali. Quaderni costituzionali*, n° 2.

WEILER, J.H.H. (2000). *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità. Quaderni costituzionali*. n° 1.

ZANON N. (2021). *Intervento al Convegno webinar L'assetto pluralistico delle giurisdizioni tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, Università degli Studi di Milano, 29 gennaio.

IL PROTOCOLLO 16 ALLA CEDU:  
IL DIALOGO TRA LE CORTI ED I RAPPORTI  
TRA CORTE DI STRASBURGO E CORTE DI GIUSTIZIA  
DELL'UNIONE EUROPEA

ANTONELLA GALLETTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il protocollo 16 alla CEDU. – 3. Le prime attivazioni del Protocollo. – 4. Il dialogo tra le Corti. – 5. I rapporti tra Corte di Strasburgo e Corte di Giustizia dell'Unione europea. – 6. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Parlare di tutela multilivello dei diritti fondamentali richiama l'idea che a fronte delle stesse situazioni giuridiche soggettive esistono, nei diversi ordinamenti che le contengono, differenti forme di tutela, collocate su vari “livelli” di un ideale ordine gerarchico nel quale quegli ordinamenti (e le relative forme di tutela) sarebbero ordinati.

A partire dal secondo dopoguerra, si è affermato un processo di positivizzazione dei diritti fondamentali policentrico e articolato, organizzato, come già detto, su una pluralità di livelli differenti<sup>1</sup>. Si è assistito, in particolare modo, ad una “costituzionalizzazione”<sup>2</sup> del diritto internazionale e sovranazionale, legata al progressivo aumento di carte dei diritti promosse da diverse organizzazioni di Stati a livello sia globale che regionale. Pur apparentemente indipendenti tra loro, queste carte non rimangono isolate, ma si aprono al riconoscimento reciproco e al rispetto dei diritti fondamentali garantiti nelle costituzioni nazionali. Inoltre, e nel contempo, un numero sempre maggiore di Stati ha introdotto nella propria Costituzione una qualche forma di rinvio al diritto internazionale e sovranazionale. Si è intrecciata così una trama di rinvii incrociati in forza dei quali il riconoscimento, la realizzazione e la protezione dei diritti umani possono avvenire solo attraverso l'intersezione tra fonti nazionali, internazionali e sovranazionali<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> PAROLARI, P. (2016).

<sup>2</sup> PETERSEN H. - ZAHLE H. (1995).

<sup>3</sup> PAROLARI P. (2017).

Queste trasformazioni hanno contribuito al passaggio da uno stato di separazione tra questi tre “livelli” di fonti del diritto (nazionale, internazionale e sovranazionale) ad uno di “osmosi”<sup>4</sup> e di “integrazione”<sup>5</sup> in cui questi “corpi normativi”<sup>6</sup> si influenzano reciprocamente, e si completano, per contribuire all’estensione del catalogo dei diritti fondamentali e ad una loro più piena realizzazione e tutela.

Generalmente, però, i rinvii incrociati contenuti nelle costituzioni nazionali o nelle carte dei diritti internazionali e sovranazionali, non fissano una gerarchia tra le fonti che li contengono e quelle che ne sono oggetto; di solito, piuttosto, si limitano a far salva la “maggior tutela” dei diritti eventualmente prevista in altre fonti. In questo contesto, la teoria delle fonti richiede di essere completata da una teoria dell’interpretazione<sup>7</sup>; detto altrimenti, non pare più possibile parlare di fonti senza considerare giurisprudenza ed interpretazione<sup>8</sup>.

In particolare, i giudici hanno un ruolo indispensabile nella “costruzione del nuovo ordine giuridico, tramite la predisposizione di canali comunicativi e di coordinamento tra spazi giuridici diversi”<sup>9</sup>.

Da un lato i giudici dialogano, si confrontano e si scontrano, sul contenuto e sui limiti dei diritti che sono chiamati a tutelare e, dall’altro, sui criteri in accordo con i quali le fonti che li sanciscono devono essere ordinate. Nonostante possa sembrare “soltanto” un dialogo occasionale e circoscritto ai casi in cui emergano conflitti non evitabili attraverso la tecnica dell’interpretazione conforme, il dialogo tra le Corti in merito alla costruzione di un possibile “nuovo ordine” delle fonti, teso a realizzare un sistema di tutela multilivello dei diritti umani, è di particolare importanza almeno quanto quello che concerne i singoli diritti, perché ne rappresenta un precedente logico con ricadute sulla tutela dei diritti stessi<sup>10</sup>.

Ed è in questo “nuovo ordine giuridico” che si inserisce il protocollo 16 alla CEDU che ha introdotto una significativa innovazione nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, considerando anche il rango della CEDU negli ordinamenti nazionali ed il ruolo talvolta “ambiguo” della Corte europea dei diritti dell’uomo, a metà tra quello di un giudice del caso concre-

<sup>4</sup> PASTORE B. (2017).

<sup>5</sup> RUGGERI A. (2008).

<sup>6</sup> CASSESE S. (2006).

<sup>7</sup> CARLASSARE L. (2008).

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> VOGLIOTTI M. (2016).

<sup>10</sup> PAROLARI P. (2017).

to e quello di una Corte “quasi costituzionale”. Si tratta di un nuovo, “rivoluzionario”, strumento processuale, ossia il rinvio pregiudiziale facoltativo alla Corte EDU che, oltre a conferire nuova forza alla funzione consultiva della Corte di Strasburgo, potrebbe aprire inattesi scenari nel solco della costruzione di un sistema multilivello di tutela dei diritti umani sempre più integrato ed efficiente.

## **2. Il protocollo 16 alla CEDU**

Il processo che ha portato all’adozione del protocollo 16 è originato, principalmente, dalla consapevolezza circa il difficoltoso funzionamento della Corte EDU degli ultimi anni che, a causa della molteplicità dei ricorsi presentati e, di conseguenza, dell’arretrato che si è andato formando, ha rischiato di determinare la paradossale violazione di uno dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione stessa e da essa tutelato, ossia, il diritto del cittadino alla durata ragionevole del processo<sup>11</sup>.

La constatazione dell’inadeguatezza delle risposte fornite alle suddette questioni, l’aumento delle competenze conferite ai comitati composti da soli tre giudici, e l’inefficacia del modello preposto dagli artt. 47, 48 e 49 CEDU (cioè gli articoli relativi ai pareri consultivi della Corte europea), ha così portato il Comitato dei Ministri ad interrogarsi circa la possibilità di introdurre nuovi procedimenti.

Il protocollo 16 istituisce un nuovo strumento di dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti superiori designate dagli Stati membri. In particolare, il Protocollo consente alle Corti superiori nazionali di trasmettere ai giudici europei richieste di pareri consultivi in merito a questioni di principio riguardanti l’interpretazione o l’applicazione dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione<sup>12</sup>.

Il nuovo istituto viene inserito in un contesto che fino ad oggi circoscriveva l’investitura della Corte europea ad un ricorso individuale, ossia ad un ricorso presentato dai singoli individui, escludendo pertanto il meccanismo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, e al previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni. Il meccanismo procedurale del protocollo 16 prevede, inoltre, che le richieste di parere debbano riguardare cause pendenti dinanzi ai tribunali nazionali; viene parzialmente meno, in tal modo, una

<sup>11</sup> MARTIRE D. (2018).

<sup>12</sup> GALLETTI A. (2019).

differenza finora fondamentale tra l'investitura della Corte EDU e quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Oggi la Corte di Strasburgo potrà, infatti, essere chiamata anche in corso di causa ad esprimere un parere consultivo sulla questione sottoposta dal giudice nazionale<sup>13</sup>. Non si tratta però di un *preliminary ruling*, in quanto i pareri consultivi emessi dalla Corte saranno motivati, ma non vincolanti, e non soltanto nei confronti del richiedente il parere, ma anche nei confronti degli altri giudici nazionali, che restano i giudici che devono applicare la Convenzione nell'ordinamento interno, secondo il principio di sussidiarietà.

### 3. Le prime attivazioni del Protocollo

Il 5 ottobre 2018, a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore del protocollo 16, è stata la Corte di Cassazione francese con l'*Arret* n. 638<sup>14</sup> a farne una prima applicazione sottoponendo alla Corte di Strasburgo una duplice richiesta di "parere preventivo".

La domanda di parere consultivo proposta dalla Corte francese è stata sollecitata dall'incertezza lasciata dalla giurisprudenza della Corte europea circa la questione del trattamento giuridico dello *status* del genitore intenzionale-non biologico, ossia del genitore committente intenzionato a compiere un progetto parentale non praticabile per via naturale, ma privo di qualsiasi legame genetico o biologico con il minore.

A pochi mesi dall'*Arrêt* francese, il 10 aprile 2019, la Corte EDU ha reso il suo primo parere<sup>15</sup> e ha chiarito, all'unanimità dei suoi membri, che la legislazione nazionale dello Stato richiedente ha l'obbligo di consentire la possibilità di riconoscere la filiazione con la madre intenzionale in forza del diritto del minore al rispetto della vita privata. Tuttavia, l'art. 8 CEDU non prescrive che tale riconoscimento assuma la forma della diretta trascrizione nel registro di stato civile del certificato di nascita emesso all'estero<sup>16</sup>. In tale ipotesi, secondo il parere dei giudici di Strasburgo, il rapporto con la madre intenzionale può essere costituito in modo separato, attraverso modalità interne

<sup>13</sup> BUFFA F. (2018).

<sup>14</sup> Corte di Cassazione francese, *Arret* n. 638 del 5 ottobre 2018, disponibile su [www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/638\\_5\\_40365.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/638_5_40365.html).

<sup>15</sup> Parere consultivo reso il 10 aprile 2019 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla base del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU su richiesta della *Cour de Cassation* (domanda n. P16-2018-001).

<sup>16</sup> Parere cit., par. 53.



diverse quale, ad esempio, una domanda di adozione del bambino. Tuttavia, quale che sia la procedura stabilita a tal fine dalla legislazione interna, essa deve poter essere attuata nello Stato contraente *rapidamente ed efficacemente*, nel rispetto dell'interesse superiore del minore<sup>17</sup>.

Il 9 agosto 2019 anche la Corte Costituzionale armena ha attivato il meccanismo previsto dal protocollo 16 chiedendo ai giudici di Strasburgo di pronunciarsi in sede consultiva su alcuni profili legati all'interpretazione dell'art. 7 CEDU, in base al quale "nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che al momento in cui è stata commessa non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso". In particolare, sono stati chiesti dei chiarimenti in riferimento al concetto di "legge" rilevante ai sensi dell'art. 7 della Convenzione, alla nozione di certezza della legge, di accessibilità, di prevedibilità, di stabilità e di non retroattività della legge penale: tutti profili rilevanti ai fini della risoluzione di due giudizi di costituzionalità pendenti in Armenia in relazione all'art. 300.1 del Codice penale (riguardante il sovvertimento dell'ordine costituzionale), il primo sottoposto dalla Corte di prima istanza della giurisdizionale generale di Yerevan e il secondo dall'ex presidente dell'Armenia Robert Kocharyan<sup>18</sup>. La richiesta è stata accolta in data 11 ot-

<sup>17</sup> Parere cit., par. 55. Prima di pronunciarsi sul merito dei quesiti, la Grande Camera ha precisato, in via preliminare, la natura e i confini del proprio mandato ai sensi del Protocollo 16, chiarendo, innanzitutto, che il nuovo istituto non trasferisce la controversia di specie alla Corte ma, piuttosto, fornisce all'autorità richiedente indicazioni sulle questioni di rilevanza convenzionale ai fini della definizione del caso di specie. Inoltre, i giudici europei hanno rilevato che i pareri consultivi devono essere circoscritti ai profili che sono direttamente collegati ai fatti di causa in base al combinato disposto degli articoli 1, par. 1, e 2 del Protocollo: di conseguenza, il parere non poteva pronunciarsi sulla questione del riconoscimento dello *status* della madre intenzionale quando questa è anche biologicamente legata al minore né sul diritto alla vita familiare dei minori o dei genitori intenzionali o sul diritto alla vita privata di questi ultimi (Parere cit., par. 28-30).

<sup>18</sup> In particolare, tali giudizi riguardano la compatibilità dell'art. 300.1, entrato in vigore nel marzo 2009, con gli artt. 72 (principio di legalità), 73 (principio di irretroattività della norma penale più sfavorevole) e 79 (principio di certezza) della Costituzione armena. Secondo i ricorrenti, la norma è stata applicata nei confronti di Kocharyan in riferimento ad eventi verificatisi nel marzo 2008, nonostante non fosse in vigore a quel tempo e il trattamento sanzionatorio fosse più sfavorevole rispetto a quello previsto dall'art. 300 del Codice penale, allora in vigore.

tobre 2019<sup>19</sup> ma, al di là della questione di merito, su cui i giudici di Strasburgo devono ancora pronunciarsi, è importante sottolineare, ancora una volta, che il parere non è vincolante e l'eventualità che l'autorità richiedente non osservi il contenuto del parere non condiziona in alcun modo sulla facoltà del singolo di proporre, a conclusione del giudizio, un ricorso individuale (art. 34 CEDU). In tale sede, la Corte potrebbe confermare il suo precedente parere oppure discostarsene<sup>20</sup>.

#### 4. Il dialogo fra le Corti

Per quanto riguarda il Protocollo e la sua incidenza sul dialogo fra le Corti, alcuni sostengono che tale dialogo risulti potenziato proprio grazie ad un ruolo cooperativo, non vincolante, svolto dalla Corte EDU, che non dallo svolgimento di una funzione di giurisdizione contenziosa<sup>21</sup>, non a caso il protocollo 16 è stato battezzato il “*Protocole du dialogue*”, rafforzando un sistema improntato ai principi della *shared responsibility*. Altri ritengono che rimangono tuttavia scoperti alcuni probabili scenari. Se, ad esempio, i giudici europei non dovessero dar prosieguo alla richiesta di un giudice nazionale, quest'ultimo, in assenza di giurisprudenza inerente, si troverebbe a dover risolvere il caso a lui sottoposto sulla scorta della personale interpretazione delle disposizioni della Convenzione. Tuttavia, ove le conclusioni del giudice non risultassero soddisfacenti per una delle parti in giudizio, quest'ultima potrebbe adire la Corte di Strasburgo in via contenziosa, la quale potrebbe a sua volta constatare una violazione della CEDU. Situazioni del genere potrebbero indebolire, piuttosto che rafforzare il dialogo tra Corti<sup>22</sup>.

Ad ogni modo, non sembra potersi dubitare che il giudice non può arretrarsi né di fronte alla mancata attuazione dei principi ispiratori dell'ordine costituzionale – purché espressi in modo precettivo – né davanti alle incertezze del legislatore, attingendo al patrimonio del diritto – *in law* e *in action* – ed alla sua coscienza<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> La richiesta di parere è disponibile su [https://budoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-6534292-8633878%22\]}](https://budoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-6534292-8633878%22]}).

<sup>20</sup> VITARELLI F. (2019).

<sup>21</sup> ASTA G.

<sup>22</sup> DZEHTSIAROU K. (2013).

<sup>23</sup> LIVATINO R. (2005, 62). BIN R. (2014, 25 e 30).

Si delinea così un'immagine della giurisdizione nazionale – costituzionale e non – costantemente *in progress* proprio perché chiamata, fuori da una dimensione museale, a misurarsi e a dialogare con le altre Corti sovranazionali<sup>24</sup>.

Quella di oggi è certamente l'epoca in cui è evidente l'attitudine alla "flessibilizzazione" delle tutele. La trasformazione del ruolo del giudice (comune e di ultima istanza) si delinea tramite non indifferenti "cessioni di supremazia" in favore delle Corti sovranazionali, alle quali fa da contrappeso l'acquisizione di non marginali "quote di sovranazionalità" che contribuiscono ad avvicinare tutte le Corti, intersecandone in modo più marcato le funzioni, i ruoli, gli sviluppi interpretativi e le soluzioni. Quanto descritto consente di riformulare e "rivitalizzare" il principio di sussidiarietà posto a base del sistema CEDU, nel senso che quest'ultimo investe sul giudice nazionale offrendogli strumenti di dialogo di portata fondamentale sulla strada della sempre maggiore, più efficace ed effettiva tutela dei diritti umani<sup>25</sup>. La sussidiarietà, come regola "aurea" del rimedio giurisdizionale internazionale o sovra-statuale, diventa in tal modo lo strumento per "proteggere" l'ordinamento giuridico statale permettendo allo Stato di "porre rimedio" alla violazione direttamente al suo interno e, al tempo stesso, alla Corte europea di "risolvere" anche filoni di contenzioso creatisi sul medesimo tema<sup>26</sup>.

La trasformazione delle coordinate prodotta dall'ascesa del diritto di matrice sovranazionale rende evidente il cambiamento di prospettiva delle funzioni delle Corti nazionali, ormai giuridicamente obbligate a garantire (anche) l'interpretazione uniforme della legge come reinterpreta alla luce della CEDU, dei trattati internazionali e del diritto dell'Unione. È l'approccio critico della giurisdizione al "patrimonio" dei diritti fondamentali (di origine nazionale e sovranazionale), non orientato ad esso con una prospettiva unidirezionale di "servile appiattimento" ma, piuttosto, di attuazione della massimizzazione delle tutele ad attestare quanto il dialogo fra le Corti possa essere fecondo per le democrazie<sup>27</sup>; un dialogo "che costituisce il logico corollario della circostanza che i giudici nazionali sono anche giudici del "diritto convenzionale", primi garanti dei diritti e delle libertà fondamentali sanciti nella Convenzione europea (ma anche previsti nelle Costituzioni nazionali) alla

<sup>24</sup> CONTI R. G.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> DI STASI A. (2020, 4).

<sup>27</sup> CONTI R. G.

stregua di un modello di tutela integrato improntato sul rispetto del principio di sussidiarietà tra ordinamento nazionale e sistema convenzionale”<sup>28</sup>.

Occorre, altresì, guardare alle fonti sovranazionali “con l’occhiale giusto” e considerare il planetario dei diritti fondamentali con una lente non offuscata da “precondizionamenti” che impedirebbero di esaminare la ricchezza infinita delle “costellazioni dei diritti”, analizzando con l’ottica giusta sul pluralismo delle fonti e sulle loro sempre più marcate interconnessioni, grazie alle quali si è reso possibile, nell’ordinamento interno, il raggiungimento di *standard* di tutela della persona e dei suoi valori impensabili nel passato. Questo atteggiamento, forse, è l’unico capace a porre rimedio a quel disincanto che sembra tormentare anche i più accorti, guardando alle contraddizioni che ancora attanagliano alcune realtà europee, afflitte da (sottovalutati) attacchi al cuore delle democrazie occidentali<sup>29</sup>.

## 5. I rapporti tra Corte di Strasburgo e Corte di Giustizia dell’Unione europea

Per quanto concerne il rapporto tra la Corte EDU e la Corte di Giustizia dell’Unione, già nel contesto del parere<sup>30</sup> circa la compatibilità con i Trattati dell’Unione europea del previsto accordo di adesione dell’Unione alla CEDU, era stata analizzata la questione circa la possibile creazione di un *forum shopping*, a causa dell’applicazione del protocollo 16, tra tale procedura e il rinvio pregiudiziale, con il rischio di elusione di quest’ultimo. La Corte di Giustizia, nel proprio parere, aveva censurato il previsto accordo di adesione, poiché esso non conteneva alcuna ipotesi di “raccordo” tra i due istituti considerando che, ad adesione compiuta, questo avrebbe potuto raffigurare un “pericolo” per il rinvio pregiudiziale: in effetti, nel momento in cui la Convenzione EDU, per effetto dell’adesione, diventasse parte integrante del diritto dell’Unione (*ex art. 216, par. 2, TFUE*), un quesito alla Corte di Strasburgo concernente l’interpretazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla

<sup>28</sup> DI STASI A. (2020).

<sup>29</sup> CONTI R. G.

<sup>30</sup> Parere 2/13 della Corte di Giustizia Ue (Seduta Plenaria), 18 dicembre 2014, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=273208>.

CEDU potrebbe, in linea di principio, rimpiazzare il rinvio pregiudiziale (*ex art. 267 TFUE*)<sup>31</sup>.

A tal proposito l'Avvocato generale, con riferimento a tale questione, evidenziava che, anche senza l'adesione dell'Unione, i giudici degli Stati membri che avessero ratificato il protocollo 16 avrebbero potuto sottoporre alla Corte di Strasburgo questioni relative ai diritti fondamentali, ai fini dell'interpretazione della Convenzione, piuttosto che sollevare dinanzi a questa Corte questioni analoghe nella sostanza, in vista dell'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali". L'Avvocato generale riteneva che per la soluzione di tale problema basterebbe riferirsi all'art. 267, comma 3, TFUE che prescrive ai giudici di ultima istanza l'obbligo di rinvio pregiudiziale, prevalendo sul diritto nazionale e, quindi, anche sugli obblighi internazionali nel caso assunti dagli Stati membri mediante la ratifica del Protocollo<sup>32</sup>.

È necessario, a tal riguardo, constatare che, se una siffatta ipotesi di concorrenza tra i due strumenti non sembra del tutto irrealizzabile, potendosi, ad esempio, verificare questioni di rilevanza "eurounitaria", riguardanti diritti sanciti della Carta dei diritti fondamentali coincidenti con quelli della CEDU, è pur vero che suddetti strumenti hanno ambiti di applicazione e meccanismi di funzionamento diversi. Innanzitutto, il parere emesso ai sensi del protocollo 16 può essere richiesto solo dalle più alte giurisdizioni nazionali, mentre il rinvio pregiudiziale è accessibile a tutti gli organi giurisdizionali nazionali. Inoltre, il "rinvio" alla Corte EDU riguarda l'interpretazione di previsioni con finalità di carattere generale, mentre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE è diretto alla soluzione di un caso concreto. Infine, mentre il parere della Corte di Strasburgo non è vincolante, la sentenza emessa dalla Corte di Giustizia all'esito del rinvio pregiudiziale, non solo vincola il giudice *a quo*, ma "è suscettibile di creare un precedente anche al di là del processo nell'ambito del quale è stata sollevata la questione"<sup>33</sup>.

## 6. Conclusioni

Il percorso di integrazione tra gli Stati del Consiglio di Europa attraversa un momento politico molto delicato e in una contingenza storica in cui la

<sup>31</sup> ANRÒ I. (2018).

<sup>32</sup> Presa di posizione dell'Avvocato generale Juliane Kokott, presentata il 13 giugno 2014. Procedimento di parere 2/13 instaurato su domanda della Commissione europea.

<sup>33</sup> ANRÒ I.

rilevanza dei diritti umani è, allo stesso tempo, culturalmente acquisita e in continuo progresso, ma sempre più minacciata e in pericolo anche in Paesi di lunga tradizione democratica. Lo strumento processuale del protocollo 16 dovrebbe assicurare un più intenso dialogo tra le giurisdizioni e agevolare la trasparenza delle soluzioni interpretative riducendo, in tal modo, i rischi dell'“effetto sorpresa” generato da un'eventuale decisione dei giudici europei che disattenda l'opinione consolidata della giurisdizione statale. Tuttavia, ci si deve attendere dalle “più Alte giurisdizioni nazionali” la capacità di svolgere la massima “sensibilizzazione” sulla operatività concreta dei diritti fondamentali inseriti, armonicamente, nel disegno costituzionale nazionale, ma parimenti espressione di una base giuridica e culturale sovranazionale<sup>34</sup>.

Più che di rapporti tradizionali tra organi giurisdizionali di diversi ordinamenti, sembra più opportuno parlare di un continuo dialogo tra giudici nazionali e Corte europea, che ha portato anche ad un'estensione, seppure in via indiretta, dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali contenuti nella CEDU e nelle stesse carte costituzionali, con il riconoscimento di nuovi obblighi imposti agli Stati e con “l'intersecazione tra giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte di Giustizia dell'Unione europea e delle Corti costituzionali”<sup>35</sup>.

Lo strumento della richiesta di parere consultivo alla Corte EDU è una “scommessa che vive di sottili equilibri. È una scommessa perché dà una nuova dimensione al principio di sussidiarietà puntando a produrre effetti positivi sia dal lato delle Corti di Strasburgo che da quello delle corti nazionali. Se infatti Strasburgo si attende di prevenire piuttosto che curare, irrobustendo la propria *res interpretata* con effetti *erga omnes partes*, e quindi diminuendo il proprio carico di lavoro nel medio-lungo periodo, vantaggi non irrilevanti potrebbero profilarsi in principio anche sul versante del giudice interno”<sup>36</sup>.

Il nuovo istituto potrebbe, infine, aprire spazi importanti al giudice interno per far sentire la propria voce a Strasburgo. Sotto questo profilo, la richiesta di parere conferisce partecipazione, possibilità di rappresentare il proprio patrimonio giuridico e costituzionale al giudice europeo, onde scongiurare il rischio di una rottura tra i due livelli<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> LIPARI M.

<sup>35</sup> CASTELLANETA M. (2).

<sup>36</sup> A. TANCREDI A. (15).

<sup>37</sup> Ivi, p. 19.

I cambiamenti che il Protocollo potrà determinare sugli Statuti “interni” del giudice nazionale e della stessa Corte di Strasburgo iniziano a definire una nuova “nomofilachia europea<sup>38</sup>”, un nuovo ordine giurisdizionale che si compone di tanti vertici. Si avverte il passaggio da forme di cooperazione spontanea alla formalizzazione di meccanismi in grado di creare un ordinato canale di comunicazione fra organi nazionali decentrati e giurisdizioni sovranazionali centralizzate. Non è semplice immaginare chi acquisterà sovranità e chi la perderà per effetto dell’implementazione di queste forme di collegamento. Dietro la richiesta di parere consultivo potrebbero anche attivarsi forme virtuose di collaborazione fra giudici che “rendono tutti sovrani e tutti serventi verso la persona, le sue aspettative, i suoi bisogni”<sup>39</sup>. Ci si allontana, forse, da un meccanismo fondato sulla responsabilità per la violazione dei diritti fondamentali e ci si avvicina ad un meccanismo di cooperazione fondato sulla fiducia reciproca.

### Riferimenti bibliografici

- ANRÒ I. (2018), *Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le corti?*, in <http://rivista.eurojus.it/il-protocollo-16-in-vigore-dal-1-agosto-2018-una-nuova-ipotesi-di-forum-shopping-tra-le-corti/>.
- ASTA G., *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: Chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in [https://www.academia.edu/32697205/Il\\_Protocollo\\_n.\\_16\\_alla\\_CEDU\\_Chieve\\_d\\_i\\_volta\\_del\\_sistema\\_europeo\\_di\\_tutela\\_dei\\_diritti\\_umani](https://www.academia.edu/32697205/Il_Protocollo_n._16_alla_CEDU_Chieve_d_i_volta_del_sistema_europeo_di_tutela_dei_diritti_umani).
- BIN R. (2014), *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*. Franco Angeli Editore. Milano, 25 e 30.
- BUFFA F. (2018), *Il Protocollo n. 16 addizionale alla Convenzione Edu è pronto per entrare in vigore*, in [questionegiustizia.it](http://questionegiustizia.it).
- CARLASSARE L. (2008), *Fonti del diritto (dir. Cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*. Annali 2, Tomo 2.
- CASSESE S. (2006), *Oltre lo Stato*. Laterza. Roma-Bari.
- CASTELLANETA M., *CEDU e cultura giuridica italiana*. 6) *La CEDU e l’Accademia europeista-internazionalista*, in *Giustizia Insieme*, 2.

<sup>38</sup> Conti R. G. (a).

<sup>39</sup> *Ibidem*.

- CONTI R. G., *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).
- CONTI R. G. (a), *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in <http://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>.
- DI STASI A. (2020), *CEDU e cultura giuridica italiana*. 6) *La CEDU e l'Accademia europeista-internazionalista*, in *Giustizia Insieme*, p. 4.
- DZEHTSIAROU K. (2013), *Interaction between the European Court of Human Rights and Member States: European Consensus, Advisory Opinions and the Question of Legitimacy*, in Flogaitis S. - Zwart T. - J. Fraser (a cura di), *The European Court Of Human Rights And Its Discontents: Turning Criticism into Strength*. E. Elgar. Cheltenham.
- GALLETTI A. (2019), *Trasformazione delle competenze giurisdizionali in Europa: il protocollo N. 16 alla CEDU*, in *Foreuropa*, n. 1.
- LIPARI M., *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*.
- LIVATINO R. (2005), *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, in Abate I., *Il piccolo Giudice*, Editrice Ave. Roma, 1992.
- MARTIRE D. (2018), *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali entra finalmente in vigore*, 16, in <http://www.diritticomparati.it/protocollo-n-16-alla-convenzione-per-la-salvaguardia-dei-diritti-delluomo-e-delle-liberta-fondamentali-ad-un-passo-dallentrata-vigore/>.
- PAROLARI, P. (2016), *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli Stati costituzionali di diritto*. Giappichelli. Torino.
- PAROLARI P. (2017), *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il "dialogo" tra le Corti nel disordine delle fonti*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 1.
- PASTORE B. (2017), *Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, XVII, n. 1.
- PETERSEN H. - ZAHLE H. (1995), *Legal polycentricity: Consequences of pluralism in law*. Dartmouth Publishing Company. Aldershot.



RUGGERI A. (2008), *I diritti fondamentali tra Carte internazionali e Costituzione (dalla forza delle fonti alle ragioni dell'interpretazione)*, in AA.VV., *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, (a cura di) Vogliotti M., Giapichelli. Torino.

TANCREDI A., *CEDU e cultura giuridica italiana. 6) La CEDU e l'Accademia europeista-internazionalista*, in *Giustizia Insieme*, 15.

VITARELLI F. (2019), *Il nuovo meccanismo del Protocollo 16: un "rinvio pregiudiziale convenzionale" per rafforzare il dialogo con la Corte EDU?*, in *sistemapenale.it*.

VOGLIOTTI M. (2016), *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Diritto penale contemporaneo*.



LA DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ  
IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI:  
ORDINE DELLE QUESTIONI E DISORDINE DELLE IDEE

SERENELLA MIGLIORINO

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. Il percorso di comunitarizzazione dei diritti fondamentali nel rispetto del principio di attribuzione. – 3. La doppia pregiudizialità: l'*actio finium regundorum* tracciata dalla Corte Costituzionale. – 3.1. Il regime vigente fino alla sentenza n. 269/2017: la priorità della pregiudiziale comunitaria. – 3.2. Il regime vigente dopo la sentenza n. 269/2017: la priorità della pregiudiziale costituzionale. – 4. Il ridimensionamento della «precisazione»... – 5. ... e i nodi da sciogliere: l'ordine delle pregiudiziali genera disordine delle idee. – 6. Considerazioni conclusive.

## 1. Profili introduttivi

I rapporti tra ordinamento interno e ordinamento eurounitario hanno costituito oggetto, nel corso degli anni, di un lungo processo evolutivo scandito da diverse pronunce della Corte Costituzionale che, sotto la spinta della Corte di Giustizia, ha riconosciuto il principio del primato del diritto unionale.

Al fine di delineare siffatta evoluzione dei rapporti inter-ordinamentali, appare opportuno considerare che in una prima fase, la giurisprudenza costituzionale ha assunto una posizione rigorosamente tradizionale e pervasa dalla concezione c.d. dualista – due ordinamenti autonomi e separati, ma coordinati – affermando il principio di equiordinazione tra diritto comunitario e diritto interno. Da qui, l'applicazione del principio generale di successione delle leggi nel tempo per risolvere un'eventuale antinomia tra norma nazionale e norma comunitaria.

La giurisprudenza comunitaria, invece, ha sempre patrocinato una tesi c.d. monista, in virtù della quale i due ordinamenti risultano legati da un rapporto di integrazione – distinti dal punto di vista genetico ma confluenti in un ordinamento unitario – affermando così il principio del primato del diritto dell'Unione europea.

Soltanto con la storica sentenza *Granital*<sup>1</sup>, tappa fondamentale del cam-

<sup>1</sup>Corte Cost. sent. n. 170 del 1984.

mino comunitario della Corte Costituzionale, tale divergenza interpretativa ha trovato composizione mediante il riconoscimento del potere del giudice nazionale di disapplicare direttamente la norma interna in contrasto con la norma comunitaria munita di effetti diretti. Indi, il riconoscimento del principio di *primauté* del diritto comunitario, tale da prevalere sulla legge e, soprattutto, da determinare la disapplicazione – *rectius* non applicazione<sup>2</sup> – della stessa.

Giova osservare come tale principio conduca inesorabilmente all'affermazione di un sindacato diffuso sulla validità comunitaria della legge nazionale, che, quindi, non viene affrontata come una comune questione di illegittimità costituzionale. Come è noto, infatti, la violazione del diritto comunitario implica la contestuale violazione dell'art. 11 Cost., che rappresenta il fondamento costituzionale dell'incidenza del diritto comunitario sull'ordinamento interno laddove consente le "limitazioni di sovranità" derivanti dall'adesione dell'Italia all'Unione. Tuttavia, in deroga al principio del sindacato accentrato di costituzionalità demandato alla Corte Costituzionale, siffatta legge – incostituzionale per violazione di una fonte sovranazionale – potrà essere disapplicata direttamente dal giudice comune che, ove dovesse avere un dubbio sulla corretta interpretazione del diritto comunitario, potrà disporre il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia. Tale regime trova giustificazione nell'esigenza di garantire un'uniforme applicazione del diritto comunitario in tutto il territorio dell'Unione, consentendo ai giudici di Lussemburgo di pronunciarsi sulla corretta interpretazione delle norme mediante sentenze interpretative, come tali, vincolanti per tutti i giudici degli Stati membri. Diversamente opinando e ammettendo il sindacato accentrato in sede nazionale, vi sarebbe stato, infatti, il serio rischio di dare vita a difformi applicazioni del diritto comunitario.

Pertanto, all'esito di un lungo percorso evolutivo, oggi si riconosce pacificamente il primato del diritto comunitario, che si colloca nella gerarchia delle fonti<sup>3</sup> non solo al di sopra delle leggi, ma anche al di sopra della Costituzione, con la significativa eccezione dei cd. controlimiti. Si ritiene, infatti, che i controlimiti, vale a dire i principi fondamentali dell'ordinamento costi-

<sup>2</sup> Invero si legge in Corte Cost. sent. Granital "non applicazione" della legge, scelta terminologica giustificata da un fenomeno di auto-ritrazione dell'ordinamento nazionale, a seguito del quale il giudice, prendendo atto dello stato di "quiescenza" in cui la norma si trova, non la disapplica ma si limita a "non applicarla".

<sup>3</sup> Per un'analisi approfondita del principio di gerarchia delle fonti del diritto si vedano le opere, seppur datate, di ZAGREBELSKY, G. (1984); PALADIN, L. (1996); CRISAFULLI, V. (1993); e più recentemente MORRONE, A., (2018).

tuzionale e i diritti inalienabili della persona umana costituiscano una barriera all'ingresso di norme comunitarie con essi contrastanti<sup>4</sup>.

A tal proposito, è opportuno osservare che si registra una certa preoccupazione a livello eurounitario rispetto alla tendenza delle corti nazionali a riservarsi il sindacato di costituzionalità sulle norme comunitarie per la violazione dei controlimiti e ad ergersi, quindi, controllori degli stessi<sup>5</sup>, creando un sistema caratterizzato dall'esistenza di tanti controlimiti quante sono le Corti nazionali. La teoria dei controlimiti, dunque, se portata alle estreme conseguenze, rischia di compromettere il primato e l'uniforme applicazione del diritto comunitario. Sicché, a fronte di tale rischio, il Trattato di Lisbona ha proceduto, a detta di molti interpreti, alla cd. comunitarizzazione dei controlimiti.

## **2. Il percorso di comunitarizzazione dei diritti fondamentali nel rispetto del principio di attribuzione**

La comunitarizzazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a seguito del Trattato di Lisbona, rappresenta una tappa fondamentale del processo di integrazione europea, segnando il passaggio da una comunità prevalentemente economica ad un'unione politica che riconosce e tutela i diritti fondamentali dei cittadini.

È bene premettere, infatti, che uno degli aspetti più controversi e deficitari di tale processo è stato l'assenza di disposizioni a tutela dei diritti fondamentali della persona, ormai divenuti parte integrante del patrimonio giuridico di tutti gli Stati membri. Nonostante i passi avanti segnati nel corso degli anni dalle istituzioni europee, una tutela più compiuta si è raggiunta soltanto con il progetto di codificazione che ha dato vita alla Carta dei diritti fondamentali dell'uomo, proclamata in occasione del Consiglio europeo di Nizza del 7 dicembre 2000. Ma ciò che occorre porre in evidenza è che, originariamente, la Costituzione europea non era stata integrata nei trattati istitutivi – così come auspicato – ma rappresentava un documento separato,

<sup>4</sup> AMALFITANO, C. (2018).

<sup>5</sup> Applicazione inedita (e probabilmente eccessiva) della teoria dei controlimiti si rinviene nella recente pronuncia del 5 maggio 2020 della Corte Costituzionale Tedesca, in cui il Bundesverfassungsgericht si arroga il potere di sindacare e censurare l'interpretazione del diritto europeo fornita dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale sulla medesima questione.

come tale, privo di efficacia vincolante e riconducibile, quindi, al *soft law*<sup>6</sup>. Tale *vulnus* è stato sanato con la firma del Trattato di Lisbona del 2007, che ha riconosciuto alla Carta il medesimo valore giuridico dei Trattati ai sensi dell'art. 6 TUE e le ha attribuito carattere cogente. Sicché le disposizioni ivi contenute si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, nonché agli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione europea.

Ciò premesso, risulta di palmare evidenza come i diritti fondamentali ricevano oggi una “doppia tutela”, sia a livello nazionale che a livello eurounitario. (LEONE, 2020). Si noti, infatti, che, in ragione dell'impronta tipicamente costituzionale della Carta UE, i principi e i diritti ivi enunciati possono intersecare in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (così come dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Può, allora, accadere che una legge in contrasto con un diritto fondamentale infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana sia quelle codificate dalla Carta UE, risultando sia incostituzionale che anticomunitaria.

Gli effetti di tale comunitarizzazione non vanno, tuttavia, enfatizzati.

Si potrebbe essere indotti, infatti, al seguente ragionamento sillogistico: se la legge in contrasto con i diritti fondamentali previsti dalla Carta di Nizza è anticomunitaria e la legge anticomunitaria è disapplicabile (in virtù del principio di primazia del diritto comunitario), allora la legge in contrasto con i diritti fondamentali previsti dalla Carta di Nizza è disapplicabile. Ciò equivarrebbe a sostenere che la tutela dei diritti fondamentali rispetto alla legge avvenga mediante la disapplicazione decentrata; che la primazia del diritto comunitario sia tale da incidere sul principio del sindacato accentratato e da giustificare un sindacato diffuso e che la Corte Costituzionale sia estromessa dalla tutela dei diritti fondamentali, riservata alla coppia giudice comune-Corte di Giustizia. Ma così non è.

Invero, è d'uopo considerare che la comunitarizzazione della Carta di Nizza è avvenuta nel rispetto del principio di attribuzione di cui all'art. 5 TUE, di talché le sue disposizioni non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. E ciò esclude con ogni evidenza che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, hanno affermato la Con-

<sup>6</sup> Degno di nota è stato il dibattito – ormai superato – circa l'ascrizione fra gli atti di *soft law* della Carta dei diritti fondamentali.

sulta<sup>7</sup> e la Corte di Giustizia, sia prima<sup>8</sup> che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>9</sup>.

Basti considerare, infatti, che la tutela dei diritti fondamentali non è una nuova materia trasversale: se è vero che l'Unione tutela i diritti fondamentali, è altrettanto vero che detta tutela avviene *ratione materiae* soltanto nell'ambito di competenza dell'Unione. Si configura quindi una tutela dei diritti fondamentali differenziata, che si potrebbe definire «a geometria variabile»: se la legge nazionale dovesse violare i diritti fondamentali nell'ambito di una materia che esula dall'ambito di competenza dell'Unione, il diritto comunitario non potrà incidere in alcun modo e bisognerà sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale; se, invece, la legge nazionale dovesse violare i diritti fondamentali nell'ambito di una materia attribuita alla competenza dell'Unione, allora effettivamente la tutela dei diritti assumerà anche una dimensione comunitaria e si porrà un problema di contestuale incostituzionalità e anticomunitarietà della legge che potrebbe determinare il passaggio da un sindacato accentrato ad un sindacato diffuso mediante disapplicazione.

Pertanto, la *vexata quaestio* che il presente lavoro si presta ad analizzare concerne il concorso fra i due rimedi giurisdizionali, nazionale ed eurounitario, nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali.

### 3. La doppia pregiudizialità: l'*actio finium regundorum* tracciata dalla Corte Costituzionale

La sopravvenienza delle garanzie approntate dalla Carta di Nizza a quelle previste dalla Costituzione italiana può generare un concorso di rimedi giurisdizionali. In tale caso, di fronte a casi di “doppia pregiudizialità” – vale a dire di controversie suscettibili di dar luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di incompatibilità con il diritto dell'Unione – si pone il problema di individuare il rapporto tra i due rimedi.

Ebbene, il *punctum crucis* del presente lavoro è: a fronte della simultanea presenza di una questione di pregiudizialità costituzionale e di una questione di pregiudizialità euro-unitaria, per i sospetti di contrasto della norma nazio-

<sup>7</sup> Corte Cost. Sent n. 93 del 2011.

<sup>8</sup> CGUE, Ord. 17 marzo 2009, causa C-217/08, *Mariano*.

<sup>9</sup> CGUE, Sent. 5 ottobre 2010, causa C-400/10, *PPU, MCB*; Ord. 12 novembre 2010, causa C-399/10, *Krasimir e altri*.

nale con i diritti fondamentali garantiti sia dalla Costituzione italiana che dalla Carta di Nizza, come si risolve il concorso dei due rimedi giurisdizionali?

L'obiettivo è, quindi, dare una risposta a tale interrogativo, esaminando i rapporti tra i suddetti rimedi alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e, conseguentemente, immaginare i futuri rapporti tra le Corti.

Sul punto, risulta meritevole di particolare considerazione la sentenza della Corte Costituzionale n. 269 del 2017<sup>10</sup> – definita da molti commentatori<sup>11</sup> come la più rilevante novità nei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario dopo la sentenza n. 170 del 1984 – che costituisce uno snodo fondamentale nella dialettica tripolare che si è configurata negli ultimi anni tra giudice comune, Corte costituzionale e Corte di giustizia e che funge da spartiacque nel panorama giurisprudenziale.

Sicché la Corte Costituzionale traccia un'*actio finium regundorum* tra il regime vigente prima e dopo la pronuncia *de qua*.

### **3.1. Il regime vigente fino alla sentenza n. 269/2017: la priorità della pregiudiziale comunitaria**

Alla stregua della giurisprudenza costituzionale anteriore alla sentenza n. 269/2017, l'ordine di trattazione delle questioni pregiudiziali era chiaro. Una giurisprudenza granitica – “onomatopeica” alla sentenza Granital, come è stato brillantemente osservato da Piero Gaeta (2019, pp 1-15)<sup>12</sup> – offriva un meccanismo semplice e lineare di regolazione dell'ordine di trattazione delle questioni di conformità sia con la Costituzione che con la Carta UE: la pregiudiziale comunitaria doveva sempre precedere la questione di costituzionalità a pena di inammissibilità<sup>13</sup>.

In altri termini, la doppia pregiudizialità si doveva risolvere, verificando la compatibilità della norma interna con la Carta UE (se del caso dopo aver sollecitato la corretta interpretazione da parte della Corte di Giustizia della pertinente disposizione mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE), e procedendo all'eventuale instaurazione di un giudizio inciden-

<sup>10</sup> La bibliografia sulla sentenza n. 269/2017 e il suo obiter dictum è cospicua. V., per tutti, MARTINES, F. (2018); ROMBOLI, R. (2018, p. 2227 ss.)

<sup>11</sup> CARUSO, C. (2017); viene definitiva la «più rilevante novità giurisprudenziale nei rapporti fra diritto interno e diritto eurounitario dopo la sentenza Granital» anche in Scaccia G. (2017, p. 2948).

<sup>12</sup> GAETA, P. (2019, pp 1-15).

<sup>13</sup> Inammissibilità per difetto di rilevanza cfr Corte Cost., sent. n. 284 del 2017; n.193 del 2016; n. 319 del 1996; n. 536 del 1995.



tale di costituzionalità, in caso di verifica positiva e alla disapplicazione della norma interna, in caso di verifica negativa.

Metaforicamente, si potrebbe dire che, quando una norma nazionale destava dubbi di compatibilità sia con la Costituzione sia con la Carta UE, il treno per Lussemburgo aveva sempre la precedenza sul treno per Roma; solo nel caso in cui Lussemburgo avesse acceso il semaforo verde, ossia avesse fornito un'interpretazione del diritto europeo tale da escluderne l'antinomia con la norma nazionale, sarebbe potuto partire il treno per Roma – sempre che il dubbio di legittimità costituzionale non avesse riguardato solo il contrasto con il diritto dell'Unione europea, quale parametro interposto agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. Qualora, invece, Lussemburgo avesse acceso il semaforo rosso, ossia avesse confermato l'esistenza dell'antinomia, la norma nazionale non sarebbe stata applicata ed il treno per Roma non sarebbe partito.

La questione di compatibilità comunitaria costituiva, quindi, un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, dal momento che investiva la stessa applicabilità della norma censurata e, quindi, la rilevanza di tale ultima questione<sup>14</sup>. Si consideri, infatti, che siffatta priorità trovava giustificazione nella posizione di rigida chiusura originariamente assunta dalla Corte Costituzionale<sup>15</sup> – e superata da oltre un decennio – nei confronti della possibilità di considerarsi organo legittimato a richiedere direttamente

<sup>14</sup> Il principio è espresso con la massima chiarezza in Corte Cost. Sent. 4 luglio 2007 n. 284, 3. Ove si legge: «Le statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni (sentenze n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985). Nel caso in cui, in ordine alla portata di dette statuizioni, i giudici nazionali chiamati ad interpretare il diritto comunitario, al fine di verificare la compatibilità delle norme interne, conservino dei dubbi rilevanti, va utilizzato il rinvio pregiudiziale prefigurato dall'art. 234 del Trattato Ce quale fondamentale garanzia di uniformità di applicazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri. Vale appena ribadire che la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto la rilevanza di detta ultima questione. In conclusione, la questione dev'essere dichiarata inammissibile, in quanto non compete a questa Corte, ma al giudice comune accertare – eventualmente avvalendosi dell'ausilio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – se le disposizioni del diritto interno, rilevanti nella specie, confliggano con le evocate norme del diritto comunitario provviste di effetto diretto e trarne le conseguenze qui precisate».

<sup>15</sup> Come noto, è infatti solo con le decisioni n. 102 e n. 103 del 2008, nell'ambito di due giudizi promossi in via principale, che la Corte costituzionale ha riconosciuto la propria legittimazione ad attivare lo strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE.

l'intervento pregiudiziale della Corte di Lussemburgo. Da qui la priorità della questione di invalidità comunitaria e la possibilità di disapplicazione decentrata della norma nazionale in contrasto con i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti.

Ma è di tutta evidenza che tale *modus procedendi* determinava la progressiva emarginazione della Corte Costituzionale dal circuito di tutela dei diritti<sup>16</sup>, i quali venivano sempre più difesi dall'azione dei giudici comuni in costante dialogo<sup>17</sup> con la Corte di giustizia.

### 3.2. Il regime vigente dopo la sentenza n. 269/2017: priorità della pregiudiziale costituzionale

Al fine di riacquisire il ruolo di giudice dei diritti, la Corte Costituzionale interviene, con un'epocale<sup>18</sup> sentenza, al fine di precisare i "limiti entro i quali la previa delibazione del contrasto con il diritto dell'Unione europea debba ritenersi imposta al giudice *a quo* a pena di inammissibilità della questione di illegittimità costituzionale"<sup>19</sup>.

La recente e significativa sentenza n. 269 del 2017 rappresenta la "svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario" (RUGGERI, A., 2017, pp. 1-13)<sup>20</sup>, incidendo sull'ordine delle questioni pregiudiziali e arrestando il processo di attrazione dei diritti fondamentali nell'orbita interpretativa della Corte di giustizia. Il forte interesse per tale pronuncia (*rectius*, per l'*obiter dictum* in essa contenuto) è, come noto, dato dal *revirement* della Consulta in merito al rapporto tra pregiudiziale costituzionale e pregiudiziale eurounitaria. Pur rispettando formalmente, in punto di decisione, la tradizione decisoria (dichiarando inammissibile l'incidente di costituzionalità che una Commissione Tributaria aveva sollevato sulla norma interna, anziché disapplicarla

<sup>16</sup> BIN, R. (2018)

<sup>17</sup> Ne dava già ampiamente conto, *ex multis*, A. RUGGERI (2013, p. 4 ss.).

<sup>18</sup> VERNUCCIO, S. (2018, p. 2)

<sup>19</sup> Così, in Corte Cost. Sent. 269 del 2017

<sup>20</sup> RUGGERI, A. (2017, pp.1-13), ove viene definita una «svolta». Tuttavia, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale del 2019, le difficoltà di interpretazione della sentenza in esame inducono alcuni autori a parlare, più che di una «svolta», della «premessa di una svolta». La definisce «solo una battuta in un dialogo destinato a continuare», essendo anzi «naturale che la sentenza n. 269/17 segni solo l'avvio di un ripensamento interpretativo, non certo una dottrina organica e completa, e che le tappe successive diano l'occasione non solo per confermare, ma anche per rimeditare, approfondire, eventualmente ricalibrare la nuova posizione», TEGA, D. (2018, p. 3).

per il contrasto con la norma UE avente efficacia diretta), si spinge oltre con una “precisazione” che, pur non rientrando nella *ratio decidendi*, pone una statuizione di straordinario rilievo. Si afferma infatti che, tutte le volte in cui il giudice comune scruta una norma interna «oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, [doppia pregiudizialità, appunto, n.d.r.] [deve] essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o invalidità del diritto dell’Unione ai sensi dell’art. 267 del TFUE». Il tradizionale ordine di trattazione delle questioni viene, quindi, sovvertito: la pregiudiziale comunitaria viene ora postergata all’incidente di costituzionalità e configurata come ipotesi eventuale e residuale<sup>21</sup>. Detto altrimenti, la Corte Costituzionale afferma la priorità del sindacato di costituzionalità rispetto alla mera disapplicazione incidentale.

Il fondamento logico-giuridico di tale mutamento di rotta appare evidente ove si consideri che, in un sistema multilivello, una maggiore tutela dei diritti fondamentali della persona postula un intervento *erga omnes* che, in quanto tale, possa garantire la certezza del diritto, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.). Ne consegue che la Consulta, investita – evidentemente in via prioritaria e quindi per prima – della questione che presenta aspetti di doppia pregiudizialità, «giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l’ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall’art. 6 del Trattato sull’Unione europea e dall’art. 52, comma 4, della Carta UE come fonti rilevanti in tale ambito».<sup>22</sup>

Riformulando la metafora sopra utilizzata, si potrebbe dire, allora, che da questo momento in poi il treno per Roma ha la precedenza rispetto al treno per Lussemburgo; di talché, se la norma nazionale viene dichiarata costituzionalmente illegittima, si accende il semaforo rosso per il treno per Lussem-

<sup>21</sup> Cfr. SALOMONI, F. (2019), secondo la quale, con la sentenza n. 269 del 2017, la pregiudiziale comunitaria viene «postergata» all’incidente di costituzionalità

<sup>22</sup> In senso analogo si sono orientate altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione, si veda ad esempio Corte Cost. Austriaca, sentenza 14 marzo 2012, Causa U 466/11-18 e Causa U 1836/11-13.

burgo, in quanto la norma sospettata (anche) di contrasto con il diritto dell'Unione non esiste più nell'ordinamento e il treno non può, anzi, non ha più ragione, di partire. In senso critico, si può osservare che, in tale caso, la Corte di Giustizia viene privata della possibilità di accertare la conformità o difformità al diritto europeo di norme vigenti in altri paesi dell'Unione che hanno un contenuto dispositivo di tenore analogo a quella italiana caducata dalla Corte Costituzionale. E ciò potrebbe vulnerare la funzione di nomofilia del diritto unionale affidata alla Corte di Giustizia. Diversamente, se la norma nazionale supera il vaglio di costituzionalità, si accende il semaforo verde per il treno per Lussemburgo, che può – anzi, deve – partire, dal momento che la norma permane nell'ordinamento e quindi il giudice può applicarla, salvo che la Corte di Giustizia la ritenga incompatibile con il diritto dell'Unione.

Si può senz'altro ritenere, quindi, che i confini sono stati delimitati: i giudici di Lussemburgo possono essere chiamati in causa dal giudice comune solo ove, all'esito del giudizio di costituzionalità, la norma interna non sia stata espunta dall'ordinamento con effetti *erga omnes*. La conclusione del percorso argomentativo è, dunque, che nel concorso tra i rimedi giurisdizionali, nazionale ed eurounitario, il rimedio interno deve precedere quello europeo, interrompendo così l'usucapione<sup>23</sup> dei diritti fondamentali da parte dell'ordinamento derivato.

Tuttavia, tale innovazione – che ci accomuna alla Francia, dove la questione incidentale di costituzionalità con carattere “prioritario” è stata introdotta con la riforma costituzionale del 23 luglio 2008, che ha modificato gli artt. 61 e 62 della Costituzione – rischia, se non delimitata, di presentare profili di contrasto con il diritto eurounitario – che, infatti, si sono posti in relazione all'istituto francese della *question prioritaire de constitutionnalité*<sup>24</sup>.

Al fine di fugare tali dubbi, la Corte Costituzionale – nel passaggio forse più discusso della pronuncia in esame – precisa che il carattere prioritario del sindacato incidentale di costituzionalità è compatibile con il principio del primato del diritto dell'Unione, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di Giustizia, “in qualunque fase del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria”; di “adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la

<sup>23</sup> La sentenza n. 269/2017 è stata efficacemente definita “atto interruttivo dell'usucapione” in GUAZZAROTTI, A. (2018).

<sup>24</sup> CGUE, Sent. 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*. Si veda il resoconto della vicenda in TRABUCCO, F.R. 2009).

tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"; "di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione".

La Consulta, dunque, esclude che l'incidente di costituzionalità – ancorché prioritario – abbia effetti preclusivi della successiva proposizione del rinvio pregiudiziale. Sotto tale profilo, emergono taluni margini di ambiguità, che la dottrina non ha mancato di evidenziare e che sono subito emersi anche in sede applicativa<sup>25</sup>. In particolare, si fa riferimento a quel passaggio motivazionale in cui la Corte Costituzionale, pur ammettendo la possibilità del rinvio pregiudiziale dopo il rigetto della questione di costituzionalità, sembra, tuttavia, circoscriverla all'eventualità in cui emergano "altri profili" rispetto a quelli che hanno costituito oggetto di esame da parte della Corte costituzionale<sup>26</sup>. Non era chiaro, infatti, quali profili di contrasto tra la norma nazionale e i diritti fondamentali garantiti dalla Carta UE potevano essere caricati sul treno per Lussemburgo: tutti i profili o solo profili diversi da quelli già esaminati (ed esclusi) dalla Corte costituzionale nel rapporto tra la norma nazionale e la Costituzione? Tale limitazione, tuttavia, non sembrava compatibile con la giurisprudenza comunitaria<sup>27</sup>, secondo cui l'efficacia del diritto dell'Unione sarebbe stata compromessa e l'effetto utile dell'art. 267 TFUE sarebbe stato sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, si fosse impedito al giudice nazionale di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto unionale un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della stessa.

Orbene, al di là della dirompente novità di principio introdotta dall'*obiter dictum*, la pronuncia *de qua* è stata naturalmente seguita da un vivacissimo dibattito che ha visto contrapposti da un lato i sostenitori della

<sup>25</sup> Cfr. Cass. Sez II, ord. 16 febbraio 2018, n. 3831.

<sup>26</sup> Per una interpretazione meno pregnante dell'inciso "altri profili" cfr TEGA, D. (2018). Secondo l'Autrice, la sentenza n. 269/2017 «esprime la volontà della Corte costituzionale di essere introdotta subito nella conversazione sui diritti fondamentali dotati di veste sia italiana sia europea. Ma non esclude, in linea di principio, che, qualora sorgessero discordanze interpretative tra la Corte costituzionale e la Corte di Lussemburgo, il giudice comune potrebbe alla fine allinearsi alla seconda. In breve, per ora, la Corte costituzionale ha voluto rivendicare a sé stessa, nel dialogo con il giudice del Lussemburgo, il "diritto alla prima parola": non all'ultima».

<sup>27</sup> CGUE, Sent. 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet Ltd.*

soluzione proposta dalla Corte Costituzionale, che hanno salutato con favore l'introduzione di un meccanismo di rimozione *erga omnes* delle norme interne contrastanti con i diritti garantiti (oltre che dalla Carta UE, anche) dalla Costituzione italiana e dall'altro lato gli avversari della suddetta soluzione, che hanno evidenziato come l'introduzione dell'obbligo di sollevare l'incidente di costituzionalità in relazione a tali norme vulneri il cuore del primato del diritto dell'Unione europea<sup>28</sup>. Ciò che, tuttavia, accomuna pressoché tutti gli interventi finora emersi, è la difficoltà di definirne la concreta portata operativa.

Si poteva forse auspicare che qualche giudice nazionale decidesse di prendere la strada di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE espressamente volto a chiedere alla Corte di giustizia se il diritto dell'Unione ostasse al meccanismo di risoluzione della doppia pregiudizialità così come disegnato nella sentenza n. 269/2017.

Ma non è stata questa la strada intrapresa dalla Corte di Cassazione. La prima risposta<sup>29</sup> del giudice nazionale di legittimità è stata quella di dare pienamente seguito alle indicazioni fornite nella pronuncia in esame e dinanzi ad un duplice caso di doppia pregiudizialità (concernente due distinte ed autonome disposizioni del decreto legislativo n. 58/1998, il c.d. T.U.F., entrambe sospettate di ledere diverse disposizioni della Carta UE e della Costituzione italiana), è stata sollevata questione di legittimità costituzionale<sup>30</sup>.

Diversamente, la via del dialogo diretto con la Corte costituzionale non è stata intrapresa dalla Sezione Lavoro del Supremo Consesso, che ha tracciato una strada alternativa, ora ritenendo immediatamente disapplicabile, senza necessità di sollevare l'incidente di costituzionalità, una normativa interna contrastante con il divieto di discriminazione tra uomo e donna<sup>31</sup>; ora proponendo il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia al fine di accertare la compatibilità di una norma interna con il divieto di discriminazione per età contenuto nella direttiva 2000/78 e nell'articolo 21 della Carta UE.<sup>32</sup>

Ebbene, se il giudice delle leggi, con la pronuncia in esame, ha statuito nel senso della necessità del previo esperimento della questione di legittimità costituzionale, deviando dalla consolidata giurisprudenza Granital, le numerose critiche in dottrina e le differenti reazioni giurisprudenziali hanno porta-

<sup>28</sup> COSENTINO, A. (2018).

<sup>29</sup> Corte di cass., II sez. civ. Ord. n. 3831 del 16.2.2018.

<sup>30</sup> Sull'ordinanza della Corte di Cassazione n. 3831/18, definita «atto di sfida, mascherato da atto di obbedienza». in ROSSI, L.S. (2018).

<sup>31</sup> Corte di cass., Sent n. 12108 del 17.5.2018.

<sup>32</sup> Ordinanza Corte di Cassazione n. 13678 del 30.5.2018.

to la Consulta, con quattro successive pronunce nel corso del 2019, a ridimensionare la «precisazione» di cui al menzionato *obiter*.

#### 4. Il ridimensionamento della «precisazione» ...

I giudici della Consulta, con quattro successive pronunce rese nel corso di un solo anno (sentenze nn. 20, 63 e 112 del 2019; ordinanza n. 117 del 2019), hanno completato il rientro nel sistema “a rete”<sup>33</sup> di tutela dei diritti in Europa, ridimensionando la portata dell'*obiter*.

Siffatto temperamento della «precisazione» e, quindi, l'analisi – oggi – del nuovo panorama giurisprudenziale delineatosi a valle della sentenza n. 269 del 2017, potrebbe, anzitutto, far sorgere l'interrogativo “molto rumore per nulla?”<sup>34</sup>

A parere di chi scrive, la risposta a tale interrogativo è negativa. Anzi, in primo luogo, si può ritenere che proprio il “rumore” fatto in dottrina e in giurisprudenza – con “rottura dell'armonia faticosamente raggiunta” a partire da Granital quanto al rapporto tra ordinamenti e tra giudici (RUGGERI, A., 2018, p 155)<sup>35</sup> – ha indotto la Consulta a temperare l'*obiter*, consentendo di parlare, oggi, di evoluzione del rapporto tra giudici e tra ordinamenti e non di rivoluzione<sup>36</sup>. In secondo luogo, la risposta all'interrogativo è negativa e le reazioni non sono state fatte “per nulla”, in quanto, nonostante gli accennati temperamenti, lo scenario odierno del rapporto triangolare tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale è differente rispetto a quello consolidatosi nei decenni e rimasto sostanzialmente inalterato sino alla sentenza n. 269/2017.

A ragion del vero, a fronte di una scelta discrezionale del giudice comune di rimettere al giudice delle leggi una questione di legittimità costituzionale che presenta anche profili di incompatibilità comunitaria con riguardo alla tutela dei diritti della persona, la Consulta non ne dichiara più l'inammissibilità per difetto di rilevanza, obbligando il giudice *a quo* a rivolgersi *in primis* alla Corte di Giustizia, ma la trattiene per l'esame del merito. E pro-

<sup>33</sup> LUPO, N. (2019).

<sup>34</sup> AMALFITANO, C. (2020).

<sup>35</sup> In tal senso RUGGERI, A. (2018, p 155). Su tale rapporto prima dell'*obiter dictum* in esame v., per tutti, CARDONE A., (2012, p. 92 ).

<sup>36</sup> Così SCACCIA, (2017), op. cit., rispetto all'*obiter dictum*, di cui proponeva una lettura «coerente con la volontà [...] chiaramente espressa [dalla Consulta] di rispettare la giurisprudenza comunitaria, senza sacrificare ruolo e attribuzioni della Corte di giustizia»

prio questa estensione del sindacato di costituzionalità, con un ampliamento delle maglie della rilevanza e dell'ammissibilità della questione, costituisce l'aspetto essenziale che distingue il nuovo orientamento costituzionale da quello delineatosi a partire dalla metà degli anni '80, secondo cui invece, come già detto, la questione di compatibilità comunitaria costituiva un *prius* logico e giuridico rispetto a quella di costituzionalità.

Ciò posto, risulta meritevole di particolare considerazione la sentenza n. 20 del 2019. Al fine di dissipare i dubbi relativi all'ambito dei *profili* in relazione ai quali il giudice comune mantiene il potere di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia all'esito di una pronuncia di rigetto della questione di legittimità costituzionale, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che "resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria". In questo modo, veniva meno ogni equivoco in merito alla facoltà dei giudici di porre il rinvio pregiudiziale, anche dopo la definizione del giudizio di costituzionalità e per qualsiasi motivo.

Ma vi è di più. Con la successiva sentenza n. 63 del 2019<sup>37</sup>, la Consulta precisa il potere del giudice comune di procedere al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia "anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale", e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta.

Tuttavia, nonostante tale asserito chiarimento, la complicazione cresce.

Valgano, in tal senso, due considerazioni da cui emerge *ictu oculi* il superamento della «regola 269». Dal tenore letterale della prefata pronuncia si evince, infatti, che la Consulta riconosce espressamente il potere del giudice comune di procedere al rinvio pregiudiziale «anche dopo» l'incidente di costituzionalità. Il che sembra ammettere che il rinvio possa essere sollevato «anche prima» e, quindi, indipendentemente dal procedimento incidentale. Tuttavia, se tale interpretazione letterale dovesse essere corretta, risulterebbe del tutto sovvertito il principio reso dalla sentenza n. 269/17.

Sotto altro aspetto, la Consulta riconosce espressamente al giudice comune, pur dopo la pronuncia della Corte costituzionale – che dichiara, evidentemente, infondata la questione, giacché, diversamente, la disposizione interna sarebbe stata espunta dall'ordinamento – il potere non soltanto di sollevare il rinvio pregiudiziale, ma anche, all'esito di tale rinvio, di disapplicare la disposizione interna, ove giudicata dalla Corte di Giustizia in contra-

<sup>37</sup> Interessanti, a riguardo, le considerazioni svolte da VITALE, G. (2019).



sto con la Carta UE. Così opinando, si riconosce al giudice il potere di disapplicare direttamente la norma interna – prima dichiarata costituzionalmente legittima dalla Corte costituzionale e poi giudicata anticomunitaria dalla Corte di Giustizia – senza necessità di un secondo incidente di costituzionalità. E vi è di più ove si consideri che detto potere del giudice è stato successivamente corretto dalla stessa Consulta, con ordinanza n. 117 del 2019, come “dovere” di disapplicazione.<sup>38</sup> Da qui emerge un punto di frizione con la precedente giurisprudenza costituzionale, ben colta da autorevole dottrina (CONTI, 2019), con espressione indubbiamente icastica, laddove sottolinea che “la priorità costituzionale ... fa a cazzotti con la possibilità, che pure si riconosce, di disapplicare una legge interna contrastante con la Carta UE dopo che la Corte costituzionale abbia ritenuto la costituzionalità della legge stessa.”.

Sicché si può senz’altro ritenere che la “regola 269” risulta attenuata e la “regola Granital” non solo ribaltata, ma abolita, anche alla luce della sentenza n. 112 del 2019 con cui la Consulta completa – almeno per il momento – il quadro normativo, dichiarando l’ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale prospettate con riferimento agli artt. 17 e 49 Carta UE, per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.; questioni che la Corte – si legge in sentenza – ha il compito di vagliare, essendo stata a ciò sollecitata dal giudice *a quo*.

In definitiva, nonostante i ridimensionamenti di cui si è detto, nella giurisprudenza costituzionale successiva<sup>39</sup> alla 269/17, la Consulta conferma il *revirement* con riferimento al proprio rapporto con il giudice comune e con la Corte di Giustizia e, dunque, alla possibile inversione della regola Granital della c.d. doppia pregiudizialità, ma non indica le coordinate da seguire per stabilire a quale organo il giudice comune deve rivolgersi – *rectius*, rivolgersi per primo.

## 5. ... e i nodi da sciogliere: l’ordine delle pregiudiziali genera disordine delle idee

Lo stato dell’arte in materia di doppia pregiudizialità desumibile dalla fitta trama di pronunce giurisdizionali non è ancora del tutto chiaro. Anzi,

<sup>38</sup> Osserva sul punto RUGGERI, A. (2019) che la Corte si è posta l’obiettivo dichiarato del raggiungimento della massima salvaguardia dei diritti “a livello sistemico”; cfr anche CATALANO, S. (2019).

<sup>39</sup> MASCIOTTA, C. (2020).

sembra proprio che la questione dell'ordine delle pregiudiziali generi il disordine delle idee.

Mette conto osservare che siffatto passaggio – da un regime di precedenza necessaria del giudizio incidentale di costituzionalità ad un regime di assenza di precedenze necessarie – mette a rischio la stessa «missione» della sentenza n. 269/17, vale a dire la salvaguardia del controllo accentrato di costituzionalità e, allo stesso tempo, mutando prospettiva, disvela la fragilità dello strumento all'uopo congegnato, ossia il ribaltamento dell'ordine delle questioni stabilito nella sentenza Granital. Tale aspetto è ben colto da autorevole dottrina (MASSA, M., 2019, p.18), laddove sottolinea che «qualora le pronunce di Palazzo della Consulta del 2019 avessero inteso smorzare la priorità del giudizio incidentale (riducendola da precedenza in senso tecnico, giuridicamente doverosa, a più tenue opportunità, se non proprio a mero invito o proposta), ciò richiederebbe di rivedere il principale argomento posto alla base della precisazione (*scilicet*, dell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/17, n.d.r.)».

Ci si limita, a questo punto, ad enunciare i dubbi che il nostro giudice si può trovare oggi a dover affrontare quando rileva una ipotesi di doppia pregiudizialità.

Il primo dubbio è: quali criteri si devono seguire per scegliere se sottoporre la questione alla Corte Costituzionale o alla Corte di Giustizia? È difficile, infatti, immaginare che tale scelta possa essere totalmente svincolata da qualunque griglia di criteri definibili in via generale.

Il secondo dubbio è: è possibile sottoporre contemporaneamente la questione sia alla Corte Costituzionale che alla Corte di Giustizia? Tale ipotesi, pur paventata da taluni<sup>40</sup>, incontra un ostacolo nel requisito della rilevanza del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, sicché si renderebbe necessario un previo intervento legislativo.

Il terzo dubbio è: se il giudice comune si rivolge prima alla Corte Costituzionale che dichiara infondata la questione e poi si rivolge alla Corte di Giustizia che ritiene la norma non conforme ad una disposizione munita di effetto diretto della Carta UE, può disapplicare direttamente la norma o deve coinvolgere nuovamente la Corte Costituzionale per verificare tra l'altro se intenda evocare i controlimiti?

Infine, il quarto dubbio è: se il giudice si rivolge direttamente alla Corte di Giustizia e ottiene un *dictum* di incompatibilità della norma nazionale con

<sup>40</sup> Posizioni favorevoli a questa ipotesi si leggono in AMALFITANO, C. (2019, p. 26 ss.) e in CONTI, R. (2019).

la Carta UE, si deve limitare a decidere la causa senza applicare la norma nazionale oppure può/deve sollevare un incidente di costituzionalità al fine di consentire alla Corte Costituzionale di caducare la norma con efficacia *erga omnes*? Si consideri, infatti, che, ove si ammettesse la disapplicazione, finirebbe letteralmente nel nulla uno degli argomenti centrali inizialmente spesi dalla Consulta, vale a dire la necessità di un intervento *erga omnes*, per espungere dall'ordinamento con effetti generalizzati la norma lesiva di un diritto fondamentale sancito sia a livello europeo sia a livello costituzionale.

Grande, dunque, è il disordine sotto il cielo.

In questo frangente, il dialogo tra le Corti continua intenso e si assiste ad una eccezionale fioritura di commenti e interventi, divisi tra i sostenitori della primazia del controllo interno e i sostenitori della primazia del controllo eurounitario, in un vero e proprio scontro che pare riecheggiare quello tra euroscettici ed euroentusiasti: scontro la cui eccezionale ricchezza non può essere presa in considerazione perché meritevole di ulteriori approfondimenti che non si possono compiutamente affrontare in questa sede.

## 6. Considerazioni conclusive

In conclusione, alla luce della disamina dell'inedita altalena della giurisprudenza costituzionale, tra aperture e chiusure dello spazio dei diritti fondamentali alla Corte Costituzionale e alla Corte di Giustizia, si possono svolgere le seguenti considerazioni.

A tal fine, vengono in soccorso taluni indici positivi rinvenibili nell'ordinamento che consentono di ritenere che i giudici non possono considerare totalmente interscambiabili i due rimedi giurisdizionali. Basti osservare che l'art. 23 della legge n. 87 del 1953 imposta la rimessione della questione di costituzionalità nei termini di un *obbligo giuridico* gravante sul giudice comune («l'autorità giurisdizionale (...) *emette* ordinanza (...))»; mentre, l'art. 267 TFUE prefigura la pregiudizialità sovranazionale quale *facoltà* del giudice nazionale («l'organo giurisdizionale può (...) domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione»), salvo si tratti di autorità di ultima istanza. Sicché, sembra possibile ritenere già *prima facie*, sulla base di tali indici normativi, che le due alternative non siano poste esattamente sullo stesso piano e che l'attivazione del giudizio di costituzionalità abbia carattere prioritario.

Tale considerazione emerge *a fortiori* dalla pronuncia in esame e dalle oscillazioni pretorie successive da cui deriva, a parere di chi scrive, se non

appunto il richiamo ad un obbligo, quantomeno una «sollecitazione» a percorrere previamente la strada del giudizio di costituzionalità.

Il ridimensionamento dell'*obiter*, quindi, determina il passaggio dalla doverosità della previa rimessione alla Consulta alla «opportunità» di coinvolgere in prima battuta tale giudice.

Di talché si potrebbe dire che oggi la regola sia una «tendenziale» priorità della questione di costituzionalità. Siffatta priorità, ancorché non possa dirsi imposta dall'ordinamento, dovrebbe dunque essere assicurata in virtù di un criterio di «preferenza funzionale», che conduce l'interprete ad optare per la soluzione che, in coerenza con i presupposti ordinamentali della sentenza n. 269/2017, consenta di massimizzare gli effetti del principio del sindacato accentrato. Si introduce, così, un meccanismo «assiologico, valoriale», che ritiene opportuna – non doverosa – la previa rimessione al giudice delle leggi ogniqualvolta sia in discussione la violazione di un diritto fondamentale.

*Rebus sic stantibus* sembrerebbe, quindi, che i giudici della Consulta abbiano dettato, non già un obbligo, ma una mera indicazione avente, peraltro, non più carattere vincolante, ma tendenziale. In altri termini, la Corte Costituzionale rivolge un «invito» ai giudici comuni a rivolgersi prioritariamente alla stessa nei casi di doppia pregiudizialità, in quanto in grado non solo di garantire una maggiore tutela dei diritti fondamentali mediante una dichiarazione di incostituzionalità con effetti *erga omnes*, ma anche di esperire il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ma, si badi bene, non priva i giudici, nelle more o successivamente al giudizio di legittimità costituzionale, di adottare qualsiasi misura – anche di natura cautelare – volta ad assicurare il primato del diritto eurounitario e, quindi, anche la disapplicazione e il rinvio pregiudiziale.

Il che vale a fugare ogni dubbio in merito alla flessibilità del carattere prioritario della questione di costituzionalità. Il *dictum* in esame si può considerare, allora, un'indicazione di politica giudiziaria, come se la Corte avesse detto: «è fortemente raccomandato sollecitare previamente il sindacato accentrato di costituzionalità».

Si ricava cioè la proposta di un «nuovo patto» con i giudici; un nuovo patto che potrà fare effettivamente presa soprattutto qualora la Corte non si sottragga al dialogo con la Corte di Giustizia e si rivolga essa stessa a Lussemburgo, per evitare di essere superata *il giorno dopo* da quest'ultima. Aspetto questo di non poco conto.

La Consulta, in definitiva, dovrebbe cogliere e coltivare strategicamente le opportunità che essa stessa si è voluta dare, dimostrando nei fatti come il

suo obiettivo sia davvero quello di arricchire le *chances* di tutela dei diritti fondamentali, sia pur senza rinunciare a «contribuire, per la propria parte». Del resto i due ordinamenti, interno ed eurounitario, operano su piani concorrenti, ma non affatto mutuamente esclusivi.

Pertanto, al fine di evitare un'impropria e nefasta eterogenesi dei fini, tutte le Corti, per quanto condivisibilmente a difesa delle rispettive prerogative, dovrebbero concorrere all'effettività della tutela dei diritti fondamentali ed evitare che, per impropri conflitti tra esse, questa ne possa risultare sminuita o limitata<sup>41</sup>. Come autorevole dottrina (Donati F., 2019, p. 284) ha persuasivamente sottolineato, «ai fini della tutela dei diritti fondamentali non conta chi debba pronunciare la prima parola. Conta invece un rapporto di apertura reciproca e di confronto tra le Corti, che consenta di individuare una soluzione comune capace di offrire la migliore risposta, nel quadro di un ordinamento “composito” o “multilivello”, all'esigenza di tutela dei diritti nel singolo caso concreto”.

A conclusione dei commenti svolti in questa sede e nel tentativo di prefigurare lo scenario futuro, si può ritenere, allora, che sarà possibile superare gli oggettivi problemi di coordinamento tra i due rimedi, soltanto se la «relazione triangolare» tra giudice comune, Corte costituzionale e Corte di giustizia avvenga in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, in cui le Corti nazionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte europea, affinché venga assicurata la massima salvaguardia dei diritti fondamentali della persona a livello sistemico.

## 7. Riferimenti bibliografici

- AMALFITANO, C. (a cura di) (2018), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti. Alla prova della «Saga Taricco»*, Giuffrè, Milano.
- (2019, p. 26), *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.
- (2020), *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1.
- AMATO, A. (2020, p. 445), *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Car-*

<sup>41</sup> Sulla integrazione delle tutele si veda PICCONE, V.(2019) ove si legge: «La massima espansione delle tutele trova allora nell'integrazione fra le fonti il proprio grimaldello: per dirla con la stessa Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 194/2018, si realizza, in tal modo, un'integrazione tra fonti e – ciò che più rileva – tra le tutele da esse garantite.»

ta dei diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.1.

- BARBERA, A. (2017, p. 1-27), La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia, *Rivista AIC*, n. 4.
- BIN, R. (2018), Chi è il giudice dei diritti? il modello costituzionale e alcune deviazioni, in *Rivista AIC*, n. 3
- BIONDI, F. (2019), Quale dialogo tra le Corti?, in *Federalismi.it*, n. 18
- CARAVITA, B. (a cura di), (2012, pp. 3-35), La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti, Napoli.
- CARDONE, A. (2012, p. 92), La tutela multilivello dei diritti fondamentali, Milano, Giuffrè.
- CARTABIA, M. (1997, p. 222) Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte ai casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale, in *Foro it.*, n. 5/1997, p. 222.
- CARUSO, C. (2017), La Corte costituzionale riprende il cammino comunitario: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- CATALANO, S. (2019), Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2.
- CONTI, R. (2019), Cedu e cultura giuridica italiana. 3. Carta costituzionale e Cedu. Tutto risolto? in *Giustizia Insieme*.
- (2019) Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no? in *Giustizia Insieme*.
- COSENTINO, A. (2018), La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3.
- CRISAFULLI, V. (1993), Lezioni di diritto costituzionale, Cedam, Padova
- DONATI, F. (2019, p. 284), *La tutela dei diritti tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2.
- GAETA, P. (2019, pp 1-15), La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte costituzionale, in *Giustizia Insieme*.
- GUAZZAROTTI, A. (2018, p. 194-196), La sentenza n. 269 del 2017: un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? in *Quaderni costituzionali*, n. 1.
- LEONE, S. (2020), In che direzione va la nuova giurisprudenza costituzionale sui casi di violazione di diritto fondamentale a doppia tutela?, in Caruso C., Medico F.,

- Morrone A., *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna.
- LUPU, N. (2019), Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa in *Federalismi.it*, n.13.
- MARTINES, F. (2018) Procedimenti pregiudiziali e applicazione di parametri costituzionali ed europei a tutela dei diritti fondamentali, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1.
- MASCIOTTA, C.(2020), La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*, n.3.
- MASSA, M. (2019, p. 18), Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n.269/2017, in *Osservatorio sulle fonti*, n.2.
- MORRONE, A., (2018). *Fonti normative*, Bologna.
- PALADIN, L. (1996), *Le fonti del diritto italiano*, Bologna.
- PICCONI, V. (2019) *Diritto sovranazionale e diritto interno: rimedi interpretativi in Questione Giustizia*,
- REPETTO, G. (2019, p. 255 ), Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell'UE, in *Giur. cost.*, n.1.
- ROMBOLI, R. (2018, p. 2227 ss.), Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, in *Foro it.*, n.1.
- ROSSI, L.S. (2018) Il «triangolo giurisdizionale» e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana, in *Federalismi.it*.
- RUGGERI, A. (2012), La Corte costituzionale, i parametri «conseguenziali» e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita) in *Giur. Cost.*,
- (2013, p. 4 ss), Dialogo tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in *I quaderni europei*, n. 59.
  - (2017, p. 234-247), Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3
  - (2018, p 155). Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere tra le Corti?, in *Consulta Online*, n. 1.
  - (2019) Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del 'dialogo' con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019), in *Consultaonline*.

- SALOMONI, F. (2019), Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla "conformità" alla Costituzione e la mera "compatibilità" con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in *Federalismi.it*, n. 11.
- SCACCIA, G. (2017, p. 2948), Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, in *Giur. cost.*, n. 6.
- TEGA, D. (2018), Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione, in *Questione giustizia*.
- TRABUCCO, F.R. (2009), Controllo di costituzionalità vs. controllo di compatibilità comunitaria, dopo la riforma francese del 2009, in *Forum di Quad. Cost*
- VERNUCCIO, S. (2018, p.2), La sentenza 269/2017: la Corte costituzionale di fronte alla questione dell'efficacia diretta della Carta di Nizza e la prima risposta del giudice comune (Cass. ord. 3831/2018), in *Osservatorio Costituzionale*, 2.
- VITALE, G. (2019), I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale, in *Federalismi.it*, n.10.
- ZAGREBELSKY, G. (1984), *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino.



LE SORTI INCERTE DELLA NON ANCORA BEN DEFINITA  
“REGOLA” PRETORIA DEL GIUDICE DELLE LEGGI  
IN TEMA DI DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ

PAOLO GAMBATESA

SOMMARIO: 1. I “confini” della giurisprudenza costituzionale in tema di doppia pregiudizialità. – 2. (... segue) Le finalità sottese al nuovo corso giurisprudenziale. – 3. La Corte di Giustizia e il nuovo orientamento della Corte costituzionale: un “silenzio-assenso”? – 4. Le rimessioni e i rinvii operati dai Giudici comuni in presenza di diritti fondamentali “a doppia tutela”. – 5. Notazioni conclusive. – 6. Riferimenti bibliografici.

**1. I “confini” della giurisprudenza costituzionale in tema di doppia pregiudizialità**

Sono trascorsi tre anni dalla pronuncia n. 269 del 2017, attraverso cui il Giudice delle Leggi, sul presupposto che «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes»<sup>1</sup>, ha manifestato l'intento di modificare la sua giurisprudenza nelle ormai note ipotesi di *doppia pregiudizialità*. Ovverosia, quei casi in cui una norma nazionale si pone in contrasto simultaneo con la Costituzione italiana e la Carta dei Diritti fondamentali dell'UE.

In tali eventualità, la Corte ha statuito che «debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»<sup>2</sup>.

Come è noto, sullo sfondo di questa “precisazione” può rintracciarsi quella particolare scelta – concretizzatasi con l'art. 6 TUE, nella sua versione post Lisbona – di dotare di effetti giuridici vincolanti la Carta di Nizza (sul “tono costituzionale” della CDFUE dopo il Trattato di Lisbona si v. D'AMICO 2009). Ciò determinando un definitivo allargamento degli spazi di tutela dei cittadini europei, i cui diritti fondamentali sono garantiti non già

<sup>1</sup> Così Corte cost., sentenza n. 269 del 2017, pt. 5.2. del *Considerato in diritto*, terzo cpv.

<sup>2</sup> *Ivi*, sesto cpv.

solo dalle norme delle Carte costituzionali degli Stati membri, ma anche da quelle *simmetriche* della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione<sup>3</sup>.

A quanto sopra premesso deve aggiungersi che all'*allargamento* delle tutele è seguita, come sua logica conseguenza, l'introduzione di nuovi meccanismi giurisdizionali, che ora si trovano in concorso con quelli già esistenti.

Il riferimento è qui duplice. Da un lato, vi sono le prassi giudiziarie tendenti alla immediata non applicazione di una norma nazionale contrastante con una o più norme della Carta dei Diritti ad effetti diretti. Dall'altro, il giudice comune può operare un rinvio alla Corte di Giustizia ponendo un quesito interpretativo che sottenda il possibile contrasto tra una norma nazionale ed una della Carta di Nizza.

Dei due rimedi giurisdizionali eurounitari descritti, il primo pare essere quello che preoccupa maggiormente il Giudice costituzionale, a tal punto che questi, nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269, lascia intendere il carattere obbligatorio della stessa rimessione da operare in sede di giudizio di costituzionalità<sup>4</sup>. In particolare, il rischio qui paventato è che la non applicazione – riprendendo le parole esatte della Corte – «trasmod[i] inevitabilmente in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità», mentre, lo strumento pregiudiziale europeo – come, invece, si evince già dal frammento sopra citato (*supra* nota n. 2) – non sembra destare simili preoccupazioni.

D'altra parte, nella sentenza n. 269 quando la Corte costituzionale richiama le tre condizioni *Melki*<sup>5</sup> non “tocca” né la prima condizione, cioè quella volta ad assicurare l'attivazione del rinvio pregiudiziale anche all'esito dello scrutinio di costituzionalità, né la seconda sulla eventuale adozione di provvedimenti cautelari nelle more dell'incidente di costituzionalità, ma “ri-

<sup>3</sup> Il rischio legato alla “sovrapposizione” delle tutele era stato ipotizzato da autorevole dottrina già prima della pronuncia n. 269 del 2017, si v. in particolare ZAGREBELSKY 2002 e ONIDA 2014.

<sup>4</sup> *Ibidem*. In particolare, si osservi l'utilizzo del verbo “debba essere sollevata”.

<sup>5</sup> Nella sentenza *Melki* la Corte di Giustizia ha ritenuto conforme al diritto dell'Unione un sistema di giustizia costituzionale (quale è quello francese) che prevede uno scrutinio preventivo di costituzionalità, “purché gli altri organi giurisdizionali nazionali restino liberi:

– di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria,

– di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e

– di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione”. (Così, Corte di Giust., sent. del 22 giugno 2010, C-188/10, *Melki e Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, pt. 57).

tocca” la terza, ovvero sia quella mirante a non intaccare il potere disapplicativo del giudice dopo l’eventuale pronuncia di inammissibilità (o di parziale accoglimento) resa in prima battuta dal Giudice costituzionale (cfr. sent. n. 269 del 2017, cit., pt. 5.2. del *Considerato in diritto*, quinto cpv).

Ed in particolare, alla terza condizione *Melki* viene aggiunto l’inciso “*per altri profili*”. Ciò con l’intento di limitare il potere di non applicazione ai soli *altri* profili non vagliati nella decisione costituzionale, così da scongiurare l’eventualità che il giudice, disapplicando, possa “superare il giorno dopo” la decisione della Corte costituzionale (LEONE 2019, 659).

Sul punto non vi sono state opinioni univoche in dottrina (in particolare, in senso più critico si v. A. RUGGERI 2018a, SCODITTI 2018 e GALLO 2019; mentre in senso adesivo si v. ROMBOLI 2018, CATALANO 2019a, LEONE 2019) e la stessa Corte costituzionale nelle decisioni successive sembra accogliere proprio le puntualizzazioni più critiche avanzate dai commentatori.

In quest’ultime pronunce infatti si fugge ogni dubbio circa il fatto che il giudice comune possa, da un lato, «procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale» (Corte cost., sent. n. 20 del 2019, pt. 2.3. del *Considerato in diritto*, secondo cpv), dall’altro, «– ricorrendone i presupposti – non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta» (Corte cost., sent. n. 63 del 2019, pt. 2.3. del *Considerato in diritto*, secondo cpv).

Dunque, in presenza di diritti fondamentali “a doppia tutela” il giudice resta nella piena facoltà – *a monte* – di attivare prioritariamente il giudizio di costituzionalità (cfr. sent. n. 20 del 2019, cit., pt. 2.1. del *Considerato in diritto*, terzo cpv, ove si parla di “opportunità”), e – *a valle* – di procedere alla disapplicazione, *per qualsiasi profilo*, della stessa norma che poco prima ha superato il vaglio del Giudice delle Leggi<sup>6</sup>.

In questa prospettiva, provando a leggere questa giurisprudenza alla luce dei principi di struttura dell’Unione sembra possa affermarsi che tra il principio del primato e quello degli effetti diretti l’unico a subire una *parziale e temporanea* compressione sia solo il secondo.

Ed infatti, sollevando prioritariamente la questione di legittimità costituzionale, il giudice comune rinuncerebbe all’immediata disapplicazione, ma ciò solo quando la norma europea ad effetti diretti presenti la c.d. *impronta*

<sup>6</sup> Tuttavia, in tale eventualità una parte della dottrina ritiene che il giudice rimettente debba procedere al rinvio alla Corte di Giustizia prima di non applicare la norma interna (in tal senso si v. ANZON DEMING 2019).

*costituzionale*, e con la possibilità, comunque, di esercitare tale potere, *sine vinculis*, dopo l'eventuale decisione di rigetto del Giudice costituzionale.

Tuttavia, al fine di tracciare i “confini” della succitata giurisprudenza si rende necessaria una precisazione sulle disposizioni europee ad *impronta tipicamente costituzionale*<sup>7</sup>, la cui presenza – come qui sopra precisato – consente al giudice comune di sollevare anche in via prioritaria la questione di costituzionalità.

Se, da un lato, è indubbio che tale carattere sia proprio delle disposizioni della Carta dei Diritti (così, sent. n. 269 del 2017, cit., pt. 5.2. del *Considerato in diritto*, secondo cpv), dall'altro non è scontato che lo sia anche delle disposizioni di diritto derivato.

Quest'ultimo aspetto è stato “toccato” dal Giudice delle Leggi nella sent. n. 20 del 2019, ove si ammette il sindacato costituzionale anche laddove il parametro europeo indicato sia costituito da norme di direttive che esplicitano principi e diritti presidiati dalla Carta di Nizza.

In particolare, la Corte richiede che sussista una “*singolare connessione*” tra i principi previsti dalla direttiva e le pertinenti disposizioni della Carta. Ciò «non solo nel senso che [i primi] ne forniscono specificazione e attuazione, ma anche nel senso, addirittura inverso, che essi hanno costituito un “modello” per quelle norme [della CDFUE], e perciò partecipano all'evidenza della loro stessa natura» (pt. 2.1. del *Considerato in diritto*, settimo cpv).

Si manifesta così la *vocazione espansiva* (LEONE 2020, 118) della “regola 269”, che mira ad evitare che il giudice possa “aggirare” l'ostacolo della rimessione alla Corte costituzionale attraverso l'applicazione di una norma della direttiva in luogo di quella della Carta di Nizza, che risulta “identica” alla prima per contenuto e scopo.

Anche in questo caso non sono mancate notazioni critiche da parte della dottrina<sup>8</sup>, da cui sono emerse preoccupazioni legate alla eccessiva elasticità dei confini applicativi della nuova *dottrina* sulla doppia pregiudiziale.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, per comprendere a pieno la portata del fenomeno qui descritto, giova rimarcare che tale ampliamento opera sempre

<sup>7</sup> L'espressione viene utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269 del 2017 (cit., pt. 5.2., secondo cpv) con riferimento alle norme della Carta di Diritti fondamentali dell'UE. Nel testo l'espressione viene riportata con un'accezione più ampia: il riferimento non è solo alle norme della Carta dei Diritti, ma anche a quelle di diritto derivato espressive (o attuative) di un diritto fondamentale cristallizzato in una o più norme di diritto primario.

<sup>8</sup> In particolare criticità sul punto sono state avanzate da RUGGERI 2019 e BRONZINI 2019.

nell’ambito di una *nuova procedura* che il giudice ha facoltà di attivare. E dunque, fatti salvi i poteri del giudice di effettuare rinvio pregiudiziale (in qualsiasi momento) e di non applicare la norma (dopo il giudizio di costituzionalità), la Corte costituzionale si “assicura” che il giudice rimettente, ove dovesse valutarlo opportuno, possa sollevare una questione di legittimità che abbia come parametri le norme interposte espressive di diritti fondamentali europei.

## 2. (... segue) Le finalità sottese al nuovo corso giurisprudenziale

Prima di focalizzare l’attenzione sugli altri attori giurisdizionali coinvolti nelle ipotesi di doppia pregiudizialità, occorre soffermarsi brevemente sulle finalità di questo nuovo corso della giurisprudenza costituzionale.

Come noto, già nella sua “prima versione” affiora l’esigenza di contrastare quelle tendenze volte a marginalizzare il sindacato accentrato di costituzionalità. Fenomeno quest’ultimo che qui va letto in riferimento alle prassi “traboccanti” (BARBERA 2017, 3 ss.), invalse presso i giudici comuni, di applicare direttamente la Carta dei Diritti, in luogo della sollevazione dell’incidente di costituzionalità.

In verità, la prassi descritta costituisce solo un pezzo del ben più complesso *puzzle* del c.d. declino dell’incidentalità, cui però non si potrà dare spazio in questa sede (sul tema si v. ROMBOLI 2018, 2020, SCACCIA 2018, NARDOCCI 2020, 267 ss.).

Dunque, alla “diffusa” non applicazione, la Corte contrappone la rimessione prioritaria della questione di costituzionalità, così da poter garantire *quegli* effetti *erga omnes* tanto necessari nelle situazioni in cui possono palesarsi violazioni dei diritti fundamentalissimi della persona.

Ma ciò non senza considerare le specificità delle ipotesi qui in rilievo. Infatti, la Corte costituzionale specifica che il suo esame potrà avvenire non già solo alla luce dei parametri costituzionali, ma anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.). Ciò anche «al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni (...)». La Corte, poi, precisa che è «[i]l tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il *dialogo* con la Corte di giustizia (...), affinché sia assicurata la *massima* salvaguardia a livello sistemico (art. 53 CDFUE) (così sent. n. 269 del 2017, cit., pt. 5.2. del *Considerato in diritto*, terzo-quarto cpv; corsivo aggiunto).

In altri termini, la Corte ammette di voler indossare i panni di “giudice europeo”, chiedendo di essere investita di una questione che verrà giudicata sia con riguardo ai profili di compatibilità a Costituzione, ma anche a quelli di conformità alla Carta. Potendo eventualmente, nell’ambito di tale sindacato, ingaggiare il dialogo con la Corte di Giustizia, proprio come può fare un giudice comune.

La riprova che alla tendenza al “ri-accentramento” (da ultimo, si v. GROPPI 2021) non segua quella di “dominio interpretativo” della Carta dei Diritti la si riscontra nel fatto che la Corte sembra aver preso il dialogo *seriously* (l’espressione rinvia alle preziose, e più ampie, riflessioni di M. CARTABIA 2009 sul tema del dialogo tra le Corti).

A tal proposito si noti come dal dicembre 2017 il Giudice delle Leggi abbia effettuato già due rinvii al Giudice europeo (cfr. ord. n. 117 del 2019 e ord. 182 del 2020), chiarendo che Egli stesso procederà al rinvio pregiudiziale «ogniqualevolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta»<sup>9</sup>.

Riflettendo, dunque, sulle finalità di questa giurisprudenza costituzionale non può non registrarsi che, oltre a voler dare nuova linfa al suo giudizio, la Corte intende garantire una tutela sistemica (e quindi anche massimizzata) dei diritti fondamentali.

Ma, come già anticipato, per raggiungere quest’ultimo scopo, cruciale sarà il ruolo giocato dal dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia.

Per dirla con altre parole, lo strumento dialogico è funzionale alla realizzazione di una vera e propria *contaminazione* tra le giurisprudenze.

Si ottiene così un duplice risultato. Da un lato, nella prospettiva europea, il fatto che vengano portate all’attenzione del Giudice europeo le tradizioni costituzionali di uno Stato Membro agevolerà questi nel lavoro di “sintesi”, che porta all’individuazione delle tradizioni costituzionali comuni. Dall’altro, nell’ottica del Giudice delle Leggi, il dialogo sortisce effetti utili anche sulle disposizioni costituzionali, che «devono, infatti, essere interpretat[e] anche alla luce delle indicazioni vincolanti offerte dal diritto dell’Unione europea»<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. ord. n. 117 del 2019, cit., pt. 2. del *Considerato in diritto*, secondo cpv e ord. 182 del 2020, cit., pt. 3.1. del *Considerato in diritto*, terzo cpv. A commento della prima ordinanza v. CATALANO, 2019b, e della seconda v. GALLO-NATO 2020.

<sup>10</sup> In aggiunta, la Corte costituzionale nell’ord. n. 182 del 2020 (pt. 3.2., secondo cpv) osserva che: «[s]ulla portata e sulla latitudine di tali garanzie, che si riverberano sul costante evolvere dei precetti costituzionali, in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione, si concentrano le questioni pregiudiziali che in questa sede si ritiene di sottoporre al vaglio della Corte di giustizia».

Tutto ciò premesso, resta un ultimo interrogativo da porsi: si registrano cambiamenti se le due Corti vengono adite contestualmente dal medesimo giudice *a quo*?

È questo il caso della Corte d’Appello di Napoli<sup>11</sup>, che in data 18 settembre emetteva sia un’ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia sia un’altra di rimessione alla Corte costituzionale. Ora, l’inammissibilità, pronunciata, prima, dal Giudice eurounitario con l’ordinanza *TJ c. Balga* e, poi, dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 254 del 2020 (con commento di LEONE 2021, che evidenzia i profili critici del rinvio contestuale), impedisce di dare riscontro a qualsiasi risposta si intenda dare al quesito posto.

Tuttavia, in linea di principio si può evidenziare che la contestuale attivazione dei rimedi incidentali genera incertezza su quale delle due Corti si esprimerà per prima, derivandone così una drastica riduzione delle occasioni di dialogo.

In conclusione, anche se su questo ed altri aspetti la Corte avrà modo di tornare, modificando o integrando nuovamente la sua “regola pretoria”, le coordinate generali di quest’ultima possiamo considerarle ormai consolidate.

Ed in particolare sul punto, – riprendendo quanto sostenuto da autorevole dottrina (D’AMICO 2020, 423) – si può affermare che la Corte, incaricandosi di esprimere la *prima parola*<sup>12</sup>, non pare essere «mossa dalla volontà di “chiudere” il nostro ordinamento ai diritti protetti a livello sovranazionale, ma solo dalla volontà di non essere estromessa dai relativi giudizi, e allo stesso tempo dalla volontà di valorizzare la Costituzione italiana come fonte di tutela dei diritti fondamentali».

### **3. La Corte di Giustizia e il nuovo orientamento della Corte costituzionale: un “silenzio-assenso”?**

Nell’arco degli ultimi tre anni la Corte di Giustizia non è ancora formalmente intervenuta nel “dibattito” sulla doppia pregiudizialità, rimanendo

<sup>11</sup> Corte d’Appello di Napoli, ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia del 18 settembre 2019, causa C-32/20, *Balga Srl*; ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, reg. ord. n. 39/2020, pubblicata in GU n. 20 del 13/05/2020 (per tutti, RUGGERI 2020).

<sup>12</sup> Espressione utilizzata dal Giudice delle Leggi nella pronuncia n. 20 del 2019, cit., pt. 2.3. del *Considerato in diritto*, primo cpv, e dalla dottrina (GUAZZAROTTI 2017 e SCACCIA 2017).

ancora in bilico l'avvio di una nuova stagione di conflitti tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia.

Eppure le occasioni per applicare il *test Melki*<sup>13</sup> alla “regola 269” non sono mancate.

In particolare, il Giudice eurounitario ha già avuto modo di vagliare due rinvii pregiudiziali attivati da giudici comuni italiani in ipotesi di doppia pregiudizialità, ma in entrambi i casi ha rilevato un difetto procedurale<sup>14</sup>. Ciò ha consentito alla Corte di Giustizia non solo di evitare il merito delle censure, ma anche di esaminare il contesto più generale in cui queste erano state (sia pur erroneamente) collocate.

Ora, sarà interessante verificare se il “silenzio” della Corte di Lussemburgo persisterà anche nella giurisprudenza successiva (ed in particolare, anche in quei casi in cui il giudizio del Giudice dell'Unione non si arresterà di fronte ad un vizio di procedibilità)<sup>15</sup>.

Occorre, però, sottolineare che nel corso degli ultimi tre anni non sarebbero mancati dei moniti da parte della Corte di Giustizia, da cui si potrebbero evincere delle notazioni critiche alla giurisprudenza costituzionale *de qua* (per tutti, si v. RUGGERI 2018a, 2018b e GALLO 2019).

Il riferimento qui è alle sentenze *Global Starnet*<sup>16</sup> e *XC*<sup>17</sup>.

Con la prima il Giudice dell'Unione statuisce che il giudice nazionale non è svincolato dalla facoltà o, nei casi di cui all'art. 267 par. 3 TFUE, dall'obbligo di operare rinvio pregiudiziale, neanche quando nell'ordi-

<sup>13</sup> Cfr. *supra* §1.

<sup>14</sup> I rinvii in questione sono quelli operati dalla Corte d'Appello di Napoli, ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia del 18 settembre 2019, cit.; e dal Giudice di pace de L'Aquila, ordinanza di rinvio pregiudiziale del 19 settembre 2018, causa C-618/18, *G. Di Girolamo*. Rispettivamente oggetto delle pronunce della Corte di Lussemburgo: ordinanza del 4 giugno 2020, C-32/20, *Tj c. Balga*, ECLI:EU:C:2020:441; e ordinanza del 17 dicembre del 2019, C-618/18, *G. Di Girolamo c. Ministero della Giustizia*, ECLI:EU:C:2019:1090.

<sup>15</sup> Nelle more dell'ultima revisione del presente contributo è stata pubblicata la sentenza della Corte di Giustizia (sentenza del 2 febbraio 2021, C-481/19, *DB c. Consob*, ECLI:EU:C:2021:84). Da una prima lettura sembra che la tendenza descritta nel presente paragrafo abbia trovato una sua prima conferma.

<sup>16</sup> Corte di Giust., sentenza del 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma dei Monopoli*, ECLI:EU:C:2017:985. Occorre precisare che secondo una parte della dottrina (ROMBOLI 2019, 652), il fatto che la decisione *Global Starnet* sia stata resa qualche giorno dopo la pronuncia n. 269/17 impedisce di considerare la prima una “pronta risposta” della seconda.

<sup>17</sup> Corte di Giust., sentenza del 24 ottobre 2018, C-234/17, *XC, YB e ZA*, ECLI:EU:C:2018:853.



namento giuridico dello Stato membro operi il meccanismo della preventiva rimessione obbligatoria alla Corte costituzionale (pt. 21). Risultando così il giudice nazionale libero di adire la Corte di Lussemburgo «in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, [e per] qualsiasi questione pregiudiziale che esso consideri necessaria» (pt. 22).

Nella pronuncia *XC*, invece, il Giudice europeo riprende in maniera autentica la dottrina *Simmenthal*. Qui, infatti, si legge che l’obbligo in capo al giudice comune di garantire la piena efficacia delle norme europee dotate di effetti diretti impedirebbe a questi di «attendere la previa soppressione [della] disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale» (pt. 44, in cui si riprendono i pt. nn. 21 e 24 della sentenza *Simmenthal*).

Ora, i moniti del Giudice europeo esposti sembrano aver trovato l’adesione del Giudice costituzionale solo in parte. Ed infatti, il “ripensamento” sui c.d. *altri profili* (v. *supra* §1) rende compatibile il nuovo orientamento in tema di doppia pregiudizialità con le affermazioni della *Global Starnet* (oltre che con la terza condizione *Melki*) (cfr. BRONZINI 2019). Mentre, il richiamo “puro” a *Simmenthal* è difficilmente compatibile con la “regola 269” che, anche nella sua versione *temperata* (AMALFITANO 2019), sembra non voglia escludere il coinvolgimento (*ratione materiae*) di tutte le norme europee ad “impronta costituzionale”, non già solo quelle della Carta dei Diritti.

Emerge, così, un profilo problematico che rende incerte le “sorti” del nuovo corso della giurisprudenza costituzionale. E il fatto che la Corte di Giustizia abbia preferito (per ora) non pronunciarsi sul punto consente di leggere tale “silenzio” come un sostanziale *silenzio-assenso* alla nuova giurisprudenza costituzionale, confermando in via implicita anche l’impossibilità di interpretare *Simmenthal* in senso “originalista” (cfr. MASTROIANNI 2014, che, a margine delle sentenze *Melki* e *A. c. B.*, parla di *Simmenthal revisited*).

#### **4. Le rimessioni e i rinvii operati dai Giudici comuni in presenza di diritti fondamentali “a doppia tutela”**

Nella prospettiva del giudice comune, invece, il nuovo orientamento – come è stato sopra ricordato – si è tradotto nella possibilità di far uso di una pluralità di strumenti giurisdizionali. Ed infatti, nelle ipotesi di doppia pregiudizialità, ai “tradizionali” meccanismi giurisdizionali offerti dal diritto dell’Unione, si è aggiunto anche l’incidente di costituzionalità.

In questo contesto non sorprende che i giudici rimettenti, avendone avuta la possibilità, si siano determinati, alternativamente, o nel senso di rimettere la questione alla Corte costituzionale, o nel senso di privilegiare l'utilizzo dei rimedi forniti dal diritto europeo. In aggiunta, – come precisato *supra* §2 – non sono mancati anche casi di attivazione simultanea dei due rimedi pregiudiziali.

Un primo profilo, emerso nelle pronunce rese immediatamente dopo l'*obiter dictum*, ha riguardato il valore dello stesso, e cioè se questo fosse in grado di vincolare le scelte dei giudici comuni<sup>18</sup>. Tuttavia, si noti come questa problematica non sia di particolare interesse, oltre che non più di stretta attualità. Infatti, il Giudice delle Leggi, pur volendo, non avrebbe potuto imporre dei veri e propri “vincoli” in capo ai giudici, ciò in quanto Egli stesso non dispone di mezzi sanzionatori atti ad imporre un ordine delle questioni (VIGANÒ 2019, 488; RANDAZZO 2021, 149). In aggiunta, la problematica enunciata perde di attualità, in quanto nelle pronunce successive, la Corte costituzionale eleva a *ratio decidendi* il suo *obiter dictum*, stabilizzando così gli effetti innovativi della sua nuova giurisprudenza.

E dunque, nell'alveo di un regime che prevede la facoltà di rimettere le questioni, si colloca la nuova giurisprudenza costituzionale, che si traduce nell'ammissibilità, in punto di rilevanza, di *alcune*<sup>19</sup> questioni sollevate con riferimento al diritto dell'Unione.

I numeri dei rinvii e delle rimessioni sono ancora piuttosto esigui e non consentono di tracciare tendenze giurisprudenziali consolidate, indicanti una netta preferenza per una Corte, piuttosto che per un'altra. Forse l'unico *trend* che inizia a delinearsi riguarda la preferenza del Giudice amministrativo a far uso del rinvio pregiudiziale, cui però non corrisponde una propensione del Giudice ordinario ad adire la Corte costituzionale.

Tra i rinvii pregiudiziali interpretativi attivati dai giudici italiani in ipotesi in cui rilevano norme della Carta dei Diritti si rinviene la recente – ma già molto nota e commentata – ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598 del 2020.

Il rinvio pregiudiziale sottende una complessa questione di giurisdizione sorta nell'ambito di un ricorso per Cassazione *ex art.* 111, ottavo comma,

<sup>18</sup> Cfr. Cass., sentenza 17 maggio 2018, n. 12108. L'*obiter dictum* viene considerato una “proposta metodologica” e come tale non vincolante (pt. 13 della parte in diritto).

<sup>19</sup> A titolo d'esempio si v. l'ord. n. 52 del 2019. In quest'ultimo caso la Corte costituzionale dichiara la questione manifestamente inammissibile, in quanto il giudice *a quo* nella sua valutazione non aveva tenuto in considerazione la norma di una direttiva dotata di effetti diretti, che poteva applicarsi immediatamente in luogo di quella interna.

Cost., che le Sezioni Unite decidono di “non decidere”, preferendo invece sollecitare sul punto il giudizio del Giudice dell’Unione (in senso concorde al rinvio TESAURO 2020, NASCIMBENE–PIVA 2020, GRECO 2020; mentre maggiori criticità vengono evidenziate da SANDULLI 2020, TROPEA 2020, TRAVI 2020, BIN 2020).

L’aspetto sicuramente singolare, e senza precedenti, concerne il coinvolgimento del Giudice dell’Unione su una questione interpretativa di una disposizione costituzionale, l’art. 111, ultimo comma, Cost., così come risultante dalla interpretazione della Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018 (con i commenti di TRAVI 2018 e SIGISMONDI 2018). In quest’ultima pronuncia la Corte ha escluso che dall’art. 111, comma 8, Cost. (letto a sistema con il comma 7 del medesimo articolo) si possa ricavare in via interpretativa la nozione *dinamica* di “giurisdizione”, avallata dalle Sezioni Unite (sui precedenti delle SSUU, per tutti, SANDULLI 2020). E pertanto la Corte costituzionale “chiudeva” il suo giudizio dichiarando «l’inammissibilità della questione sollevata per difetto di rilevanza, in ragione della mancanza di legittimazione del giudice a quo» (sent. n. 6 del 2018, pt. n. 17).

In altri termini, si esclude che il giudizio della Cassazione, adita su una questione di giurisdizione, possa estendersi sino a ricomprendere gli *errores in procedendo* e *in iudicando*. Ciò anche nell’eventualità in cui tale mezzo di impugnazione venga utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con quanto statuito, sempre in via pretoria, dalla Corte di Giustizia (peraltro, senza che a nulla rilevi che la violazione dell’Unione emerga da una sentenza della Corte di Giustizia precedente o successiva alla decisione del Consiglio di Stato).

Questo è lo scenario che fa da sfondo ai primi due quesiti pregiudiziali interpretativi. Con il primo si chiede «[s]e gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell’articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362 primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice del processo amministrativo [...]», che «si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva [...]» che, di fatto, impediscono alle Sezioni Unite di rilevare e rimuovere *in ultima istanza* una violazione del diritto UE.

Mentre il secondo quesito, fondato sugli stessi presupposti del primo, sollecita l’intervento interpretativo della Corte di Giustizia al fine di chiarire

se le Sezioni Unite possano ritenersi ‘giudice di ultima istanza’ laddove, adite per decidere sulla questione di giurisdizione, rinvenivano una violazione del diritto UE da parte del Consiglio di Stato, che ha omesso di operare il rinvio pregiudiziale (sul tema del rinvio pregiudiziale, nel presente volume, si v. CAPUOZZO 2021).

In definitiva, le Sezioni Unite mirano, da un lato, ad ottenere la possibilità di *disapplicare* una disposizione costituzionale, per come interpretata dal suo “interprete autentico” (CARAVITA 2020), dall’altro, a mettere in discussione la natura di ‘giudice di ultima istanza’ del Consiglio di Stato. Se letta in questi termini, non può non evidenziarsi il carattere *conflittuale* dell’ordinanza Cassazione, che probabilmente sarebbe stato attenuato se fosse stata rimessa nuovamente la questione al Giudice delle Leggi, lasciando (eventualmente) a questi la possibilità di adire la Corte di Giustizia.

Concludendo con le parole di Bin, «se la Corte di Giustizia cadrà nella trappola [delle Sezioni Unite], accettando oltretutto di occuparsi di una questione che è palesemente di esclusivo diritto interno, Taricco non resterà un caso isolato nella storia della giurisprudenza» (BIN 2020, 10).

## 5. Notazioni conclusive

La codificazione al livello europeo di un *corpus* normativo di diritti fondamentali ha segnato profondamente la natura stessa dell’Unione Europea, la cui legittimazione, ora, non deriva più solo dall’integrazione attraverso i mercati e la moneta unica, ma anche, “*come passaggio ineludibile*” (RODOTÀ 2001, 59), dall’integrazione attraverso i diritti.

Protezione dei diritti che, ora, «*varca i confini nazionali e si immerge in una realtà sempre più complessa che, da un lato, riesce ad ampliare lo spazio di tutela, ma dall’altro raramente garantisce in via autonoma risposte univoche e soddisfacenti*» (D’AMICO 2017, 3).

Ed infatti, in questa realtà “complessa” la tutela non si caratterizza solo per la sua esplicazione su più livelli, ma anche per il fatto che presuppone (*rectius* impone) un significativo grado di integrazione tra i livelli stessi.

In quest’ottica occorre che vengano privilegiati tutti gli strumenti di ricordo, primo fra tutti il *dialogo* tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia attraverso cui viene assicurata la garanzia dei diritti fondamentali. Ciascuna Corte può, per parte sua, contribuire alla costruzione di un *comune diritto costituzionale europeo*, volto a rafforzare la “connessione inscindibi-

le”<sup>20</sup> che deve legare i diritti e i principi fondamentali costituzionali ed europei. Riducendo le possibilità che tra le due Corti si attivi un infruttuoso “garantismo competitivo”<sup>21</sup>, in luogo del ben più auspicato *garantismo cooperativo*.

## 6. Riferimenti bibliografici

- AMALFITANO C. 2019, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, p. 25 ss.
- ANZON DEMING A. 2019, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 1417 ss.
- BARBERA A. 2017, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, p. 1 ss.
- BIN R. 2020, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi* (18 novembre 2020).
- BRONZINI G. 2019, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un orientamento della Corte di Giustizia?*, in *QuestioneGiustizia* (4 marzo 2019).
- CAPUOZZO V. 2021, *Dialogo orizzontale e verticale tra le Corti: un nuovo ruolo per il rinvio pregiudiziale?*, in questo volume.
- CARAVITA B. 2020, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, Postilla a S. BARBARESCHI - L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi* (4 novembre 2020).
- CARTABIA M. 2009, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 5(01), p. 5 ss.
- CATALANO S. 2019a, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte Costituzionale*, in *Federalismi*, n. 10/2019, p. 2 ss.
- CATALANO S. 2019b, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n.4/2019, p. 157 ss.

<sup>20</sup> Cfr. Corte cost ord. n. 182 del 2020, pt. 3.2. del *Considerato in diritto*, primo cpv.

<sup>21</sup> L'espressione è di G. SORRENTI 2014.

- D'AMICO M. 2009, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e "tono costituzionale"*, in M. D'AMICO, P. BILANCIA (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè Editore, 2009.
- D'AMICO M. 2020, *L'Europa dei diritti: tra "aperture" e "chiusure"*, in A. PÉREZ MIRAS, G. M. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA, M. P. IADICICCO (a cura di), *Setenta años ae Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, BOE, p. 403 ss.
- D'AMICO M. E. 2017, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, n. 3/2017.
- GALLO D. – NATO A. 2020, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale*, in *Eurojus*, n. 4/2020, p. 308 ss.
- GALLO D. 2019, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte Costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Riv. AIC*, n. 1/2019, p. 220 ss.
- GRECO G. 2020, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *Eurojus*, n. 4/2020, p. 73 ss.
- GROPPI T. 2021, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Federalismi*, n. 3/2021, p. 128 ss.
- GUAZZAROTTI A. 2017, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (18 dicembre 2017).
- LEONE S. 2019, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte Costituzionale*, online in *Riv. AIC*, n. 3/2019, p. 642 ss.
- LEONE S. 2020, *In che direzione va la nuova giurisprudenza costituzionale sui casi di violazione di diritto fondamentale a doppia tutela?*, C. CARUSO – F. MEDICO – A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, p. 111 ss.
- LEONE S. 2021, *I rischi di un dialogo senza ordine (in margine a Corte cost., sent. n. 254/2020)*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, p. 183 ss.
- MASTROIANNI R. 2014, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 4089 ss.
- NARDOCCI C. 2020, *Il diritto al giudice costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- NASCIMBENE B. – PIVA P. 2020, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di Giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *GiustiziaInsieme* (24 novembre 2020).

- ONIDA V. 2015, *A cinquant’anni dalla sentenza «Costa/ENEL»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/ENEL: Corte Costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant’anni dopo*, Milano, p. 29 ss.
- RANDAZZO B. 2021, *Il ‘riaccentramento’ del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in *Federalismi*, n. 3/2021, p. 144 ss.
- RODOTÀ S. 2001, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. MANZELLA – P. MELOGRANI – E. PACIOTTI – S. RODOTÀ (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001.
- ROMBOLI R. 2018, *Dalla “diffusione” all’“accentramento”: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale (Nota a Corte cost. 31 maggio 2018, n. 115)*, in *il Foro italiano*, p. 2226 ss.
- ROMBOLI R. 2019, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po’)*. In dialogo con il Ruggierpensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”, in *Consultaonline* (26 novembre 2019).
- ROMBOLI R. 2020, *Il sistema di costituzionalità tra momenti di accentramento e momenti di diffusione*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, fasc. n. 2/2020, p. 1 ss.
- RUGGERI A. 2018a, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell’Unione, dal punto di vista della Corte di Giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 1/2018, p. 267 ss.
- RUGGERI A. 2018b, *Colpi di fioretto della Corte dell’Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3/2018, p. 99 ss.
- RUGGERI A. 2019, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto intero con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline* (23 febbraio 2019).
- RUGGERI A. 2020, *Sliding doors per la “doppia pregiudizialità” (traendo spunto da Corte App. Napoli, I Unità Sez. lav., 18 settembre 2019, in causa n. 2784 del 2018, XY c. Balga)*, in *GiustiziaInsieme* (25 maggio 2020).
- SANDULLI M.A. 2020, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020* in *GiustiziaInsieme* (30 novembre 2020).
- SCACCIA G. 2017, *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte Costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 2948 ss.
- SCACCIA G. 2018, *L’inversione della doppia pregiudiziale nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017 presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 gennaio 2018.

- SCODITTI E. 2018, *Giudice costituzionale e giudice comune di fronte alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo la sentenza costituzionale n. 269 del 2017*, in *il Foro it.*, 2018, p. 406 ss.
- SIGISMONDI G. 2018, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 122 ss.
- SORRENTI G. 2014, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale*, in *Consultaonline* (giugno 2014).
- TESAURO G. 2020, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *Federalismi*, n. 34/2020, p. 237 ss.
- TRAVI A. 2018, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc. n. 3/2018, p. 111 ss.
- TRAVI A. 2020, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Il Foro.it* (12 ottobre 2020).
- TROPEA G. 2020, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass. Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *GiustiziaInsieme* (7 ottobre 2020).
- VIGANÒ F. 2019, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. n. 2/2019.
- ZAGREBELSKY G. 2002, *Intervento in I costituzionalisti e l'Europa: riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, p. 531 ss.



CONFLICTO DE LEYES, INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL  
Y DEMOCRACIA MAYORITARIA:  
LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA ENCRUCIJADA.

FRANCISCO ORTEGA CANDELA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El ideal del legislador democrático y sus quiebros. – 3. La compleja relación entre regla de la mayoría e integración supranacional. – 4. El conflicto de leyes en el Estado compuesto y el criterio de la legitimidad democrática. – 5. El importante papel de los Tribunales Constitucionales en la resolución de conflictos entre centros decisorios. – 6. Conclusiones.

## 1. Introducción

Con este trabajo pretendemos esbozar un problema, evidenciado en los términos que le dan título, así como proponer una posible solución al mismo. El problema consistiría en el difícil encaje entre democracia parlamentaria mayoritaria e integración de los Estados en organizaciones supranacionales; la propuesta de solución pasará por reafirmar el papel de los Tribunales Constitucionales en la inevitable colisión entre centros decisores estatales y los propios de la organización supranacional.

La razón de que hallamos formulado el problema de esta manera es la siguiente: la idea de democracia es compleja y su realización se ha buscado a través de muy diversos métodos. Una buena parte de la doctrina a nivel internacional ha defendido que la toma de decisiones a través de mayoría simple en sede parlamentaria es la que más se acerca al ideal de la democracia como autogobierno; este hondo debate, conocido como objeción contramayoritaria, somete a crítica la mayoría de los ordenamientos constitucionales actuales dotados de mecanismos contramayoritarios, como las reformas agravadas de la Constitución o el control de constitucionalidad de las leyes en manos de los jueces.

Sin embargo, en muchas ocasiones la teoría se acaba encontrando con serios problemas en su aplicación práctica, y el de la integración de los Estados en organizaciones supranacionales no es el menor de ellos.

Sin perjuicio de que sea más o menos deseable profundizar en la democracia mayoritaria para la toma de decisiones en los Estados nacionales, debemos preguntarnos cómo puede coexistir esta tendencia con el ya men-

cinado fenómeno de integración de aquellos en entidades más grandes, así como dar una respuesta a los problemas que pudieran surgir entre los centros decisorios de los Estados y de la organización internacional.

En efecto, en la actualidad la idea del Estado-nación como centro decisorio único ha dado paso a un nuevo paradigma donde aquellos, a través de la integración en organizaciones internacionales o la suscripción de tratados junto a otros estados, buscan la resolución de ciertos problemas en los que la intervención unilateral del Estado se ha constatado insuficiente. Esta situación afecta en mayor o menor grado a la autonomía de los estados en general, y de sus legislaturas en particular.

En concreto afecta a la propia idea de la democracia que podemos manejar, algo que queda claro cuando se intenta contextualizar este fenómeno de integración con la eterna discusión en torno a la objeción contramayoritaria. ¿Qué ocurre cuando llevamos esta teoría a la práctica de la integración de los Estados en organizaciones supranacionales?

Pues bien, en orden a intentar hallar una respuesta a todas estas cuestiones, quizá sea conveniente volver la vista sobre dos experiencias que cuentan ya con un sólido recorrido en los modernos Estados constitucionales. Nos referimos, por un lado, al fenómeno de descentralización de los Estados, de signo contrario al de la integración internacional pero estrechamente relacionado con el mismo en su despliegue y consecuencias; y por otro lado, al control de constitucionalidad de las leyes, como institución capaz de zanjar conflictos de manera definitiva entre los distintos poderes decisorios del Estado.

Así las cosas, en el segundo apartado de este artículo analizaremos las complejidades en torno al ideal del legislador democrático mayoritario y lo pondremos en relación con ciertos quiebros con que se encuentra a la hora de su traslación práctica. En el tercer apartado trataremos la compleja relación entre regla de la mayoría e integración supranacional, que será puesta en relación, ya en el apartado cuarto, con el no menos problemático conflicto de leyes en el Estado compuesto y el criterio de la legitimidad democrática. En el quinto apartado abordaremos, finalmente, el papel que en la solución de los problemas descritos cabe otorgarle a las Cortes Constitucionales.

En estos momentos de profundo cambio es quizá más necesario que nunca replantear nuestras instituciones estatales más arraigadas e intentar acomodarlas a las expectativas de una ciudadanía que ve con cierta desconfianza a la Unión Europea. Cumplir con dichas expectativas debe pasar, sin duda, por aumentar la capacidad de decisión de los ciudadanos en la toma de decisiones; pero también por asegurar herramientas que encaucen jurídicamente los conflictos entre la Unión y los Estados Miembros.

## 2. El ideal del legislador democrático y sus quiebros

En la polémica sobre el significado de la democracia ha hecho fortuna la conocida discusión en torno a la llamada “objeción contramayoritaria”. Dos son, en realidad, las objeciones que se plantean. La primera de ellas afecta tan solo a las Constituciones rígidas que exigen mayorías reforzadas para su revisión y se plantea qué es lo que justifica que la minoría pueda bloquear la voluntad de reforma de la mayoría (FERRERES COMELLAS, 2000: 31). La exigencia de mayorías reforzadas privilegiaría el *statu quo* y daría mayor valor al voto de la minoría (LINARES, 2008: 48; BAYÓN, 2000: 73). Por el contrario, aquellas constituciones que establecen un procedimiento agravado de reforma pero que sujetan la decisión final a la regla de la mayoría no incurrirían en este sesgo a favor de la minoría.

La segunda objeción, que ha sido denominada “intertemporal” (LINARES, 2008: 48), afecta a todas las constituciones rígidas, cualquiera sea su grado, y se plantea qué es lo que justifica que las generaciones futuras se vean sujetas por lo que decidieron las generaciones pasadas en un texto que aquellos no tuvieron oportunidad de aprobar (JEFFERSON, 1987: 24; RUIPÉREZ ALAMILLO, 1992: 236). Ante esto, incluso aquellas constituciones con un grado mínimo de rigidez que veíamos más arriba, es decir, aquellas que sólo exigirían que la reforma constitucional se hiciese de manera expresa pero sin ninguna diferencia con el procedimiento legislativo ordinario, ceden ante la objeción, pues incluso esa exigencia puede comportar costes políticos que privilegien el mantenimiento del *statu quo* (LAPORTA, 2001: 481).

En puridad, solo una Constitución totalmente flexible es capaz de dar cuenta de la objeción contramayoritaria en sus dos dimensiones, pero entonces estamos ya ante un escenario donde la confusión entre poder constituyente y poderes constituidos puede llegar a hacer extremadamente dificultosa la propia identificación de la Constitución (BRYCE, 2015: 9-10; ARAGÓN REYES: 25-26).

Sin embargo, como es sabido, tanto en Estados Unidos como en la Europa posterior a la Segunda Guerra Mundial, la rigidez ha sido considerada como un requisito indispensable con el que asegurar la supremacía constitucional, por lo que prácticamente la totalidad de los ordenamientos prevén procedimientos más o menos reforzados para modificar la Constitución (AJA, 1998).

Para los defensores de la objeción contramayoritaria, sin embargo, el mejor procedimiento de adopción de decisiones colectivas es el parlamentario mayoritario, por ser el único que respeta la igual dignidad de todos los indi-

viduos y el derecho a que su opinión tenga el mismo valor que la de cualquier otro. Pero esta idea queda incompleta si no hacemos referencia a las premisas sobre las que se sostiene.

Para ello debemos partir de la obra del autor que más atención le ha dedicado a este complejo problema en los últimos años, WALDRON. El profesor neozelandés parte necesariamente de sociedades en las cuales el contexto es el siguiente: a) existe una legislatura que funciona de modo razonablemente bien, que es representativa y cuyos miembros han sido elegidos democráticamente; b) existe un poder judicial en buena forma, políticamente independiente y cuyos miembros no han sido elegidos democráticamente; c) existe una cultura política basada en el reconocimiento de los derechos y libertades individuales por la mayor parte de la sociedad; y d) existe un trasfondo de desacuerdo entre los miembros de la sociedad sobre la configuración de los derechos (WALDRON, 2006).

Dejaremos de lado las tres últimas precondiciones para centrarnos exclusivamente en la primera, la atinente al legislador. WALDRON asume una sociedad democrática en la que a través de elecciones periódicas celebradas por sufragio universal de los mayores de edad se elige a una legislatura consistente en un cuerpo deliberativo de cierta magnitud, acostumbrado a lidiar con asuntos difíciles, incluidas políticas sociales y de justicia. Este legislador toma sus decisiones a través de un debate y votación públicas, e incluye ciertas salvaguardas, como el bicameralismo, varias rondas de debate y votación, o el escrutinio de comités. Es, en definitiva, una institución que conecta formal o informalmente con la sociedad, y donde sus miembros se consideran a sí mismos activamente como representantes del pueblo que los ha elegido. Asume también la existencia de partidos políticos donde los distintos miembros de la cámara están integrados y que en muchos casos defienden un programa que excede las preferencias particulares de los electores (WALDRON, 2006).

Según el citado autor, ninguna de estas asunciones es controvertida. Es más, han sido extraídas del modo en que las legislaturas democráticas operan usualmente. Y sin embargo, la institución parlamentaria, forma en que operan las legislaturas, ha estado desde su mismo origen en el punto de mira, y sigue estándolo (ASTARLOA, 2017). La predominancia del Gobierno en el uso de la iniciativa legislativa, las delegaciones legislativas, la lentitud de los parlamentos y su incapacidad para dar respuesta a las nuevas necesidades de unas sociedades cada vez más complejas y donde se necesitan respuestas rápidas, los procedimientos legislativos en comisión o de urgencia y, en fin, el juego de las mayorías en el Estado de partidos que acaba por convertir al parlamento en muchas ocasiones en una cámara convalidatoria de la acción

del Gobierno; estos, decimos, son problemas que afectan a las legislaturas y que, a fin de cuentas, desbaratan en cierta medida las asunciones de WALDRON, pero sin que por ella quepa subestimar el papel central de aquella institución.

Las legislaturas siguen siendo, sin duda, el órgano más representativo, aquel elegido directamente por el pueblo, y el más adecuado para dar voz a los distintos intereses presentes en la sociedad. El parlamento es, pues, el lugar donde se residencia el pluralismo político y que legitima a su través la acción normativa primaria del Estado, pero no ya por el especial valor epistémico que cabría esperar del procedimiento legislativo mayoritario, sino por su potencialidad para dar voz a todos. Y ello porque el tradicional modo de operar de las cámaras en el que el diputado era el protagonista y donde, a través del debate y la publicidad, se iban puliendo las ideas hasta cristalizar en la solución idónea, ha sido sustituido por el protagonismo de los partidos y la dicotomía mayoría-minoría, donde la centralidad de la ley en el ordenamiento y, por tanto, el fundamento constitucional de su vinculatoriedad, se explica más por la consagración de la posibilidad de la alternancia política que por su especial valor epistémico (AZPITARTE SÁNCHEZ, 2014).

Pero si hay una dificultad especialmente aguda con la que se encuentra la objeción contramayoritaria a la hora de defender su modelo de legislador capaz de tomar por mayoría de votos cualquier decisión, es el encaje dentro de una visión más amplia del ámbito de la democracia. Para saber a qué nos referimos con la expresión «ámbito de la democracia» debemos explicar antes dos cosas.

El fundamento de fondo de un sistema democrático se consagra en el principio según el cual toda persona tiene derecho a decidir sobre aquello que le afecta. Pero este principio puede referirse a tres tipos de decisiones. En primer lugar, tendríamos la capacidad para tomar decisiones simples o de primer nivel, aquellas que tienen un efecto directo en la realidad. En segundo lugar, tendríamos la capacidad para decidir sobre qué decidir; son decisiones de segundo nivel que no afectan directamente a la realidad, pero sí al ejercicio del derecho a decidir y que, por tanto, son presupuesto básico de las decisiones de primer nivel. Y en tercer lugar tendríamos la capacidad de decidir sobre el marco en el que se va a desarrollar el actuar democrático; son decisiones de tercer nivel que se erigen en presupuesto básico de las decisiones de primer y segundo nivel. Pues bien, las decisiones de tercer nivel serían las que conforman el ámbito de la democracia (RUIZ MIGUEL, 1989, 103-106).

Una de las maneras de describir el ámbito de un sistema político, como es la democracia, es mediante los tres elementos que tradicionalmente se han atribui-

do al Estado, es decir: la población, el territorio, y la forma de organización jurídica. En cuanto a la población, la cuestión que surge es la de qué personas deben decidir, y sobre qué personas se debe decidir; en el plano del territorio la cuestión que se plantea es dónde se deben tomar las decisiones políticas (¿exclusivamente a nivel estatal, también en ámbitos infra o supraestatal?); y, en fin, en cuanto a la forma de organización jurídica, nos preguntamos por el cómo se deben tomar las decisiones y sobre qué materias (RUIZ MIGUEL, 1989).

La construcción waldroniana está obviamente comprometida con la realización del valor último de la democracia que representa el hecho de que las personas puedan decidir sobre todo aquello que les afecta. Presenta un modelo, una forma de organización jurídica, a través de la cual todos los ciudadanos mayores de edad pueden elegir a unos representantes, que pueden tomar decisiones en los tres niveles que hemos explicado arriba, haciendo uso de la regla que mejor respeta el peso político e igual dignidad de cada individuo: la regla de la mayoría. Pero el problema es que esta construcción presupone una concreta comunidad de afectados y deja de lado importantísimos problemas de ámbito de la democracia.

En efecto, la identificación de aquellos que van a decidir y el ámbito al que afectará la decisión que se va a tomar son cuestiones que, por razones lógicas, no pueden ser establecidas por el procedimiento democrático. Son dos aspectos que deben estar necesariamente determinados antes de que se inicie el proceso democrático (LAPORTA, 2001). Y lo mismo puede decirse sobre la cuestión acerca de quienes son los titulares del derecho a participar. Como afirma LAPORTA, “la respuesta a la pregunta «¿quién debe votar» no puede ser sino que debe votar aquel que «tenga derecho a votar», lo que significa que ese derecho es anterior al procedimiento”. Y entonces tenemos que echar mano de razones sustantivas con las que poder perfilar los rasgos que definen a los titulares del derecho a participar antes de que el procedimiento democrático pueda ponerse en marcha. Y esto, como nos advierte el autor, crea la paradójica situación de tener que atrincherar ciertos derechos: “Y el mejor modo de hacerlo [definir a los titulares del derecho a participar] es mediante un haz de derechos individuales basados en una concepción sustantiva, no procedimental, de esos derechos. Pero si esos derechos son necesarios para la existencia de un procedimiento tan importante, parecería lógico que los protegiéramos del funcionamiento mismo del procedimiento situándolos en un espacio donde el mecanismo democrático no tuviera fácil acceso” (LAPORTA, 2001, 480).

No es esta, sin embargo, la única paradoja a la que se enfrenta la objeción contramayoritaria. En lo que sigue no nos vamos a centrar, aunque también

tengan su importancia, en cuestiones de población (¿deben votar los extranjeros o solo los nacionales? ¿qué ocurre con los discapacitados o los menores de edad?), sino, como ya avanzamos en la introducción, en las de territorio. Razones de diverso tipo, de entre las que sobresale el principio de subsidiariedad, pero también factores históricos o identitarios, han llevado a que muchos Estados, por un lado, adopten una forma descentralizada y, por otro, se integren en organizaciones supranacionales. En ambos casos se forma un nuevo *demos*, una nueva comunidad de afectados que actúa de manera superpuesta al *demos* estatal o primario, y entre ellos se establecen relaciones a las que la objeción contramayoritaria debe dar encaje. En los próximos dos apartados nos vamos a dedicar a analizar ambos problemas por separado.

### **3. La compleja relación entre regla de la mayoría e integración supranacional**

En la actualidad, la idea del Estado-nación como centro decisorio único ha dado paso a un nuevo paradigma donde aquellos, a través de la integración en organizaciones internacionales o la suscripción de tratados junto a otros estados, buscan la resolución de ciertos problemas en los que la intervención unilateral del Estado se ha constatado insuficiente. Esta situación afecta en mayor o menor grado a la autonomía de los Estados en general, y de sus legislaturas en particular.

La experiencia más completa de integración en una organización internacional en nuestro entorno, y posiblemente a nivel mundial, es la ejemplificada por la Unión Europea. Como es sabido, los Estados Miembros ceden parte de sus competencias legislativas a la Unión, que a partir de entonces pasa a ejercerlas con un nivel mayor o menor de intensidad. La integración europea se ha regido desde sus orígenes por un criterio de división de funciones entre la política, y la racionalización de la economía. A los Estados les sigue correspondiendo la articulación del pluralismo, donde la ley ocupa un lugar especial, el aseguramiento de los derechos fundamentales, el diseño de la política redistributiva a través de las potestades presupuestaria, tributaria y social, así como la función de ejecutar el derecho comunitario. La Unión, en cambio, se originó y sigue estando inspirada por la idea de organizar un mercado interior, desarrollado a través de las garantías a las libertades fundamentales vinculadas a la libre circulación y en la defensa de la competencia (AZPITARTE SÁNCHEZ, 2014).

Estas son las razones estructurales que han llevado a que la toma de deci-

siones ordinarias en la Unión no se realice a través de un procedimiento legislativo democrático inspirado en la dicotomía mayoría-oposición. El procedimiento legislativo de la Unión está inspirado en la idea de difuminar las diferencias y potenciar el consenso. La conexión entre el momento electoral y la dirección política se ve interceptada por la necesaria intervención del Consejo Europeo y de los Estados en el nombramiento del Presidente de la Comisión y del colegio de comisarios, respectivamente; por el intergubernamentalismo, que reconoce potestad de veto a los Estados;<sup>1</sup> y por el diseño general del procedimiento legislativo ordinario, que antes del Tratado de Lisboa era llamado muy gráficamente procedimiento de codecisión (GARZÓN CLARIANA, 2015). La cuestión que se nos plantea inevitablemente es, en fin, hasta qué punto es esto compatible con la objeción contramayoritaria.

Si entendemos la regla de la mayoría y de todas las presunciones de las que trae causa, como abierta al cambio, es decir, que esa misma regla es susceptible de ser modificada, entonces la decisión de ceder competencias legislativas a una organización que las va ejercer mediante un procedimiento no democrático o, al menos, no mayoritario, quedaría justificada por el solo hecho de que tal cesión haya sido acordada por mayoría.<sup>2</sup> Pero si, por el contrario, la entendemos como una regla cerrada al cambio, entonces la decisión de ceder esas competencias debería quedar supeditada a que la organización cesionaria fuera a ejercerlas mediante un procedimiento democrático capaz de cumplir con las exigencias de la teoría contramayoritaria.

Pero aun en caso de que esto fuera así, nos encontraríamos con un segundo problema. Y es que la legislatura cesionaria ya no estaría representando tan solo a los individuos del Estado cedente, sino también a los del resto de Estados integrantes. Estaríamos ante un nuevo *demos*, cuya legitimidad decisoria habría de buscarse quizá, no ya solo en el procedimiento de adopción de decisiones, sino también en el respeto a una infalible regla de subsidiariedad que nos permita saber que aquellas decisiones están afectando realmente si no a todos, si al menos a una buena parte de aquellos que lo conforman.

<sup>1</sup> Aunque el intergubernamentalismo ha ido perdiendo peso sigue siendo de aplicación en la reforma del derecho originario y en los procedimientos legislativos especiales, así como en las decisiones necesitadas de aprobación constitucional estatal.

<sup>2</sup> Es lo que ocurre en España, donde el artículo 93 de la Constitución, específicamente creado para permitir la adhesión de España a las entonces llamadas Comunidades Europeas, establece que «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución».



Y aun cumpliéndose estas dos condiciones: ¿qué ocurre con el inevitable conflicto que puede surgir entre los dos centros decisorios? Los productos normativos resultantes de uno y otro estarían dotados de una misma legitimidad democrática desde el punto de vista de la objeción contramayoritaria. ¿No estaremos quizá ante un caso en el que la revisión judicial tendría todo el sentido, garantizando que la distribución de competencias entre los Estados y la organización internacional no quede al albur de la voluntad de las distintas legislaturas sin que tal distribución se reforme expresamente? Y es que, en definitiva, la integración de los Estados en organizaciones internacionales, suponen un serio desafío a la hora de conciliar la democracia mayoritaria con el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

#### **4. El conflicto de leyes en el Estado compuesto y el criterio de la legitimidad democrática**

El esquema waldroniano que expusimos en el segundo apartado se amolda perfectamente a las organizaciones políticas donde hay un único centro decisor con capacidad legislativa. Sin embargo, la situación es mucho más compleja en los Estados compuestos. Este tipo de comunidades se caracteriza porque, junto al ente central, se prevén otros entes periféricos dotados de autonomía. Lo que aquí más nos interesa es la posibilidad de que esos entes periféricos se organicen institucionalmente al modo del ente central, con legislaturas elegidas democráticamente y que toman sus decisiones por mayoría. En estos casos nos encontramos ante un desdoblamiento de la ley, y ambas, tanto la estatal como la periférica, gozan del mismo régimen jurídico, diferenciándose tan solo por su eficacia territorial y por su ámbito competencial.<sup>3</sup>

En los Estados compuestos es inevitable el conflicto de leyes, y para resolverlo no podemos echar mano de criterios de legitimidad democrática, ya que ambas son expresión de una mayoría. Ante este escenario, el modelo propugnado por los defensores de la objeción contramayoritaria se enfrenta a un dilema. Independientemente del grado de rigidez de la Constitución, o

<sup>3</sup> Así es entendido, por ejemplo, en España, donde todas las Comunidades Autónomas se han dotado de parlamentos que ejercen la potestad legislativa en las competencias que la Constitución y los Estatutos les otorgan. El modo en que la ley estatal y autonómica se relacionan es a través del principio de competencia. Al respecto puede CONSULTARSE DÍEZ PICAZO (1989) y JIMÉNEZ ASENSIO (2001).

incluso aunque esta sea flexible, la distribución de competencias legislativas prevista debe ser respetada, bajo pena de que la misma vaya cambiando a golpe de ley periférica invasiva y contraley central, o viceversa. No se trata solo de garantizar la estabilidad del ordenamiento y el principio de seguridad jurídica, sino también de respetar las razones de eficacia, subsidiariedad o de oportunidad política que han llevado a establecer un reparto competencial.<sup>4</sup>

Ante un conflicto de leyes dotadas de igual legitimidad la respuesta final habrá de ser necesariamente jurídica, determinando qué ley debe aplicarse en perjuicio de las demás (AZPITARTE SÁNCHEZ, 2014). Las soluciones que se adoptan pasan por dar al legislador central la potestad de desplazar la ley periférica -o permitirle, al menos, una intervención paliativa en ámbitos que, siendo a priori competencia del ente periférico, suscitan problemas de discriminación- o en remitir la respuesta al poder judicial, con o sin suspensión de la ley impugnada. Y ante esto, cabe preguntarse, ¿cuál sería la respuesta más acorde con la objeción contramayoritaria?

## **5. El importante papel de los Tribunales Constitucionales en la resolución de conflictos entre centros decisorios**

La respuesta que parece más acorde con el respeto al carácter democrático de las legislaturas y sus leyes sería la de derivar el conflicto a un tercero. Y aquí es donde aparecen los jueces. No podemos olvidar que, para KELSEN, “es ciertamente en el Estado federal en donde la justicia constitucional adquiere la más grande importancia”. El respeto al límite constitucional que supone la distribución de “competencias entre la Federación y los Estados-miembros es una cuestión políticamente vital en el Estado federal, donde los

<sup>4</sup> Que incluso en los casos en que la constitución sea flexible deban respetarse los procedimientos y, en particular, el reparto de competencias, es algo que necesita de alguna explicación. Guastini ha defendido que la superioridad jerárquica de las constituciones flexibles sobre la ley es posible. La razón que ofrece es que “el legislador puede cambiar las normas constitucionales sobre el procedimiento legislativo, pero no puede violarlas hasta que no las haya cambiado”, puesto que una cosa es una “norma que deroga (tácitamente) otra norma precedente” y otra cosa es “una conducta que viola una norma” (GUASTINI, 2001, 51-52). Según entiendo, lo que el autor pretende señalar es que, en una constitución flexible, el procedimiento legislativo no puede considerarse tácitamente reformado por el mero expediente de aprobar una ley que se haya apartado del mismo. Por tanto, si una legislatura decide legislar sobre un asunto que no es de su competencia sin reformar previamente el reparto, nos encontraríamos ante una ley inválida, y no ante una reforma tácita de la constitución.

conflictos de competencia dan lugar a luchas apasionadas. En el Estado federal, más que en ningún otro lado, se hace sentir la necesidad de una institución objetiva que resuelva estas luchas de modo pacífico; es menester un tribunal ante el cual estos litigios pueden ser sometidos como problemas jurídicos y resueltos como tales; en suma, es necesario un Tribunal Constitucional; ya que toda invasión de la competencia de la Federación por un Estado-miembro, así como toda invasión a la competencia de los Estados-miembros por parte de la Federación, es una violación de la Constitución federal que hace de la Federación y de los Estados-miembros una unidad total”.<sup>5</sup>

En efecto, la existencia de un tribunal capaz de zanjar los conflictos de competencias como problemas jurídicos parece la opción más adecuada. De la misma manera que se predica el valor intrínseco de la regla de la mayoría para zanjar desacuerdos sobre el contenido de los derechos al no privilegiar ninguna opción, podemos ver también un valor intrínseco en el ejercicio de la revisión judicial en conflictos de competencias al no privilegiar, por principio, una ley sobre otra.<sup>6</sup>

Estados que no prevén un control de constitucionalidad de las leyes, como Países Bajos y Nueva Zelanda, son unitarios. O en el especial ejemplo de estado unitario que representa el Reino Unido, donde desde que en 1998 se procedió a la descentralización de los poderes legislativos y ejecutivo, se ha consagrado la predominancia del Parlamento de Westminster.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> La idea de que el control de constitucionalidad de las leyes está especialmente justificado en estados federales ha sido también defendida por WHITTINGTON (2002) y por MCGINNIS y SOMIN (2004). Estos últimos autores ofrecen una justificación alternativa, considerando que, a falta de control de constitucionalidad, los incentivos que las legislaturas federales y locales tienen para mantenerse en los límites de la distribución de competencias son muy débiles.

<sup>6</sup> Esto ha sido criticado por LINARES, que aduce no encontrar ningún incentivo especial en los jueces que les lleve a resguardar la estructura de un Estado, si tan siquiera están sujetos a procesos electorales. Es más, añade, una rápida mirada a la jurisprudencia de las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales «muestra que éstas normalmente protegen los intereses del gobierno federal, de manera que ni siquiera hay buenas evidencias para pensar que la revisión judicial verdaderamente sirva para asegurar la defensa de los intereses locales» (LINARES, 2008, 81). Pero es que aquí ya no estamos hablando del valor instrumental del control judicial, sino de su valor intrínseco. De la misma manera que de la regla de la mayoría se predica su especial valor intrínseco, lo que la haría más adecuada para obtener un mayor valor instrumental, aunque luego esto pudiera no ser así.

<sup>7</sup> El llamado proceso de devolución, que se inició con la *Scotland Act 1998* y posteriormente se extendió a Gales e Irlanda del Norte, se hizo con el reconocimiento expreso de que el Parlamento de Westminster no perdía su soberanía. Ante eso Lord Sewel expresó sus espe-

En definitiva, y volviendo ya al ámbito de la construcción europea, tenemos que a falta de una infalible regla de subsidiariedad, el conflicto, en este caso entre los Estados y la Unión Europea, será inevitable; algo que ni siquiera la plena profundización en la democratización del procedimiento legislativo comunitario solucionaría, sino que más bien agregaría otro problema: pues pensemos que en el caso de que ambos centros decisores legislaran sin que en ninguno de los ordenamientos existieran mecanismos contramayoritarios, la invasión de competencias podría decidirse por mera mayoría simple y no sería susceptible de control, propiciando quizá un ir y venir entre decisiones.

De ahí la importancia, que estamos intentando demostrar, que se le puede otorgar a los jueces, incluso en el modelo más extremo de democracia mayoritaria. Los jueces velarían por el cumplimiento de los tratados, evitando que las legislaturas tomaran decisiones contrarias a los mismos, entretanto no fueran expresamente denunciados.

En este sentido conviene destacar la famosa propuesta de WEILER, consistente en la creación de un tribunal mixto compuesto por jueces de los Estados miembro y de la UE, y cuyo cometido sería solucionar los posibles conflictos de competencia entre el ordenamiento jurídico europeo y los ordenamientos jurídicos nacionales (1997: 150). Esta propuesta ha sido recientemente rescatada por su autor, en colaboración con SARMIENTO (2020a), y ha abierto un interesante debate en el que se ha llegado a proponer la conveniencia de que el tribunal mixto que defienden los citados autores funcione en dos direcciones, de manera que pueda tanto anular leyes comunitarias, como las leyes de los Estados que no respeten la distribución de competen-

ranzas de que se estableciera una convención por la que el Parlamento de Westminster normalmente no legislaría sobre los asuntos descentralizados sin contar con el consentimiento del Parlamento de Escocia. Con el tiempo esto llevó al reconocimiento de la *Legislative consent motion*, también conocida como *Sewel motion* en honor al Lord que la había expuesto, en un instrumento informal (*Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements Between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers, and the Northern Ireland Executive Committee*), cuyo texto es, en realidad, bien expresivo de la capacidad de decisión última que se reserva el Parlamento de Westminster: “14. *The United Kingdom Parliament retains authority to legislate on any issue, whether devolved or not. It is ultimately for Parliament to decide what use to make of that power. However, the UK Government will proceed in accordance with the convention that the UK Parliament would not normally legislate with regard to devolved matters except with the agreement of the devolved legislature. The devolved administrations will be responsible for seeking such agreement as may be required for this purpose on an approach from the UK Government*”. Con posterioridad se ha incorporado esta cláusula en las reformas de 2016 de la *Scotland Act* y de 2017 en la *Wales Act*.

cias (WILER y SARMIENTO, 2020b). En efecto, a la hora de asegurar la recta distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados que la conforman, un tribunal de las características propuestas contribuiría a complementar la labor de los Tribunales Constitucionales nacionales, y actuaría también como cierre del sistema.

## **6. Conclusiones**

En la actualidad, y a la vista de la situación política mundial, ha proliferado el debate en torno a los peligros que se ciernen sobre las bases en que se han construido las modernas democracias liberales. En este escenario se da la paradoja de que el poder del que disponen los Tribunales Constitucionales para anular las leyes se ve, por un lado, como algo exorbitante y que aleja al pueblo de la toma real de decisiones, creando desafección; pero por otro lado, y ante la irrupción de los llamados populismos, los Tribunales constitucionales se perciben también como el último baluarte de las democracias liberales y de los derechos de los ciudadanos. Así las cosas, quizá sea ahora más importante que nunca clarificar cual es el verdadero poder que tienen los jueces de la constitucionalidad y su lugar en la democracia.

Junto a este fenómeno nos encontramos también con el no menos importante de la integración de los Estados en organizaciones supranacionales; fenómeno este en el que despunta la Unión Europea. Las competencias que los Estados miembros han cedido a aquella institución son numerosas y el conflicto entre centros decisorios es una posibilidad que tenderá a agravarse si, finalmente, se profundiza en el carácter federalista de la construcción europea. Ante este escenario se impone buscar soluciones que, inevitablemente, pasarán por la posibilidad de fiscalizar la obra de los legisladores, ante los diversos quiebros con que se enfrenta la llamada objeción contramayoritaria.

En definitiva, los Tribunales Constitucionales pasan por ser el órgano más adecuado para poner fin de manera definitiva a los conflictos que puedan entablarse entre distintos centros decisorios, sin privilegiar a ninguno de estos. En este sentido conviene tener en cuenta la propuesta consistente en la creación de un tribunal mixto en el seno de la UE compuesto por jueces de los Estados miembro y jueces comunitarios, y cuyo cometido sería solucionar los posibles conflictos de competencia entre el ordenamiento jurídico europeo y los ordenamientos jurídicos nacionales

### Referencias bibliográficas

- AJA, E. (1998) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Madrid.
- ARAGÓN REYES, M. (1986) “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 50.
- ASTARLOA, I. (2017). *El parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, Iustel, Madrid.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2014) “La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado”, *Fundamentos*, núm. 8.
- BAYÓN, J.C. (2000). “Derechos, democracia y constitución”, *Discusiones*, núm. 1.
- BRYCE, J. (2015) *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DÍEZ PICAZO, L.M. (1989) “Ley autonómica y ley estatal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25.
- FERRERES COMELLAS, V. “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23.
- GARZÓN CLARIANA, G. (2015). “El Parlamento Europeo y la evolución del poder legislativo y del sistema normativo de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50.
- GUASTINI, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México.
- JEFFERSON, T. (1987) *Autobiografía y otros escritos*, Tecnos, Madrid.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2001). *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- KELSEN, H. (2011). “La garantía jurisdiccional de la constitución. (La justicia constitucional)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15.
- LAPORTA, F.J. (2001) “El ámbito de la constitución”, *Doxa*, núm. 24.
- LINARES, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid.
- MCGINNIS, J. Y SOMIN, I. (2004) “Federalism vs. State’s rights: a defense of judicial review in a federal system”, *Northwestern University Law Review*, vol. 99, núm. 1.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J.R. (1992) “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 75.

- RUIZ MIGUEL, A. (1989). “Problemas de ámbito de la democracia”, *Doxa*, núm. 6.
- WALDRON, J. (2006). “The core of the case against judicial review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6.
- WEILER, J.H.H. (1997) “The European Union Belongs to Its Citizens: Three Immodest Proposals”, *European Law Review*, vol. 22, núm. 1.
- WEILER J.H.H and Sarmiento D. (2020a) “The EU Judiciary After Weiss - Proposing a New Mixed Chamber of the Court of Justice”, *EU Law Live*, núm. 1.
- WEILER J.H.H and Sarmiento D. (2020b) “The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice: A Reply to Our Critics”, obtenido en <https://www.ejiltalk.org/the-eu-judiciary-after-weiss-proposing-a-new-mixed-chamber-of-the-court-of-justice-a-reply-to-our-critics/>
- WHITTINGTON, K. (2002) “An «indispensable feature»? Constitutionalism and judicial review”, *Journal of legislation and public policy*, vol. 6, núm. 1.





**SEZIONE SESTA**

**L'EUROPA AI TEMPI DEL COVID-19**



LA PERSONA E IL CITTADINO  
NELLO SPAZIO COMUNE EUROPEO DEL DOPO PANDEMIA

IDA ANGELA NICOTRA

La pandemia ha segnato pesantemente la vita del mondo contemporaneo. Nell'era della paura e della chiusura le società subiscono profondi cambiamenti. Il bisogno delle persone di sentirsi al sicuro supera spesso il desiderio di libertà e le leggi emergenziali per contrastare oggi l'emergenza sanitaria, nascono autorizzando misure in deroga ai diritti fondamentali.

L'Unione europea è stata tra le aree del mondo più colpite dalla seconda offensiva del virus e ha attraversato uno dei momenti più complessi dalla fine del secondo conflitto mondiale.

Anche nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione europea il diritto alla sicurezza e il diritto alla salute trovano spazio in un delicato bilanciamento. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel capo dedicato alle libertà, proclama il diritto di ogni individuo alla sicurezza, analogamente alla Convenzione Edu, secondo cui *“ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza”*. Anoverata tra i valori forti del moderno costituzionalismo, la sicurezza costituisce un diritto super primario, la cui tutela è in grado di legittimare la limitazione di altri diritti fondamentali. Il bisogno di sentirsi al sicuro acquista progressivamente un ruolo centrale nella cornice valoriale sia a livello interno, sia sovranazionale.

Ai sensi dell'art. 20 TFUE il cittadino dell'Unione Europea *“ha il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi”*. La libertà di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, declinazione del riconoscimento della cittadinanza europea, deve fare i conti con i flussi migratori, le minacce terroristiche e le crisi sanitarie.

Durante la crisi sanitaria, la libera circolazione è stata limitata, sia pur con differenti graduazioni, in tutti gli Stati membri mediante il confinamento obbligatorio o raccomandato e il divieto di spostamenti non essenziali. La maggior parte degli Stati appartenenti allo spazio Schengen ha ripristinato i controlli alle frontiere o le ha chiuse a determinati tipi di viaggiatori, compresi cittadini dell'UE.

Come ha fatto notare anche il Parlamento europeo, tali misure sono state adottate in “*una palese mancanza di coordinamento tra gli Stati e le istituzioni dell’Unione*”.

In particolare, il Parlamento europeo ha invitato la Commissione europea a esercitare un adeguato controllo sull’applicazione dell’*acquis* di Schengen, a valutare le misure già adottate dagli Stati membri e a migliorare la sua comunicazione con il Parlamento sul modo in cui esercita le sue prerogative a norma dei trattati.

Di fronte ad un fenomeno di insolita drammaticità, la risposta è avvenuta da parte di ogni singolo Stato con legislazioni d’emergenza che hanno comportano pesanti restrizioni dei diritti fondamentali, a cominciare proprio dalla libertà di circolazione e soggiorno, per garantire salute e sicurezza dei cittadini.

All’Europa è stato richiesto uno sforzo condiviso, una politica di coordinamento per far fronte alla emergenza sanitaria che porta con sé una disastrosa crisi economica.

La Commissione europea si è impegnata per la costruzione dell’Unione europea della salute con una serie di proposte per rendere più resilienti i sistemi sanitari dell’UE e intensificare gli sforzi comuni nella lotta contro la pandemia e le future emergenze sanitarie.

La dimensione solidaristica viene ancora una volta evocata, come succede in tutte le fasi difficili, per l’assunzione di decisioni condivise a tutela della salute e dei diritti economici dei cittadini. Come prevede il Trattato sul funzionamento dell’Unione, per contrastare le situazioni di pericolo o di emergenza l’Unione e gli Stati devono agire congiuntamente in uno spirito solidale (art. 122). Malgrado il non facile cammino dell’integrazione europea, intralciato dalla complessità dei processi decisionali, nei periodi emergenziali la coesione tra le Nazioni costituisce il collante per il perseguimento dei diversificati interessi che inevitabilmente si trovano in tensione con un’azione coordinata e condivisa da parte degli Stati membri.

È stato fatto giustamente osservare da Antonio Ruggeri come l’Unione Europea, durante la prima ondata di pandemia, abbia presentato “*vistose, complessive carenze ed un ingiustificato ritardo nell’adozione delle misure richieste dall’emergenza*”.

Eppure, è proprio al cospetto del potente virus che l’Europa sembra aver saputo ritrovare se stessa, le sue origini di organizzazione nata per l’integrazione dei popoli. Il *Next Generation Eu* rappresenta la risposta dell’Unione alla sfida emergenziale.

Il Pacchetto per la ripresa dal Covid-19, il c.d. *Next Generation Eu*, è un piano per la ripresa adottato dalla Commissione europea e concordato dal

Parlamento europeo e dai leader dell'Ue. Il provvedimento è stato pensato come aiuto agli Stati membri per uscire dalla crisi pandemica. Si tratta di uno strumento temporaneo elaborato per stimolare la crescita e costituisce il più cospicuo pacchetto di misure economiche mai finanziato dall'Unione. L'accordo raggiunto in sede di Consiglio andrà a rafforzare programmi specifici nel quadro del bilancio a lungo termine per il periodo 2021 – 2027, per un totale di 750 miliardi di finanziamenti di prestiti e sovvenzioni per sostenere le riforme e gli investimenti effettuati dagli Stati membri.

Diversamente da quanto accadde con la crisi finanziaria del 2012 in cui prevalsero vecchi schemi politici ed economici. L'Europa si è lasciata alle spalle gli egoismi nazionali, che spesso hanno avuto la meglio e impedito il perseguimento di una politica rivolta a soddisfare le istanze dei cittadini europei.

Come ha osservato il Presidente Mattarella nel tradizionale messaggio di fine anno, dinanzi alla crisi di salute pubblica si è imposta l'Europa dei cittadini e dei valori comuni.

I Governi dei singoli Stati sono stati chiamati ad elaborare dettagliate linee guida di voci spesa nazionali e programmi di riforme, per stabilire progetti e investimenti da realizzare con le risorse europee. L'impegno prioritario è quello di rafforzare i sistemi sanitari nazionali e contenere l'impatto socioeconomico del Coronavirus.

Sul fronte del piano di vaccinazione a tutta la popolazione, indispensabile per porre fine alla pandemia, l'Unione e gli Stati membri hanno messo in campo una strategia comune, sia in termini di accessibilità economica, sia di prossimità fisica, in modo che tutti i cittadini abbiano accesso a vaccini sicuri ed efficaci contro il Covid e le sue varianti. Per la prima volta nella sua storia l'Europa si è assunta un impegno imponente a favore di tutta la popolazione con un programma di vaccinazione di massa che ha avuto inizio nello stesso giorno in tutto il territorio dell'Unione. L'obiettivo è quello di vaccinare in tempi rapidi almeno 80% della popolazione dell'UE. Il volto solidale dell'Europa si è manifestato anche nei confronti dei Paesi terzi più bisognosi; gli Stati membri si sono impegnati a donare almeno 100 milioni di dosi di vaccino contro il Covid entro la fine del 2021.

In Italia è stato elaborato il c.d. *Piano Nazionale di ripresa e resilienza*, cioè il programma di investimenti, presentato alla Commissione europea nell'ambito del *Recovery Plan*.

Nel rispetto delle prerogative costituzionali, il Piano sul *Recovery* è stato sottoposto alle Camere, l'unica sede appropriata per valutare le scelte sul modo di destinazione delle risorse che servono a ridurre l'effetto sociale ed

economico della pandemia, sostenere la transizione verde e digitale, innalzare il potenziale di crescita dell'economia e la creazione di maggiori livelli occupazionali, realizzare una rete di infrastrutture strategiche per unire il Paese da Sud a Nord.

I fondi europei dovranno essere impiegati nel rispetto di specifiche raccomandazioni: investire sulla trasformazione digitale e sulla crescita sostenibile, sul miglioramento dell'efficienza della pubblica amministrazione e del sistema giudiziario e attivare politiche di bilancio tali da essere considerate prudenti nel medio termine e garantire una più ampia sostenibilità del debito pubblico.

Il Next Generation Eu, con la ricchissima dote di risorse a disposizione degli Stati membri e dei cittadini dell'Unione, può rappresentare un'opportunità senza precedenti per il rilancio della costruzione europea e per il ruolo delle istituzioni comunitarie.

Insomma, il dopo pandemia potrebbe costituire una tappa fondamentale verso la realizzazione del progetto dell'Europa dei popoli più libera e unita. Proprio come la immaginarono nel 1941 Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi durante il periodo di confino nell'isola di Ventotene.

### **Bibliografia essenziale**

CERRINA FERONI G., *Diritti e libertà fondamentali alla prova del virus*, in *Nazione futura* n. 10/2020.

CIPOLLA C.M., *Contro un nemico invisibile*, Bologna 1985.

*Costitucion e integrazion europea, Derechos fundamentales y sus garantias jurisdiccionales*, a cura di G. M. Turiel Lozano, A. Perez Miras, E.C. Raffiotta, Madrid 2017.

CUENCA MIRANDA A., *Alarma "excepcional"* in *Papeles faes fundacion*, n. 236/2020.

DE MINICO G., *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli 2016.

FROSINI T.E., *Le libertà costituzionali nell'emergenza costituzionale, in teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano 2008.

GIUFFRÈ F., NICOTRA I.A., PATERNITI F., *Diritto Pubblico e Costituzionale*, Torino 2021.

JEMOLO A.C., *I problemi pratici delle libertà*, Milano 1972.

LEVÌ B. H., *Il nemico rende folli*, Milano 2020

MARAZZITA G., *Definizione e modelli*, Milano 2003.

MORBIDELLI G., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna 1995.

NICOTRA I.A., *Pandemia Costituzionale*, Editoriale scientifica, 2021.

*Per un'Europa libera e unita, Il Manifesto di Ventotene*, Senato della Repubblica italiana, Roma 2017.

Parlamento europeo, *Risoluzione su Impatto delle misure connesse alla Covid -19 sulla democrazia, sui diritti fondamentali e sullo stato di diritto*, 13 novembre 2020.

RAFFIOTTA E., *Norme d'ordinanza, Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna 2019.

RAGANELLI B., *Stato di emergenza e tutela dei diritti e libertà fondamentali*, in *Diritto dell'economia* n. 3/2020.

RUGGERI A., *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti Regionali*, 21 marzo 2020.





I POTERI EMERGENZIALI DEL GOVERNO NELLA PANDEMIA:  
TRA FATTO E DIRITTO UN MOTO PERPETUO  
NEL SISTEMA DELLE FONTI\*

EDOARDO C. RAFFIOTTA

SOMMARIO: 1. Emergenza e diritto: quando l'“essere” prevale sul “dover essere”. – 2. Nascita e (graduale) trasformazione del peculiare ordinamento emergenziale di contrasto della pandemia. – 3. La prima fase dell'emergenza e il modello a “fattispecie aperta”. – 4. La seconda fase e la particolare attenzione ai rapporti tra Governo e Parlamento. – 5. I successivi decreti e la stabilizzazione ordinamentale dell'emergenza pandemica. – 6. I Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e la loro riconducibilità alle ordinanze emergenziali. – 7. I DPCM e la “fattispecie aperta” come disciplina dell'emergenza. – 8. Una tendenza non solo italiana: centralità del Governo e degli atti amministrativi emergenziali nel diritto comparato. – 9. La regola dell'emergenza e la frustrazione del giurista.

**1. Emergenza e diritto: quando l'“essere” prevale sul “dover essere”**

Spesso i giuristi sottovalutano il rilievo che il fatto, o meglio, i fatti hanno sul diritto. Prassi, consuetudini, fatti normativi, sono istituti che dimostrano il rilievo giuridico di ciò che accade. Talvolta i fatti vengono minimizzati, ignorati, inducendo perfino diffidenza in alcuni giuristi. Specialmente in chi intende il diritto come un ordine scritto, chiaro e regolare.

Eppure, le summenzionate formule descrivono istituti che si impongono nell'ordinamento giuridico, indirizzando, influenzando e adeguando il medesimo verso necessità concrete<sup>1</sup>. Di “forza normativa del fatto” parlava Georg Jellinek<sup>2</sup>. *Ex facto oritur ius*<sup>3</sup> scriveva Cesarini Forza<sup>4</sup>: entrambi indicavano quel fenomeno – naturale – che interessa quella parte dell'ordinamento giu-

\* Relazione alla II Sessione del Seminario di Studi “Emergenza, Costituzionalismo e Diritti fondamentali”, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 4 dicembre 2020, dedicata a “Emergenza e Governo- Pubblica Amministrazione”.

<sup>1</sup> Una diversa prospettiva, ispirata a premesse ascrivibili al normativismo, si ritrova in R. BIN, in corso di pubblicazione.

<sup>2</sup> G. JELLINEK, 1921, 518.

<sup>3</sup> Forse più correttamente *ius oritur*. Si veda A.X. FELLMETH, M. HORWITZ, 2011, 93.

<sup>4</sup> W. CESARINI SFORZA, 1930, I, 87 ss. Ma si veda anche O. CONDORELLI, 1931, 585 ss.

ridico che subisce i fatti<sup>5</sup>. I fatti si impongono sull'ordinamento formale immaginato, registrando comportamenti ripetuti nel tempo, che creano regole tendenzialmente finalizzate ad assecondare bisogni sociali<sup>6</sup>.

Lo si comprende forse meglio negli ordinamenti di *common law*, nei quali, come noto, queste formule descrivono istituti principali della loro tradizione giuridica. Ma che – a prima vista, forse – sono più difficili da integrare in ordinamenti riconducibili alla tradizione di *civil law*, dove si prova a disegnare regole volte a disciplinare (predeterminandoli) fatti e comportamenti<sup>7</sup>.

Per comprendere tale rapporto tra fatto e diritto, pare utile richiamare la relazione che passa tra “essere” e “dover essere”<sup>8</sup>. Il dover essere è l'ordinamento predefinito e formalizzato nelle fonti scritte. L'essere è il fatto. Essere e dover essere non sempre coincidono, anche se il dover essere descrive una realtà (o almeno ci prova). Inevitabilmente, però, l'essere influenza sempre il dover essere. Non se ne può prescindere, salvo – parlando di fonti formali e fatti – lasciare una disposizione astratta e inattuata<sup>9</sup>.

Tale premessa è utile per meglio comprendere il rapporto tra diritto ed emergenza. L'emergenza, invero, rappresenta la massima espressione di un fatto che si impone sull'ordimento e piega le fonti scritte alla necessità di dare una risposta a cui l'ordinamento non sempre riesce a fornire riscontro attraverso i suoi strumenti ordinari, predeterminati.

Studiare “l'emergenza – e cioè il fatto che rompe la regolarità della vita sociale che il diritto cerca di descrivere con il linguaggio che gli è proprio – intesa come fonte dell'eccezione diventa, per forza di cose, un discorso

<sup>5</sup> Così G. MORBIDELLI, 2019. Al contrario, M. AINIS, 2007, 308 ss., ha considerato tale fenomeno negativamente: indice di una tendenza verso “l'autoritarismo”.

<sup>6</sup> Sul punto si veda G.U. RESCIGNO, 1972, in particolare, 20. Sul tema, però, con particolare riferimento al rapporto tra prassi e fatti normativi, l'A. è poi tornato in A. BARBERA-T.F. GIUPPONI, 2008, 583 ss. Per una più ampia ricostruzione delle teorie e dei principali fatti normativi v. G. DEMURO, 2003, 57 ss.; Q. CAMERLENGO, 2006, 345 e ss.

<sup>7</sup> E infatti non è un caso che anche il nostro abbia una forte torsione verso ordinamenti di *common law*. Sul punto si veda tra gli altri A. PIZZORUSSO, 2005, 1 ss.; T.E. FROSINI, 2015, 63 ss.

<sup>8</sup> È questa la suggestiva immagine evocata da A. BARBERA, *Intorno alla prassi*, in A. BARBERA-T.F. GIUPPONI, cit., 9, parlando di comportamenti ripetuti in via di fatto, dando vita a prassi giuridicamente rilevanti.

<sup>9</sup> Del resto, come spesso accade nel nostro ordinamento. Ad esempio, osservando le non poche disposizioni inattuata della Costituzione o quelle che hanno appunto subito attuazioni adeguatrici in via di prassi, per cui si rinvia a A. BARBERA, 2016, in particolare, 87 ss. Sul punto, con particolare riferimento alla Forma di Governo si veda il recente e intelligente studio monografico di Y. CITINO, 2021.

sull'ordine giuridico, e sul potere che ne sta a fondamento: solo, visto a contrario. L'eccezione, insomma, prova l'esistenza del sistema attraverso la forza del fatto compiuto"<sup>10</sup>.

Tale rapporto tra fatto e diritto, tra necessità e regola, deve essere – come meglio si argomenterà – tenuto presente, in particolare, quando si analizza l'apparato normativo sorto gradualmente – e gradualmente mutato – in risposta all'emergenza pandemica manifestatasi nei primi mesi del 2020. Una disciplina non sempre razionale, ma che ricalca i modelli emergenziali del passato, nel solco della tradizione del nostro ordinamento. Allo stesso tempo, però, un sistema che presenta elementi di novità che sembrano creare un apparato regolatorio parallelo di risposta all'emergenza, rispetto alle altre normative emergenziali non abrogate ma, allo stato, oggetto di deroga, come – tra gli altri – il TU della protezione civile del 2018.

Un sistema oggi molto criticato, ma che molto probabilmente influenzerà il nostro ordinamento anche in futuro.

Del resto, non bisogna dimenticare come il nostro ordinamento emergenziale sia nato in risposta a uno dei più gravi episodi dei primi del '900: a seguito del tragico terremoto di Messina e Reggio Calabria<sup>11</sup>. Anche allora la dottrina si interrogava ed era divisa tra chi contestava gli interventi del Governo privi di legittimazione formale legislativa e chi – come, tra gli altri, Santi Romano<sup>12</sup> – li giustificava<sup>13</sup>. Discipline che anche allora insistevano tal-

<sup>10</sup> A. MANGIA, recensione a E.C. RAFFIOTTA, 2019, 477 ss. Sul rapporto tra fatto ed emergenza si veda anche A. MANGIA, 2020.

<sup>11</sup> Il terremoto di Messina e Reggio Calabria – con i provvedimenti adottati a seguito di tale eccezionale situazione di emergenza – rappresenta il momento in cui si pone davvero in epoca statutaria il problema dell'emergenza e dei poteri per fronteggiarla. L'eccezionalità dell'evento tellurico spinse il Governo di allora ad adottare provvedimenti di emergenza (ordinanze e decreti), per lo più in deroga alla legge, privi di qualsiasi forma preventiva di autorizzazione legislativa, salvo la successiva sanatoria giunta solo dopo circa quattordici giorni con la l. 12 gennaio 1909, n. 12. In un contesto con poche previsioni di legge, nel quale i poteri emergenziali erano per lo più legati a prassi e consuetudini, si sviluppa un dibattito, anche dottrinale, ancora attuale. In tal senso F. GIUFFRÈ, 2001, 118 ss.

<sup>12</sup> Dell'influenza che il fatto ha sull'ordinamento giuridico, M. FIORAVANTI, 2001, 60 ss., ha ben messo in evidenza la stretta connessione che passava tra Jellinek e Romano, giuristi in forte sintonia, e con un merito su tutti: aver "riscoperto la 'società' contro il dominante positivismo giuridico di stampo statualistico".

<sup>13</sup> Per una ricostruzione delle varie teorie dell'epoca sia consentito rinviare a E.C. RAFFIOTTA, cit., 29 ss.

volta su diritti costituzionali, in forza dell'emergenza – appunto – qualificata come fonte del diritto<sup>14</sup>.

Sulla fonte dell'emergenza nel mutato contesto costituzionale si tornerà nel prosieguo. Ora ci pare utile, però, mettere subito l'accento sulla constatazione che l'eccezionale sistema emergenziale – nato in risposta all'emergenza pandemica – va contestualizzato nel particolare momento storico senza precedenti. Un evento difficilmente immaginabile, e impreveduto dall'ordinamento. Uno di quegli eventi che avranno inevitabilmente conseguenze sul futuro (anche dell'ordinamento medesimo), e che potrà abrogare il vigente sistema emergenziale o intervenire anche prevedendo una disciplina costituzionale dell'emergenza, di cui in passato non si sentiva l'esigenza. Difficile capire cosa accadrà, ma di certo il diritto dell'emergenza non sarà più quello che abbiamo conosciuto<sup>15</sup>.

## **2. Nascita e (graduale) trasformazione del peculiare ordinamento emergenziale di contrasto della pandemia**

Ciò che colpisce osservando l'ordinamento speciale sorto per contrastare la pandemia da Covid-19 è l'incredibile numero nonché l'eterogeneità dei provvedimenti adottati, non solo dal Governo e dalle amministrazioni statali, ma altresì da parte di Regioni e Comuni (*ex* art. 32 legge n. 833/1978, art. 117 d.lgs. n. 122/1998, art. 50 d.lgs. n. 276/2000)<sup>16</sup>, anche esse susseguendosi con cadenza spesso giornaliera e incidendo su diritti e libertà, creando – quanto meno per la loro pluralità – incertezza e probabilmente anche qualche problema di disparità<sup>17</sup>.

Tuttavia, in continuità con il passato, ancora una volta, la regola dell'emergenza è stata rimessa ad atti amministrativi (o come diremo meglio, a ordinanze emergenziali), che operano come atti normativi<sup>18</sup>, derogando a

<sup>14</sup> S. ROMANO, 1909, 251 ss. Si vedano anche i commenti di V. POLACCO, 1909, e S. LONGHI, 1909, 137 ss.

<sup>15</sup> Lo dice bene A. D'ALOIA, 2020, 1 ss., altresì richiamando "la lezione di Capograssi" e in parte riprendendo il celebre scritto di G. CAPOGRASSI, 1950, 177 ss., che certo si riferiva a un contesto completamente differente, ma che in comune a quello odierno presenta la voglia di rinascita e reazione di una società che ancora una volta cerca nel diritto lo strumento per fornire risposte.

<sup>16</sup> Si v. il completo *Dossier* di C. DRIGO, A. MORELLI, su [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it).

<sup>17</sup> G. TROPEA, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2020.

<sup>18</sup> A. MANGIA, 2019.

fonti primarie, e in alcuni casi riconfermano altresì diritti costituzionalmente previsti. Ancora una volta, trovando conferma le normative e le prassi applicate sino ad oggi nelle più o meno gravi emergenze del passato, ma che certo (è evidente) in questa occasione si distinguono per numero e latitudine di intervento<sup>19</sup>.

Invero, in questa sede, ci si limiterà ad analizzare i soli principali interventi del Governo e in particolare i discussi Decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, anche perché molti degli argomenti che vanno a sostegno della loro legittimità formale possono essere riprodotti in taluni casi anche per i provvedimenti *extra ordinem* adottati da Regioni e Comuni<sup>20</sup>.

Tale sistema emergenziale delle fonti appositamente creato in risposta alla pandemia da covid-19 è stato sin dall'inizio oggetto di numerose contestazioni in dottrina<sup>21</sup>. Ovviamente però non sono mancate posizioni – anche se non esenti da critiche – che lo hanno considerato come un assetto, certo peculiare, ma in linea con la normativa emergenziale del nostro ordinamento<sup>22</sup>. Un complesso di fonti emergenziali, invero, che ha costruito un sistema parallelo rispetto a quello vigente. Sistema vigente al quale – si dirà meglio tra poco – il Governo avrebbe potuto comunque ricorrere anche in tale occasione, invece di derogarvi.

Un sistema parallelo che può essere classificato per più fasi, muovendo inizialmente dal ricorso al vigente codice della protezione civile, che gradualmente viene adeguato alle circostanze di fatto attraverso decreti-legge.

Il contenuto di questi decreti è assai eterogeneo. Molti di questi sono finalizzati ad introdurre misure economiche e finanziarie. In questa sede ovviamente ci soffermeremo solo su quei decreti-legge di tipo ordinamentale, che hanno inciso in particolare sul sistema delle fonti e sui rapporti tra Poteri costituzionali<sup>23</sup>. Decreti volti anzitutto a contrastare la diffusione del virus e

<sup>19</sup> A. D'ALOIA, 2020.

<sup>20</sup> Nel trattare tali argomenti, però, resta ancora oggi valida l'avvertenza con la quale S. ROMANO, 1909, cit., 251 ss. – si apprestava ad analizzare le discusse misure governative dell'epoca: “ognuno sa che in siffatta materia tanto delicata che tocca i supremi principii e le basi stesse del nostro ordinamento costituzionale tutto è incerto”.

<sup>21</sup> Alla luce della vastissima letteratura a commento di tale normativa, tra le numerose posizioni critiche, sia consentito il rinvio al recente saggio monografico di I. NICOTRA, 2021, 56 ss.

<sup>22</sup> Anche in questo caso, tra i numerosissimi scritti, ci si limita a rinviare a M. LUCIANI, 2020.

<sup>23</sup> A. MANGIA, in corso di pubblicazione su Rivista AIC, riprendendo il celebre scritto di C. MEZZANOTTE, 1991, 50 ss., opportunamente enfatizza la necessaria relazione tra l'ordine

ridurre il contagio, incidendo in molti casi su discipline costituzionali. Misure eccezionali adottate in deroga al regime emergenziale ordinario, al fine, soprattutto, di coinvolgere il Parlamento nelle scelte adottate attraverso – in un primo momento – dei decreti-legge convertiti, che hanno autorizzato gli atti normativi secondari, poi – successivamente – anche tramite il coinvolgimento delle Camere nelle singole misure adottate con DPCM. Ma andiamo con ordine.

### 3. La prima fase dell'emergenza e il modello a "fattispecie aperta"

I primi interventi del Governo per il contrasto dell'epidemia virale, come noto, hanno inizio con la dichiarazione dello stato di emergenza *in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili* a seguito di delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020. A quel tempo l'epidemia interessava il solo territorio straniero, apparendo come "un problema lontano". A partire da tale dichiarazione, però, nei mesi a seguire, sono state emanate numerose ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione Civile, nonché ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>24</sup>. Tutti provvedimenti di cui non si può dubitare della legittimità formale, essendo stati adottati in ossequio, in particolare, agli articoli 5, 25, 26 e 27 del TU della protezione civile d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (che raccoglie una normativa collaudata, a partire dalla l. 24 febbraio 1992, n. 225, negli anni più volte riformata).

Si diceva, il Governo avrebbe potuto continuare a condurre l'emergenza attraverso questo tipo di atti in forza appunto della normativa emergenziale vigente – tra l'altro di recente aggiornata – di cui al TU di protezione civile<sup>25</sup>. Invece, all'aggravarsi dell'emergenza il Governo ha preferito approvare una serie di decreti-legge, poi in parte adeguati e abrogati lungo il corso dell'evoluzione della pandemia. In tal senso, è bene enfatizzare come in questi decreti si possa individuare un'evoluzione classificabile in diverse fasi, gradualmente sempre più attente non solo al rispetto del principio di legalità,

delle fonti" e l'"ordine delle legittimazioni politiche", premessa indispensabile prima di qualsiasi ragionamento su un sistema delle fonti.

<sup>24</sup> Consultabili su <http://www.governo.it/it/coronavirus-normativa>.

<sup>25</sup> E. CATELANI, 2020, 727 ss., rileva giustamente come il TU di protezione civile "avrebbe dovuto costituire il punto di riferimento giuridico per tutta la fase successiva e che, invece, ha seguito una procedura diversa da quella contenuta nel codice".

inteso in senso stretto, ma altresì – e soprattutto – nell’informare il Parlamento delle singole decisioni del Governo.

Al fine di mettere in evidenza tale evoluzione, pare utile partire da una attenta analisi del primo decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, che interviene in deroga alla disciplina generale del TU di protezione civile, avviando questo peculiare e parallelo sistema delle fonti emergenziali.

Questa prima fase sembra essere caratterizzata da interventi normativi a “fattispecie aperta” che potremmo qualificare “temperata”. Ma vediamo più nel dettaglio. Il decreto-legge n. 6, introducendo una prassi senza precedenti, all’art. 3 autorizzava il Presidente del Consiglio dei ministri ad adottare uno, o più decreti, su proposta del Ministro della Salute, sentiti i Ministri competenti<sup>26</sup> nonché sentiti i Presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardassero esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardassero il territorio nazionale.

Tali atti dovevano essere adottati per uno scopo preciso, circoscritto dall’art. 1: “evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un’area già interessata dal contagio del menzionato virus”. Altresì la medesima disposizione specificava che “le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all’evolversi della situazione epidemiologica.” Nello specifico poi le misure che potevano essere adottate con DPCM erano elencate nell’art. 1. Qui la dottrina, pressoché all’unanimità, ha criticato l’eccessiva genericità delle condotte limitabili previste dalla summenzionata disposizione<sup>27</sup>. Condotte come noto, in particolare, che hanno inciso su diritti di libertà. Tra le altre si ricordi ad esempio la possibilità di sospendere manifestazioni o iniziative, limitando la libertà di riunione, o ancora servizi di educazione dell’infanzia o delle scuole di ogni ordine e grado. Deroghe a procedure concorsuali e così via, molte altre attività che tutti abbiamo avuto modo di apprendere in via di diretta esperienza. Elencazione invero solo – potremmo dire – esemplificativa. Infatti, il successivo art. 2, di fatto, estendeva questo elenco, consentendo alle autorità competenti di “adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza, al fine di prevenire la diffusione

<sup>26</sup> La formula precisa all’art. 3 è “sentito il Ministro dell’interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell’economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia”.

<sup>27</sup> Per tutti A. RUGGERI, 2020.

dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1". Ovviamente è chiaro come questo articolo, consentendo di regolare attraverso DPCM "ulteriori misure di gestione dell'emergenza", invero, indefinite, ha introdotto una sorta di fattispecie aperta, con cui la fonte primaria autorizza in generale l'atto amministrativo a regolare il contesto emergenziale.

Al di là di qualsiasi considerazione, va tenuto presente un fatto oggettivo di piena legittimazione del contestato decreto: le Camere hanno convertito in legge il decreto n. 6 in soli dodici giorni, apportando modifiche marginali che non hanno alterato le contestate criticità. Anzi come è stato notato, il decreto-legge è stato approvato dal Parlamento quasi all'unanimità: 2 voti contrari alla Camera dei deputati e 5 astenuti al Senato<sup>28</sup>.

Tuttavia, al di là del summenzionato dato che dà conto dei rapporti tra Parlamento e Governo, dal punto di vista formale sulla legittimità dei contenuti del decreto – nonostante la già criticata genericità di questa disciplina – invero, per meglio poterla giudicare e valutarne la sua compatibilità con l'ordinamento giuridico, è forse utile compararla con la tradizionale disciplina in materia emergenziale, anche alla luce dei principi enucleati dalla Corte costituzionale, nonché altresì dalla giurisprudenza amministrativa.

In dottrina vi è chi ha valutato questo peculiare sistema delle fonti alla luce del più generale TU di protezione civile. Tale tipo di valutazione, però, sembra rischiare, forse, di svalutare un'emergenza che per la portata senza precedenti necessitava di un apposito e differente sistema, che come diciamo si pone in una posizione parallela rispetto al TU di protezione civile. Ma altresì si pone in parallelo ugualmente alle altre normative emergenziali già citate, anche in questo contesto applicate dai vari livelli di governo territoriale. Né pare sufficiente enfatizzare che tale sistema speciale delle fonti abbia avuto come atto iniziale la dichiarazione dello stato di emergenza ai sensi del TU di protezione civile<sup>29</sup>. Il d.l. n. 6 e i successivi decreti di natura ordinamentale hanno integrato, modificato e operato in modo complementare al TU di protezione civile, creando un rapporto di specialità. Tale apparato normativo, infatti, crea un sistema apposito e parallelo dedicato esclusivamente alla pandemia, autonomo rispetto a tutte le altre discipline emergenziali che vengono inevitabilmente toccate e che in parte completano l'apparato speciale – come visto – anche attraverso i poteri emergenziali previsti – oltre che dal TU di protezione civile, anche – dal TU enti locali o dalla legge 833 del 1978.

<sup>28</sup> V. LIPPOLIS, 2021.

<sup>29</sup> A. MANGIA, 2021.



Un sistema del tutto peculiare, dunque, che non risponde a nessuna di queste discipline, ma che si innesta nel solco delle altre normative emergenziali della tradizione giuridica italiana, rispetto alle quali nel complesso deve essere intesa la sua legittimità. Ovviamente in un contesto emergenziale assai differente rispetto a quello pandemico iniziato nel 2020<sup>30</sup>. Ma comunque utili al fine di operare una valutazione consapevole. Su questo però si preciserà tra poco.

#### **4. La seconda fase e la particolare attenzione ai rapporti tra Governo e Parlamento**

L'evoluzione della disciplina è senz'altro dimostrata dall'analisi del d.l. 25 marzo 2020, n. 19. Anzitutto il decreto corregge la criticata generalità della fattispecie aperta. Invero leggendo l'art. 1 c. 2 del d.l. n. 19, i limiti alle libertà costituzionali che i DPCM possono poi specificare sono comunque abbastanza ampi e generici<sup>31</sup>. Sicuramente meno rispetto alle indeterminate formulazioni del criticato d.l. n. 6, ma certo non sembrano comunque soddisfare chi intende in senso strettissimo il principio di legalità<sup>32</sup>, o addirittura chi ritiene che riserve come quella all'art. 16 Cost. siano assolute e non possano ammettere limitazioni se non per mezzo di una legge formale<sup>33</sup>.

Nel dettaglio alcune di tali formule risultano maggiormente circoscritte: come in materia di limiti ai servizi educativi e all'istruzione (art. 1 c. 2 l. p) o ancora delle procedure concorsuali (art. 1 c. 2 l. t). Altre invece restano più generiche, come quelle inerenti a vaste categorie dell'attività commerciale o di impresa (si veda ad esempio art. 1 c. 2 l. aa o hh). Invero non mancando anche qui formule che possono essere ritenute talmente indeterminate da risultare aperte. Sembra questo il caso, ad esempio, della formula all'art. 1 c. 3, che autorizza l'imposizione allo "svolgimento delle attività non oggetto di sospensione in conseguenza dell'applicazione di misure di cui al presente articolo". Come si dirà più avanti, però, il tema della specificazione della disciplina da parte del sistema decreto-legge e DPCM risulta un falso problema, che va risolto attraverso il rapporto tra autorizzazione primaria, intervento

<sup>30</sup> A. D'ALOIA, 2020.

<sup>31</sup> Cfr. G. AZZARITI, 2020. Analoghe critiche in A. RUGGERI, 2020, cit.

<sup>32</sup> Vedi A. LUCARELLI, 2020.

<sup>33</sup> A. CELOTTO, 2020. Ma vedi anche M. AINIS, su *la Repubblica*, 3 marzo 2020 e 19 marzo 2020.

amministrativo e fatto emergenziale, che rappresenta il vero limite dell'intervento eccezionale di urgenza. Rapporto espressamente dichiarato al primo periodo dell'art. 1 c. 2 per cui al fine di contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus Sars-CoV-2 possono essere adottate misure emergenziali straordinarie “**secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente** su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso”. Formula che introduce l'elenco di limiti a diritti di libertà previsto dal d.l., ma che resta per forza di cose mai abbastanza specificato e dettagliato. Formula, altresì, che appare come il vero parametro di legittimità di un eventuale ricorso giurisdizionale contro i singoli DPCM di attuazione<sup>34</sup>.

Tuttavia, la più rilevante tra le novità introdotte dal d.l. n. 19, a parere di chi scrive, ha riguardato altri aspetti ordinamentali, conferendo alla normativa una maggiore conformità con lo statuto definito negli anni, dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza amministrativa, in materia di atti amministrativi emergenziali. In tal senso, anzitutto, il d.l. n. 19 introduce un termine massimo di efficacia degli atti emergenziali di trenta giorni. Al contrario il d.l. n. 6 non prevedeva alcun termine, lasciando intendere che la sua durata fosse pari alla dichiarazione dello stato di emergenza. Abbiamo visto però come nella prassi l'esigenza reale di adeguamento dei DPCM ha portato in alcuni casi a repentine modifiche in pochi giorni. Adeguamento che ha interessato del resto anche la disciplina generale dei decreti-legge. Per completezza, successivamente, il d.l. 2 dicembre 2020, n. 158, ha esteso da trenta a cinquanta giorni la durata massima delle misure emergenziali<sup>35</sup>.

A bene vedere, però, sono altre e ben più importanti le novità introdotte dal d.l. n. 19, che hanno tra l'altro caratterizzato la specialità di tale sistema emergenziale, sia con riferimento ai rapporti tra Governo e Parlamento, sia con le autonomie territoriali. Entrambi interventi opportuni ed inediti nel panorama delle fonti emergenziali, ma derivanti dalla già più volte citata unicità dell'evento pandemico.

Al fine di superare le critiche all'eccessivo protagonismo del Governo a scapito del ruolo del Parlamento<sup>36</sup>, già il d.l. n. 19 nella sua originaria formulazione aveva previsto all'art. 2 c. 5 che i DPCM adottati in attuazione del decreto-legge fossero anzitutto pubblicati nella Gazzetta Ufficiale (anche qui

<sup>34</sup> Sul ruolo centrale svolto dal giudizio di proporzionalità nel caso delle ordinanze in deroga si veda A. MORRONE, in A. VIGNUDELLI (a cura di), 2009, 172 ss.

<sup>35</sup> Vedi V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, cit.

<sup>36</sup> Che però in quei mesi si riuniva a ranghi ridotti per evitare il contagio tra i Parlamentari.

colmando una grave lacuna presente nel d.l. n. 6) e fossero comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Altresì prevedendo che il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferissero ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate. Tuttavia, tale formulazione, come noto, è stata ulteriormente integrata in sede di conversione, con un emendamento di origine parlamentare, che ha rafforzato ulteriormente il ruolo del Parlamento, prevedendo al secondo periodo dell'art. 2 c. 1 che il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustri preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti emergenziali da adottare, salvo nei casi di estrema urgenza, qualora non sia possibile: in tal caso l'informativa è successiva secondo la disciplina al c. 5 già ricordata.

Tale integrazione, davvero senza precedenti nella tradizione delle normative emergenziali, ha rappresentato un momento di certo importante nel superare il criticato protagonismo del Governo a scapito del Parlamento. Invero, anche su questo si ritiene di dovere assumere una posizione di parziale dissonanza rispetto alla comune opinione. Non che tale previsione non sia opportuna, ma appare ridondante alla luce dei noti poteri di controllo ed eventualmente di revoca della fiducia già nella disponibilità del Parlamento e in particolare delle forze di opposizione. Sta di fatto – come dimostrato in un recente studio<sup>37</sup> – che tale modifica è stata seguita da una virtuosa prassi applicativa che ha fortemente rafforzato l'attività più informativa che di indirizzo del Parlamento.

Assai utile e opportuno, invece, è apparso l'intervento modificativo del d.l. n. 19 volto a coordinare i rapporti con le autonomie territoriali, che soprattutto nella prima parte dell'emergenza aveva creato non poche incertezze applicative e confusione tra i cittadini.

Il d.l. n. 19 interviene facendo una scelta di maggiore coerenza e più stringente coordinamento sia con le Regioni, che con gli enti locali. In particolare, in ambito regionale, sotto la vigenza del d.l. n. 6 le regioni avevano esercitato in modo spesso sordinato misure contraddittorie rispetto alle restrizioni definite a livello statale, anche disponendo misure di minori restrizioni. Un contrasto che talvolta ha creato una condizione di incertezza, se non di cortocircuito, rispetto al fine di limitare la diffusione del virus. Incertezza a cui si aggiungevano altresì le ordinanze in deroga alla legge dei Sindaci a livello comunale.

Al fine di ridurre tale incertezza il d.l. n. 19 circoscrive gli interventi delle regioni alle sole "misure ulteriormente restrittive", tra quelle previste dallo stesso decreto-legge e ovviamente rientranti tra le sole competenze regionali,

<sup>37</sup> V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, cit.

altresì, con l'ulteriore precisazione di evitare limitazioni alle attività produttive o di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale, come noto, già fortemente provate. Il medesimo decreto ha altresì vietato qualsiasi tipo di ordinanza comunale in deroga, indipendentemente dal contenuto<sup>38</sup>.

Tale intervento va segnalato, tra l'altro, perché conferma la specialità dell'ordinamento emergenziale appositamente sorto per il contrasto dell'emergenza pandemica. Va tenuto quindi distinto dall'ordinario sistema emergenziale previsto dalle altre normative generali, che infatti subiscono limitazioni solo ed esclusivamente agli ambiti interessati dall'emergenza covid-19. Pensiamo ad esempio alle altre emergenze che sono sorte a seguito di altri fenomeni: un'emergenza climatica o ambientale, tra i numerosissimi casi che si possono richiamare. Qui è evidente che non valgono i summenzionati limiti a Regioni e Comuni, così come opera diversamente la disciplina generale prevista del TU di protezione civile per altre tipologie di emergenza. Tale constatazione, a prima vista banale, conferma la stretta connessione tra la normativa dell'emergenza e il fatto che scatena l'emergenziale<sup>39</sup>. Una stretta attinenza che giustifica e allo stesso tempo, come tra poco meglio specificheremo, limita l'emergenza.

## **5. I successivi decreti e la stabilizzazione ordinamentale dell'emergenza pandemica**

Gli interventi successivi al d.l. n. 19 si sono limitati invece a “stabilizzare l'emergenza”<sup>40</sup>. Nonostante il passare del tempo e il venir meno dell'urgenza, da un punto di vista ordinamentale si è sostanzialmente confermato l'impianto generale del sistema delle fonti per il contrasto della pandemia. L'incertezza nel governare un fenomeno dalla non chiara entità è infatti rimasta anche nelle successive fasi, nelle quali, pur mantenendo e rafforzando il coinvolgimento del Parlamento secondo quanto già previsto dal d.l. n. 19, si è comunque ritenuto di dover mantenere la materiale gestione dell'emergenza attraverso DPCM in luogo di decreti-legge. Per meglio com-

<sup>38</sup> Tale misura riferita alle amministrazioni comunali è rimasta in vigore fino al luglio 2020 prima che il comma fosse abrogato dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

<sup>39</sup> Si veda ad esempio, tra le altre, la Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 luglio 2020 - *Dichiarazione dello stato di emergenza in relazione alla situazione di criticità ambientale nel Golfo di Follonica*.

<sup>40</sup> Si vuole qui deliberatamente rievocare il titolo di una delle principali opere in materia di fonti dell'emergenza: A. CARDONE, 2011.

prendere lo stato di particolare emergenza, e di incertezza causata dalle misure la cui repentina variazione è risultata indispensabile per il contrasto della pandemia, valgono vari episodi. Pensiamo alle riparature del periodo estivo e di quella parte della letteratura medica che riteneva “clinicamente esaurita la carica virale”<sup>41</sup>, seguito dall’inizio della seconda ondata in cui si è avuta la difficoltà di bilanciare le restrizioni alla circolazione con le riaperture delle attività economiche in vista del periodo natalizio. O, più di recente, si pensi all’incertezza derivante dalla diffusione delle cosiddette varianti del virus.

Fatta tale premessa, alla luce di tale contesto, il sistema delle fonti di risposta all’emergenza pandemica non muta in concreto. I principali interventi da segnalare derivano anzitutto dal d.l. 30 luglio 2020, n. 83, che oltre ad abrogare le limitazioni ai poteri di ordinanza dei sindaci, soprattutto, estende la dichiarazione dello stato di emergenza di altri sei mesi sino al 31 dicembre 2020, poi ulteriormente esteso dal d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, al 30 aprile 2021. Entrambi gli interventi sono intervenuti modificando il dettato dell’originario d.l. n. 19, che pertanto resta la principale fonte dell’ordinamento dell’emergenza. Tali interventi, lo si ripete, enfatizzano la peculiarità di tale ordinamento rispetto alla disciplina del TU di protezione civile che avrebbe consentito l’estensione delle misure in deroga e la proroga dello stato di emergenza semplicemente con una delibera del Consiglio dei Ministri, così come del resto avvenuto la prima volta nel gennaio 2020.

Un sistema, dunque, quello dei DPCM, che trova nel d.l. n. 19 la sua base fondamentale. Un sistema come visto assai criticato, ma che – dato più rilevante – ha prevalso in via di prassi, non subendo alcuna censura. Un ulteriore fatto non secondario sembra essere rappresentato dalla constatazione che tale sistema non è stato del tutto abbandonato dal successivo Governo, presieduto da Mario Draghi. Anzitutto va segnalato come, subito dopo l’insediamento, il Presidente abbia emanato un DPCM per regolare i rapporti sociali e contrastare la diffusione del virus<sup>42</sup>, al quale è seguito il successivo decreto-legge 13 marzo 2021, n. 30, che, però, da un canto replica misure contenute in precedenti DPCM, dall’altro rinvia a DPCM ancora in essere (come per la disciplina di chi espatria o rientra nel Paese). Un modello che francamente sembra destinato a non poter essere abbandonato se l’emergenza necessitasse nuovamente di una risposta repentina, che non può essere gestita attraverso i soli decreti-legge.

<sup>41</sup> Cfr. Zangrillo: «*Il virus clinicamente non esiste più*». E scoppia la polemica: «*Messaggi fuorvianti*», su [www.corriere.it](http://www.corriere.it), 31 maggio 2020.

<sup>42</sup> Cfr. Dpcm 2 marzo 2021.

## 6. I Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e la loro riconducibilità alle ordinanze emergenziali

Delineato il generale ordinamento sorto in risposta all'emergenza pandemica, pare a questo punto necessario soffermarsi sulla natura di tali provvedimenti, che, come detto, sembrano rientrare a pieno titolo all'interno dell'ampia e generale categoria delle ordinanze emergenziali<sup>43</sup>. Tale conclusione deriva dalla constatazione che gli attuali DPCM presentino tutti i caratteri distintivi del citato istituto giuridico. Né si può obiettare l'assenza della denominazione "ordinanza". Come già accennato, le emergenze – quelle vere, urgenti, i cui bisogni sociali mutano repentinamente e necessitano di risposte tempestive – sono sempre state gestite attraverso atti amministrativi<sup>44</sup>, autorizzati attraverso una fonte primaria. Generalmente qualificate nella prassi o dalla legislazione come "ordinanze". Invero, locuzione che non specifica – nell'ordinamento italiano<sup>45</sup> – un preciso istituto giuridico<sup>46</sup>. E che, piuttosto, racchiude una serie molto vasta di atti formalmente amministrativi che in comune presentano il presupposto dell'urgente necessità di affrontare una situazione eccezionale ai sensi di legge, oltre a legittimare l'ordinanza a regolare il generico ambito di competenza attraverso un particolare potere (*extra ordinem*) in taluni casi anche in grado di derogare alla legge stessa, in altri di andare *praeter legem*, o perfino *contra legem*<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit.

<sup>44</sup> A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, cit., mette giustamente in evidenza come il protagonismo degli atti amministrativi significativi naturalmente protagonismo dell'amministrazione, per il suo particolare ruolo costituzionale e nelle sempre attuali tesi dell'originarietà del potere amministrativo.

<sup>45</sup> A causa dell'indeterminatezza dell'oggetto, della disciplina, ma soprattutto, dei suoi effetti, da sempre, l'ordinanza rappresenta un istituto dalla complessa analisi e assai difficile definizione. Come notato da F. DONATI, 2005, 27 ss., l'attenzione da sempre rivolta dalla dottrina a tale «centrale» ambito del diritto deriva dalla constatazione che «le situazioni emergenziali rappresentano infatti una sorta di zona di limite del diritto pubblico, nella quale si trovano ad operare le forze contrapposte della reazione di emergenza stessa (spesso declinata in forme che tendono ad imporre di prescindere dall'applicazione del diritto ordinario, il quale a sua volta solo raramente prevede strumenti di «gestione» dell'emergenza), e della applicazione di un diritto dettato prevalentemente per situazioni comunque fisiologiche, ancorché non sempre «ordinarie»».

<sup>46</sup> G.U. RESCIGNO, 1965, 90 ss.

<sup>47</sup> Già in altra sede – E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., *passim* – tali ordinanze sono qualificate attraverso la locuzione «emergenziale». Sul punto va precisato come il legislatore e la dottrina ricorrano spesso a varie formule per definirle, le quali invero non indicano un differente istituto, bensì sembrano in taluni casi lasciare intendere il fine di mettere in evidenza la caratteri-

Basti qui ricordare, tra gli altri, il tormentato ma sopravvissuto art. 2 tulps (r.d. n. 773/31) che autorizza il Prefetto ad adottare *i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica*, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica. Questa disposizione è uno dei più rilevanti esempi del rinvio della gestione dell'emergenza da parte del legislatore all'amministrazione attraverso veri e propri poteri a "fattispecie aperta". Tale disposizione non menziona la locuzione "ordinanza", né il potere di derogare alla legge, ma soprattutto non definisce e non circoscrive alcun ambito nel quale l'amministrazione può intervenire in deroga. Tuttavia, a ben vedere, la "fattispecie aperta" è un tratto caratterizzante del potere di ordinanza, anche previsto da discipline più recenti rispetto al tulps. Infatti, molto spesso tale normativa si sottovaluta ritenendola poco significativa perché risalente al periodo prerепublicano. Invero, però, non vi è dubbio che tale testo sia ancora vigente e quotidianamente applicato, ovviamente. Inoltre, in ogni caso, tale schema a fattispecie aperta è stato riprodotto anche in epoca repubblicana in numerose e centrali normative emergenziali. La genericità dell'autorizzazione al potere amministrativo non cambia. Così, ad esempio, il tuel (artt. 50 e 54) o lo stesso art. 32 l. n. 833 del 1978, utilizzano formule assai generiche e flessibili. Leggendo tali previsioni – tra le tante altre che si potrebbero citare<sup>48</sup> – si nota come la legge neppure menziona espressamente la deroga alla fonte primaria che pertanto viene dedotta in via consuetudinaria da generiche e ampie formule di rito come «provvedimenti indispensabili», o «ordinanze contingibili e urgenti», in rare occasioni specificando la formula «ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente»<sup>49</sup>.

stica più rilevante dell'ordinanza. Le medesime ordinanze, infatti, vengono denominate, ad esempio, *in deroga alla legge*, così da enfatizzare il potere di questi atti di derogare appunto alla fonte primaria. A tale denominazione si aggiunge quella di *ordinanze contingibili e urgenti*, richiamando la formulazione di alcune normative che le dispongono, altresì sottolineando i loro caratteri distintivi: la contingibilità e l'urgenza. Analogamente può capitare che siano denominate *ordinanze di necessità e urgenza*. Ancora, spesso, sono definite *extra ordinem* proprio per descrivere l'eccezionalità dell'istituto e delle soluzioni che esso può apportare in un caso di emergenza. Vi è poi chi qualifica tale istituto attraverso l'aggettivo *libere* o anche *innominate*, in tal modo riprendendo il linguaggio utilizzato in un'occasione dalla Corte costituzionale, evidenziando il loro contenuto atipico, nel senso che la legge non tipizza il provvedimento. Sovente poi si parla genericamente di *provvedimenti di urgenza*, o ancora si utilizzano le summenzionate formule in modo indifferente, perché del resto lo stesso legislatore non utilizza una locuzione esclusiva, operando tuttavia (come si vedrà, soprattutto) nella prassi il medesimo istituto.

<sup>48</sup> Per cui si rinvia a E.C. RAFFIOTTA, *Norme di Ordinanza*, cit.,

<sup>49</sup> Formulazione accolta espressamente a partire dall'art. 5 l. 24 febbraio 1992, n. 225 istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile, poi confluita del TU del n.1 del 2018.

Dunque, il tratto comune individuabile in tali discipline con le quali sono state gestite tutte le tipologie di emergenze è l'atipicità delle ordinanze, caratterizzate per la loro indeterminatezza e l'elasticità contenutistica: in deroga alla regola della tipicità degli atti amministrativi<sup>50</sup>. Poiché i fatti emergenziali che richiedono una risposta da parte dell'amministrazione non sono previsti o prevedibili, elencabili o classificabili (così come le soluzioni necessarie), allora il legislatore si limita a fissare in via generale i presupposti della necessità e dell'urgenza lasciando all'amministrazione stessa il compito di valutare in concreto il contenuto del provvedimento<sup>51</sup>: non previsto perché, per definizione, non prevedibile<sup>52</sup>. Il limite può essere ampio e generico come la materia nella quale insiste la disciplina generale che prevede il potere di ordinanza, come la materia ambientale, o sanitaria; determinati ambiti di competenza del sindaco o del prefetto, che però trovano un confine nel territorio di loro competenza<sup>53</sup>, ma mai la disciplina cataloga la tipologia di interventi ammissibili<sup>54</sup>.

In conclusione, fermo restando il giudizio critico per la genericità della disciplina introdotta dal primo d.l. n. 6 è un fatto come tale fattispecie aperta sia assai più circoscritta rispetto ai tradizionali poteri utilizzati e per questo potremmo qualificarla "temperata". Incluso il potere di ordinanza sanitaria (ex art. 32 l. 833), o quello degli enti locali (ex art. 50 e 54 Tuel). Certo va detto che la peculiarità di questa emergenza richiedeva una maggiore attenzione nella disciplina primaria adottata dal governo, ma è altrettanto vero che essa si inserisce in un contesto di assoluta urgenza ed incertezza, che richiedeva ampi poteri attuativi, per un'emergenza in continuo cambiamento. Altresì è un fatto che tale normativa sia stata presto adeguata ad un'emergenza che stava stabilizzandosi. Pertanto, al fine di valutarne la rela-

<sup>50</sup> La quale, strettamente correlata all'autorità dell'atto, è comunque ricondotta al principio di legalità. In particolare, sul punto si vedano F. LEDDA, 1987, 799 ss. Più di recente sul tema si veda R. VILLATA, M. RAMAJOLI, 2017, 35 ss., e S. PERONGINI, 2016, 231 ss. Tuttavia, non si può negare come tale principio sia da tempo ampiamente derogato espressamente anche in altre e non poche discipline di legge, come nel caso analizzato da F. TIGANO, 2007, 330 ss. Del resto, come ammoniva M.S. GIANNINI, 1939, 262, «la necessità di attuare un pubblico interesse non è mai un limite all'attività, ma il suo stesso contenuto».

<sup>51</sup> Si veda B.G. MATTARELLA, 2000, pp. 716 ss.

<sup>52</sup> Cfr. V. ANGIOLINI, 1986, 73 ss.

<sup>53</sup> Cfr. sul punto G. PASTORI, 2008, 267 ss.; A. TRAVI, 1995, 121 ss.

<sup>54</sup> Sul punto, con particolare riferimento ai rapporti con il principio di legalità, non si può non osservare un'assonanza quanto meno nei fini con i c.d. «poteri impliciti della pubblica amministrazione», per cui si veda G. MORBIDELLI, 2007, 703 ss.



tiva legittimità è necessario verificare di volta in volta il rispetto dei canoni fissati dalla normativa, dalla giurisprudenza (costituzionale e amministrativa) nonché dalla prassi vigente.

## 7. I DPCM e la “fattispecie aperta” come disciplina dell’emergenza

Torniamo quindi al punto centrale sul quale si è divisa la dottrina, ovvero la genericità delle autorizzazioni elencate nei decreti-legge che hanno autorizzato i DPCM. Una genericità che in questa sede si è definita “temperata” nel d.l. n. 6 – alla luce delle altre normative di autorizzazione delle ordinanze – ma altresì – non a torto – per alcuni mantenuta anche nelle previsioni del d.l. n. 19.

Invero, come già argomentato, alla luce dei precedenti non ci si dovrebbe troppo meravigliare del fatto che tali atti formalmente amministrativi regolino i fatti emergenziali a partire da una generica autorizzazione della legge appunto qualificata a fattispecie aperta<sup>55</sup>. Del resto, la stessa Corte costituzionale – parlando delle ordinanze – ha definito tali atti come *provvedimenti giustificati da una necessità, da un’urgenza, il cui contenuto non è prestabilito dalla legge, ma dalla fonte primaria semplicemente autorizzato e rimesso alla scelta discrezionale dell’organo agente* (così Corte cost. sent. n. 4 del 1977, è bene ricordare, redatta da Vezio Crisafulli). Sin dalle sue prime pronunce, il Giudice delle leggi ha chiarito la compatibilità di tali atti con l’ordinamento costituzionale repubblicano (Corte cost. sent. n. 8 del 1956), purché il legislatore nel prevedere tale potere in capo all’amministrazione rispetti alcuni canoni tra cui: “efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell’urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principii dell’ordinamento giuridico” (Corte cost. sent. n. 26 del 1961). Canoni che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare nel tempo, in numerosissime decisioni<sup>56</sup>. Un’impostazione che pare tra l’altro confermata nella recente pronuncia della Corte costituzionale, sent. 12 marzo 2021, n. 37 (Redattore Augusto Barbera), la quale – pur giudicando una legge della Regione Valle d’Aosta – non ha perso l’occasione per affermare la legittimità dell’intervento del legislatore

<sup>55</sup> G. MORBIDELLI, 2016, 33 ss.

<sup>56</sup> Per un’ampia trattazione della richiamata giurisprudenza sia consentito rinviare a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d’ordinanza*, cit., 68 ss.

statale che di fronte a “un’emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest’ultima. È quanto successo, difatti, a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l’impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire”.

Dunque, a ben vedere il d.l. n. 6, prima, e il d.l. n. 19, dopo, nelle loro diverse formulazioni, descrivono un differente, ma comunque comune metodo di autorizzare. Cambia il dettaglio descrittivo dei fatti emergenziali – imprevisti e imprevedibili – ma entrambi i decreti rappresentano la fonte primaria di legittimazione dei DPCM. In altre parole, i decreti-legge che prevedono il ricorso ai DPCM – analogamente alle varie normative che abilitano le ordinanze – autorizzano il Governo a regolare fatti emergenziali attraverso poteri di eccezione, anche in deroga alla legge e limitativi di diritti. Infatti, per come è costruito nell’ordinamento italiano, anche in base alla citata giurisprudenza costituzionale, il potere amministrativo di emergenza trova il suo fondamento nel principio di legalità (Corte cost. sent. n. 115 del 2011). Il suo limite, pertanto, non è nella legge, cui l’atto amministrativo può derogare, ma nei principi dell’ordinamento giuridico e ovviamente nelle norme costituzionali, limiti che possono essere sempre fatti valere innanzi alla giustizia amministrativa competente. Infatti, l’atto amministrativo opera, se non in esecuzione, in attuazione della legge.

Il principio di legalità, dunque, rappresenta l’architrave su cui poggia l’ampio potere emergenziale. Come noto tale principio può essere inteso attraverso accezioni differenti, più o meno restrittive della discrezionalità amministrativa, tra le quali, in senso: formale o sostanziale. Anche in questa occasione, a partire dalla rilettura della sent. n. 115 del 2011, vi è chi ha avanzato dubbi sulla legittimità dei provvedimenti in oggetto, perché alcuni dei poteri emergenziali definiti dal legislatore non sono sufficientemente precisati<sup>57</sup>. Pur concordando con tale lettura – limitatamente ad alcune singole disposizioni del d.l. n. 6 – in generale, resta nei casi di emergenza (e ancor più in quelli di estrema emergenza come quello in corso) il problema per il legislatore di disciplinare *ex ante* situazioni non previste, perché per definizione non prevedibili (come una sconosciuta pandemia mondiale). Pertanto, se è vero che la fattispecie legislativa che autorizza l’amministrazione a regolare il fatto emergenziale in luogo del legislatore è formalmente “aperta”, a ben vedere, essa è però materialmente circoscritta dai confini dello stesso fatto

<sup>57</sup> G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, cit., p. 6.

emergenziale, che integra la fattispecie normativa e consente di far funzionare – anche in questo caso anomalo – un sindacato fondato sul principio di legalità<sup>58</sup>. Il che è coerente con la stessa Corte costituzionale del 2011, che opportunamente dichiarò l'incostituzionalità della parte di disposizione (o meglio della congiunzione “anche” all'art. 54 c. 4 TUEL) che conferiva al Sindaco poteri *extra ordinem* in assenza dei presupposti di contingibilità e di urgenza, dunque, in assenza di un fatto emergenziale che ne circoscrivesse l'azione<sup>59</sup>.

Se per Santi Romano era la stessa emergenza la fonte del diritto; nell'attuale ordinamento costituzionale – lo sottolineo – è invece la legge la fonte del potere amministrativo (esercitato a mezzo DPCM e ordinanza), che legittima l'eventuale deroga a fonti primarie. Tuttavia, ancora oggi, come detto, il fatto emergenziale integra la previsione di legge, la quale, pur non prevenendo un oggetto determinato, trova un'evidente delimitazione del potere dell'organo agente nel fatto emergenziale, che giustifica, e allo stesso tempo delimita, la fattispecie<sup>60</sup>. Altresì, in questo modo consentendo alla stessa amministrazione, in via gerarchica o nell'esercizio del potere di autotutela, o al giudice amministrativo di valutare la proporzionalità e, per questa via, la legittimità dell'intervento rispetto al fatto che la giustifica. In tal senso, infatti, la garanzia giurisdizionale contro eventuali abusi dei poteri *extra ordinem* dell'amministrazione sembra rappresentare non solo un tratto caratterizzante dell'istituto, ma soprattutto un elemento fondante dello stesso, che trova nella generalità del suo limite il bilanciamento all'eccezionalità della sua disciplina<sup>61</sup>.

Il fatto emergenziale svolge dunque un ruolo centrale nel circoscrivere l'intervento straordinario, assicurando così il rispetto del principio di legalità. Pertanto, anche in questo caso, le misure adottate in via di eccezione devono essere strettamente connesse ai fatti emergenziali che la legittimano e la limitano allo stesso tempo. Del resto, se l'atto emergenziale non dovesse rispettare il contesto eccezionale concretizzandosi in una misura “né adeguata né proporzionata” (come richiedono, peraltro, gli stessi decreti-legge n. 6 e n. 19 nonché i principi generali del diritto), qualsiasi cittadino potrebbe rivolgersi alla giustizia amministrativa competente o anche alla stessa giurisdizione ordinaria (o anche al giudice penale se ad esempio dovesse avere subi-

<sup>58</sup> Sulle fattispecie a schema aperto si v. A. BARBERA, 1975.

<sup>59</sup> Cfr. T.F. GIUPPONI, 2011, 707 ss.

<sup>60</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 245 ss.

<sup>61</sup> A. MORRONE, 2018, 219 ss.

to una sanzione sulla base dell'art. 650 del codice penale), e attraverso il giudice in via incidentale alla stessa Corte costituzionale (che poi, come noto, sarebbe lo stesso meccanismo attraverso il quale far valere l'illegittimità del decreto-legge).

Tali atti possono essere complementari al decreto-legge, ma non possono essere sostituiti dallo stesso, dovendo mantenere quel carattere aperto e flessibile che solo l'amministrazione può assicurare. Infatti, anche in questo caso, come visto in premessa, non sono le ordinanze i soli atti chiamati a governare lo stato di eccezione. A ben vedere, però, come dimostra la prassi delle emergenze della storia repubblicana, da sempre sono le ordinanze gli atti protagonisti nella gestione delle emergenze, talvolta unitamente a decreti-legge, più spesso senza<sup>62</sup>. L'emergenza – come già detto – determina infatti un bisogno sociale a cui l'ordinamento giuridico non è in grado di dare una risposta in via ordinaria. Lo Stato, attraverso i suoi poteri, deve necessariamente intervenire per risolvere quella che appare una frattura tra realtà giuridica e bisogni sociali<sup>63</sup>. L'amministrazione, attraverso la sua organizzazione e i suoi poteri eccezionali, mira a sanare questa frattura, ristabilendo l'equilibrio tra fatto e diritto tramite una modificazione parziale e provvisoria dell'ordinamento, colmando la separazione tra bisogno sociale e previsione dell'ordinamento. In tale lettura appare evidente il ruolo dell'amministrazione che, all'interno del proprio ordinamento particolare, e cioè attraverso la sua organizzazione, è in grado di meglio valutare gli interessi e i bisogni di protezione della comunità (riportandoci per forza di cose alle tesi dell'originarietà del potere amministrativo)<sup>64</sup>.

## 8. Una tendenza non solo italiana: centralità del Governo e degli atti amministrativi emergenziali nel diritto comparato

La tendenza ad accentrare i poteri emergenziali in capo al Governo è del resto riscontrabile in tutti i principali ordinamenti europei. In questa sede non è possibile (né utile) compiere una completa analisi, ma anche un rapido sguardo ai principali ordinamenti europei esprime tendenze assai significative.

Nella maggior parte dei Paesi lo schema è il medesimo: una fonte primaria autorizza il Governo ad adottare atti per lo più amministrativi, consen-

<sup>62</sup> E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 75 ss.

<sup>63</sup> S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto*, cit., 257 ss.

<sup>64</sup> G. BERTI, 1968, 278 ss.

tendo in taluni casi la limitazione di diritti di libertà. In tal senso, ad esempio, si veda il *Coronavirus Act 2020* con il quale il Parlamento del Regno Unito conferisce al governo poteri normativi di rango secondario per gestire in via emergenziale la pandemia da COVID-19<sup>65</sup>. Tale disciplina consente al potere esecutivo, tra le altre previsioni, di limitare o sospendere riunioni pubbliche, di detenere individui sospettati di essere infettati da COVID-19, nonché la disciplina in deroga di vari ambiti regolatori, sempre al fine di limitare la trasmissione della malattia.

Tale impostazione pare rinvenibile anche in ordinamenti per tradizione giuridica più simili all'Italia, come quello francese, dove la *loi* n. 2020-290 del 23 marzo 2020, appositamente approvata per contrastare l'emergenza in corso, ha consentito al Governo di dichiarare lo "*état d'urgence sanitaire*" e, successivamente, intervenire attraverso atti amministrativi limitando e regolando vari e vasti ambiti che interessano il contenimento della pandemia e insistono altresì su diritti costituzionali. Una disciplina, dunque, appositamente prevista per questa peculiare emergenza, nonostante l'art. 16 Cost. preveda un'apposita disciplina di poteri emergenziali in capo al Presidente della Repubblica, nonché altresì esista già un'assai dettagliata normativa emergenziale fondata sulla legge n. 1955-385, in passato utilizzata per contrastare gravi emergenze (come nel 2005 e nel 2015)<sup>66</sup>.

La descritta tendenza di accentrare i poteri emergenziali in capo al Governo è riscontrabile anche in ordinamenti che tradizionalmente tendono a circoscrivere rigorosamente il potere amministrativo attraverso una rigida applicazione del principio di legalità, come nel caso dell'ordinamento austriaco. In Austria già dal 1950 era presente una specifica disciplina in materia di emergenze sanitarie (*Epidemiegesetz*) che tuttavia è stata appositamente aggiornata nell'attuale contesto, mantenendo comunque l'impianto originario: legittimare i poteri *extra ordinem* del Governo, necessari per affrontare la pandemia, anche attraverso restrizioni ai diritti di libertà. Poteri del Governo volti anche a indirizzare e se necessario prevalere sulle autonomie territoriali<sup>67</sup>.

Tale ulteriore tendenza è assai più evidente nella Repubblica federale di Germania. Anche in questo caso si disponeva già di un'apposita normativa risalente al 2000 (la *Infektionsschutzgesetz*), adeguata lo scorso marzo alle esigenze della pandemia in corso<sup>68</sup>. Tale particolare normativa definisce la cen-

<sup>65</sup> Per una trattazione più completa si rinvia a G. CARVALE, 2020.

<sup>66</sup> Cfr. E.C. RAFFIOTTA, 2017.

<sup>67</sup> Cfr. A. GATTI, su *www.gruppodipisa.it*.

<sup>68</sup> W. JENS, 2020, 1713 ss.

tralità del ruolo del Governo federale nella gestione dell'emergenza – se necessario – anche in relazione ai rapporti con le autonomie: i governi dei *Länder* e i distretti, infatti, sono tenuti ad adottare le misure necessarie per prevenire e reprimere le infezioni. La recente riforma del § 5 dell'*Infektionsschutzgesetz*, però, consente in vari ambiti, al Ministro federale della Salute, non solo di prevalere con un proprio regolamento normativo (*Verordnung*) sui regolamenti dei *Länder*, ma, altresì, attraverso l'adozione di tale strumento in deroga, di discostarsi dal contenuto di fonti normative federali di rango primario. La legge inoltre permette espressamente la compressione dei diritti all'incolumità fisica ed alla libertà personale (tutelati dall'art. 2 c.2 GG) e prevede ulteriori poteri nel contesto della prevenzione e del contrasto alla diffusione delle malattie infettive<sup>69</sup>.

## 9. La regola dell'emergenza e la frustrazione del giurista

Anche osservando il diritto comparato, dunque, ne deriva una comune tendenza degli ordinamenti giuridici ad accentrare in capo al Governo la gestione dell'emergenza. Ovviamente, un accentramento autorizzato dal Parlamento e se del caso limitato da tutti i poteri costituzionali, tra cui, anzitutto, il potere giudiziario. È anche per questo motivo che – molto francamente – sono parse eccessive e senz'altro stonate le accuse di deriva autoritaria, talvolta evocate in un contesto generale di vera e massima emergenza (purtroppo non ancora conclusa). In un Paese in cui si sono utilizzati poteri in deroga per gestire «grandi eventi»<sup>70</sup> – come noto, rimettendo al Governo e all'amministrazione poteri eccezionali di deroga alla legge, senza che vi fosse alcuna urgenza o emergenza – francamente queste accuse suonano ancora più singolari.

Mentre invece, al di là dei richiami più allarmati, quello sin qui descritto appare come un dibattito in perfetta continuità con il passato. Da sempre, infatti, l'emergenza è uno dei grandi temi del diritto pubblico rispetto a cui non si è mai giunti a conclusioni univoche. La polarizzazione a cui si presta il

<sup>69</sup> Lo nota V. BALDINI, 2020, 597 ss.

<sup>70</sup> Si veda la puntuale trattazione di A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, cit. Invero, tendenza mantenuta anche dopo l'abrogazione della disciplina generale dei «grandi eventi» a opera dell'art. 40-*bis*, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1. Si veda ad esempio la vicenda di Expo 2015 ben ricostruita da A. ROCCELLA, e A. PAVESI, entrambi in *www.giustamm.it*.

tema dipende proprio da quell'idea – richiamata in apertura – dell'immagine proposta da Augusto Barbera nella differenza che passa tra il dover essere (l'ordinamento formale e precostituito) e l'essere (il fatto che si impone sull'ordinamento). È evidente che l'impossibilità di predire gli accadimenti e individuare le forme giuridiche più adatte a risolvere l'emergenza, rappresenta per il giurista una sorta di frustrazione. Tuttavia, se si guarda al complessivo ordinamento costituzionale, più che alla singola fonte che può porsi in dissonanza con l'ordinamento, probabilmente è più semplice intendere gli eventi e rinvenire soluzioni che valgono per il momento, ma non possono intaccare il sistema di garanzie. Per dirla in breve: un'ordinanza o un DPCM che deroga alla legge all'interno di una emergenza pandemica globale, non pone in discussione la stabilità democratica, cerca di dare una risposta immediata a un bisogno sociale. Se così non fosse, qualsiasi giudice interverrebbe in garanzia invalidando l'atto adottato in nome dell'emergenza.

Sovente, quando si parla di fonti d'eccezione, si evoca la Costituzione di Weimar e il particolare potere di ordinanza (art. 48) che fu uno degli strumenti – il principale, ma non l'unico – attraverso il quale si passò dalla Repubblica alla dittatura nazionalsocialista. Tuttavia, sarebbe troppo semplice e semplicistico ricondurre al potere di ordinanza la ragione di tale mutamento costituzionale. Un mutamento dovuto invece a una più generale fragilità costituzionale nella distribuzione dei poteri che rendeva appunto Weimar una «democrazia pericolante»<sup>71</sup>.

Al contrario in una democrazia stabile e in un ordinamento costituzionale liberaldemocratico è del tutto normale che in caso di necessità il Parlamento accentri i poteri in capo al Governo per un periodo limitato. Limitato non significa necessariamente breve, ma circoscritto alla durata dell'emergenza.

Del resto, tutto questo dibattito è ulteriormente alimentato dal fatto che la nostra Carta costituzionale non ha previsto, a differenza di altre Costituzioni, disposizioni sulla distribuzione dei poteri in una fase di emergenza<sup>72</sup>. In Italia, come noto, per ragioni storiche, si è volutamente esclusa la disciplina in Costituzione degli stati di emergenza, ritenendo sufficiente la disciplina prevista dall'art. 78 Cost. sull'emergenza bellica, ma che nell'attuale contesto non si è ritenuto di utilizzare per la differente natura dell'emergenza pandemica<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> V. FROSINI, 1979, 315 ss.

<sup>72</sup> B. CARAVITA, su *www.federalismi.it*, 2020.

<sup>73</sup> Certo forse si potrebbe sostenere che l'Italia è oggi in guerra contro un nemico invisibi-

Pertanto, forse, il superamento di questa crisi potrà essere l'occasione anche per ripensare l'ordinamento dello stato d'eccezione nel nostro Paese. Anche se nessuna eventuale riforma potrà escludere che a "causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande" si possa ricorrere a "strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire" (Corte costituzionale, sent. 12 marzo 2021, n. 37). Un limite a strumenti di questo tipo, anche se scritto, non sarebbe applicabile, perché l'"essere" prevarrebbe sul "dover essere".

### Riferimenti bibliografici

- AINIS, M. (2007), *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*;
- AINIS, M. (2020)a, *Il bisticcio del potere*, su *la Repubblica*, 3 marzo 2020;
- AINIS, M. (2020)b, *Meglio distante che latitante*, *la Repubblica*, 19 marzo 2020;
- ANGIOLINI, V. (1986), *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Milano;
- AZZARITI, G. (2020), *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020;
- BALDINI, V. (2020), *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, in *dirittifondamentali.it*;
- BARBERA, A. (1975), *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma;
- BARBERA, A. (2008), *Intorno alla prassi*, in A. Barbera-T.F. Giupponi, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna;
- BARBERA, A. (2016), *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano;
- BERTI, G. (1968), *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova;
- BIN, R. (in corso di pubblicazione), *Normatività del fattuale*, in corso di pubblicazione in A. Vignudelli (a cura di), *Piccole conferenze*, ed. Muchi;
- CAMERLENGO, Q. (2006), *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano;
- CAPOGRASSI, G. (1950), *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*;
- CARVALE, G. (2020), *Il Coronavirus Act 2020 e le misure adottate dal Regno Unito per affrontare l'emergenza Covid-19*, in *Nomos*, fasc. 1, 2020;

le. Del resto, lo stesso SANTI ROMANO – *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, cit., 254. – si chiedeva se i poteri di guerra fossero invocabili in occasione del terremoto del 1908. Tuttavia, indipendentemente da qualsiasi riflessione teorica, nell'attuale contesto non è stata questa la strada scelta per contrastare l'emergenza, né è possibile rinvenire precedenti in tal senso.



- CARAVITA, B. (2020), *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it);
- CARDONE, A. (2011), *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino;
- CATELANI, E. (2020), *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2020;
- CELOTTO, A. (2020), *Necessitas non habet legem?*, Modena;
- CESARINI SFORZA, W. (1930), *Ex facto ius oritur*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a G. Del Vecchio*, Modena, I/1930;
- CITINO, Y. (2021), *Dietro al Testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli;
- CONDORELLI, O. (1931), *Ex facto oritur ius*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XI;
- D'ALOIA, A. (2020), *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, su *BLJ*, 2/20;
- D'ALOIA, A. (2020), *Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, su *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020;
- DEMURO, G. (2003), *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino;
- DONATI, F. (1996), *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Riv. dir. cost.*;
- DRIGO, C., MORELLI, A. (2020), *Dossier "l'emergenza sanitaria da covid-19. normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina"*, su [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it);
- FELLMETH, A.X., HORWITZ, M. (2011), *Guide to Latin in International Law*, Oxford University Press;
- FIORAVANTI, M. (2001), *La scienza del diritto pubblico dottrine dello stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Tomo I, Milano;
- FROSINI, T.E. (2015), *Legislazione e comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*;
- FROSINI, V. (1979), *La democrazia pericolante (Note storiche sull'articolo 48 della Costituzione di Weimar)*, in *Diritto e società*.
- GATTI, A. (2020), *L'emergenza COVID-19 in Germania e Austria: un bilancio comparato*, in R. Tarchi (a cura di), *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, *Quaderni del Gruppo di Pisa*, su [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it);
- GIANNINI, M.S. (1939), *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano;
- GIUFFRÈ, F. (2001), *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana: spunti a proposito di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Dir. soc.*;

- GIUPPONI, T.F. (2011), *La sicurezza urbana e i suoi incerti confini, tra ordinanze sindacali e “ronde”*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2011;
- JELLINEK, G. (1921), *La dottrina generale dello Stato*, trad. it. sulla 2. ed. tedesca a cura di M. Petrozziello;
- JENS, W. (2020), *La gestione della pandemia da parte della Germania: “Wir schaffen das!”*, in *DPCE online*;
- LEDDA, F. (1987), *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini;
- LIPPOLIS, V. (2021), *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2021;
- LONGHI, S. (1909), *Sull'ultimo decreto di stato d'assedio*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm. in Italia*, n. 1, 1909;
- LUCARELLI, A. (2020), *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020;
- LUCIANI, M. (2020), *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020;
- MANGIA, A. (2019), *Il ritorno delle fonti-fatto*, in *Lo Stato*, 2, 2019;
- MANGIA, A. (2019), *Il ritorno delle fonti-fatto*, recensione a E.C. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, in *Lo Stato*, 2, 2019;
- MANGIA, A. (2020), *Moti della costituzione o Mutamento costituzionale?*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2020;
- MANGIA, A. (in corso di pubblicazione), *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in corso di pubblicazione su *Rivista AIC*;
- MATTARELLA, B.G. (2000), *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, *Diritto amministrativo generale*, Milano;
- MEZZANOTTE, C. (1991), *Quale sistema delle fonti? Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*;
- MORBIDELLI, G. (2007), *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*;
- MORBIDELLI, G. (2016), *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*;
- MORBIDELLI, G. (2019), *Prefazione*, in E.C. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna;
- MORRONE, A. (2009), *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano;
- MORRONE, A. (2018), *Fonti normative*, Bologna;

- NICOTRA, I. (2021), *Pandemia costituzionale*, Napoli;
- PASTORI, G. (2008), *Principio di legalità e autonomie locali*, in *Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano;
- PAVESI, A. (2015), *Expo Milano 2015: un difficile percorso giuridico*, in *www.giustamm.it*;
- PERONGINI, S. (2016), *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*;
- PIZZORUSSO, A. (2005), *Il sistema delle fonti come oggetto di ricerca nel campo delle scienze giuridiche*, in A. Pizzorusso, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino;
- POLACCO, V. (1909), *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo*, Padova;
- RAFFIOTTA, E.C. (2017), *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Rivista AIC*, 3, 2017;
- RESCIGNO, G. U. (2008), *Prassi, fatto normativo e scienza giuridica*, in A. Barbera-T.F. Giupponi, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna;
- RESCIGNO, G.U. (1965), voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.)*, in *Nss. D. I.*, vol. XII, Torino;
- RESCIGNO, G.U. (1972), *Le convenzioni costituzionali*, Padova, Cedam;
- ROCELLA, A. (2010), *Milano in stato di eccezione*, in *www.giustamm.it*, 2, 2010;
- ROMANO, S. (1909), *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e pubbl. amm. in Italia*, n. 1, 1909;
- RUGGERI, A. (2020), *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, n. 1, 2020;
- TIGANO, F. (2007), *Principio di tipicità e accordi procedimentali*, in *Rass. avv. Stato*, fasc. 3, 2007;
- TRAVI, A. (1995), *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*;
- TROPEA, G., (2020), *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, su *www.federalismi.it*;
- VILLATA, R. RAMAJOLI, M. (2017), *Il provvedimento amministrativo*, Torino.



LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E PANDEMIA:  
SERVIRÀ UN PASSAPORTO-COVID PER ATTRAVERSARE  
I CONFINI DELL'UNIONE EUROPEA?\*

TANJA CERRUTI

SOMMARIO: 1. COVID, vaccini e libertà di circolazione: note introduttive. – 2. La libertà di circolazione nell'Unione europea e le sue limitazioni. – 3. Il ruolo dell'Unione europea nella gestione della libertà di circolazione durante l'epidemia. – 4. Il riparto di competenze in materia di tutela della salute. – 5. I Passaporti-COVID nel delicato bilanciamento fra diritti e fra livelli di governo.

**1. COVID, vaccini e libertà di circolazione: note introduttive**

La necessità di fare fronte all'emergenza pandemica in corso ha comportato la limitazione di molte libertà, considerate ormai come pienamente acquisite, in nome dell'esigenza di tutelare il diritto alla salute o, più correttamente, di contenere la diffusione del COVID-19.

Fra le libertà che hanno subito e subiscono il maggiore sacrificio si annovera quella di circolazione, che è stata oggetto di restrizioni, pur variamente modulate a seconda delle realtà geografiche e delle fasi di evoluzione dell'epidemia, sia nella dimensione statale e infrastatale, registrando talvolta sensibili differenze fra le zone del territorio di uno stesso Stato (emblematica la divisione in "zone" di diversi colori adottata in Italia), sia nella dimensione internazionale e sovranazionale, essendo stati posti divieti o particolari condizioni per l'attraversamento dei confini anche in seno all'Unione europea che, com'è noto, vede nella facoltà di muoversi liberamente al suo interno uno degli assi portanti delle sue finalità. Al pari della nostra, diverse Costituzioni dell'UE garantiscono inoltre espressamente la libertà di espatrio (oltre che quella di rimpatrio), menzionata anche nel Protocollo 4 CEDU (art. 2, c. 2), connotandola quindi come un diritto autonomo rispetto alla libertà di circolazione<sup>1</sup>. L'attraversamento dei confini interni all'Unione europea viene però preferibilmente ricondotto nell'alveo della libertà di circolazione, secondo quanto si deduce dalla stessa terminologia utilizzata dalla normativa eurou-

\* Il contributo è stato pubblicato in versione pressoché analoga in Rivista AIC, 2/2021.

<sup>1</sup> Nel sistema costituzionale italiano la non coincidenza fra le due sarebbe rimarcata dalla sottoposizione a limiti differenti (DE SIERVO, 1989, 84; PASOTTI, 2007, 128).

nitaria (P. PERLINGIERI, 2001, 88) e in conformità con il livello di integrazione raggiunto all'interno dell'organizzazione<sup>2</sup>.

La recente scoperta di un vaccino contro il Coronavirus e la sua diffusione fra gli Stati membri inducono a sperare che la pandemia diventi, il prima possibile, un triste ricordo del passato e che tutte le libertà comprese per contrastarne la diffusione tornino a espandersi. La verosimile diversità delle scelte che gli Stati membri adotteranno in relazione alla gestione degli interventi di profilassi induce però a domandarsi se la sottoposizione alla vaccinazione diventerà a sua volta un possibile fattore di condizionamento dell'esercizio della libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea.

Da più parti è stata infatti avanzata la proposta di introdurre dei c.d. *COVID-passport* cui subordinare l'esercizio di alcune libertà, come la circolazione, in generale, e la fruizione di servizi di trasporto, in particolare, nonché la riunione, per quanto soprattutto concerne la possibilità di prendere parte a determinate attività collettive. Nell'ottica del bilanciamento fra la tutela dei diversi diritti coinvolti, tali proposte presentano non pochi nodi di criticità che se possono trovare una più facile soluzione quando provengono da soggetti privati, risultano di maggiore complessità quando sono imposte a livello istituzionale. La decisione di una compagnia aerea di negare le proprie prestazioni a chi non esibisca un certificato di vaccinazione – a meno che dalla stessa non derivi l'impossibilità, per i soggetti interessati, di raggiungere la meta prescelta con mezzi alternativi – risulta meno problematica della decisione adottata sul piano nazionale interno o, per quanto qui di interesse, sul piano sovranazionale europeo (che pur non rappresenta una novità assoluta nel panorama internazionale<sup>3</sup>), di introdurre dei documenti di carattere sanitario per regolamentare l'attraversamento delle frontiere.

Prendendo spunto dal riparto di competenze previsto dalla normativa europea in materia di gestione dei confini e di sanità, nonché dalle recenti vicende che hanno inciso sulla limitazione della libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea, questo contributo si soffermerà sulla fattibilità delle proposte di introduzione di certificati vaccinali, che devono tenere conto dell'esigenza di bilanciare diritti diversi e, come spesso accade, confliggenti fra loro, come la salute, la circolazione e la privacy, in un sistema di governo plurilivello.

<sup>2</sup> Definisce decisivo il passo che, attraverso una reciproca limitazione di sovranità da parte degli Stati membri, avrebbe portato verso il riconoscimento di valori sovranazionali, quale la libertà di circolazione, NICOTRA GUERRERA, (1995, 148).

<sup>3</sup> Si pensi a quegli ordinamenti che richiedono, ai fini dell'ingresso nel loro territorio, l'avvenuta sottoposizione ad alcune vaccinazioni o ai certificati relativi alla "febbre gialla".

## 2. La libertà di circolazione nell'Unione europea e le sue limitazioni

Sin dai suoi albori il processo di integrazione europea si è sviluppato intorno all'idea di consentire la libera circolazione in uno *spazio* comune che, sebbene cementato da un collante di tipo economico, non ha mai completamente celato la sua ambizione a divenire il *territorio* di un'unione che avesse finalità anche di tipo politico<sup>4</sup>.

Tale libertà, che ha progressivamente interessato quattro diverse categorie di beneficiari (merci, persone, servizi e capitali), è stata incoraggiata, per quanto in particolare concerne le persone, dall'assunzione di importanti decisioni, come quella di includerla fra i diritti che derivano dallo status di cittadino europeo (artt. 20.2.a e 21 TFUE, art. 45 CDFUE) e quella, adottata nel quadro degli Accordi di Schengen, di abolire i controlli alle frontiere fra molti Stati europei. La visione in chiave prettamente utilitaristica che connotava la libertà di circolazione<sup>5</sup>, riconosciuta inizialmente ai soggetti "economicamente rilevanti", ha lasciato il posto, con la successiva evoluzione giurisprudenziale e normativa, a una visione, non più collegata alla sola sfera economica, che la concepisce come "primo corollario della cittadinanza europea" (BARTOLE, BIN, 2008, 130), ancora in bilico fra la posizione di diritto legato alla cittadinanza e quella di diritto umano *tout court* (SEUBERT, 2020, 51), ma riconducibile a quelle tradizioni costituzionali comuni di cui all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CASTELLI, 2018, 120)<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sulla differenza fra i concetti di spazio e territorio nel più recente dibattito italiano si vedano, fra i molti, GIUFFRÈ; COSTANZO (che prende in esame la libertà di circolazione); POGGI; RUGGERI e GIANFRANCESCO (che si soffermano sulle articolazioni interne del territorio italiano), (tutti 2018). In riferimento all'ordinamento europeo SCACCIA, (2017, 40 ss.); ANTONINI, (2017, 29 s.); SALAZAR, (2017, 19 ss.) e le riflessioni di BIGLINO, CAMPOS (2020, 5); FERRAIUOLO, (2020, 13); CIOLLI, (2020, 27 ss.); DI MARTINO, (2020, 75 s.); MARTI, (2020, 83 ss.), nonché le considerazioni di POGGI, (2020, VIII), che si interroga sulla possibilità di una concezione del territorio dell'UE che integri "quella meramente funzionalistica di spazio di libera circolazione".

<sup>5</sup> Il collegamento fra libertà di circolazione e soggiorno e libertà economiche viene ravvisato sin dalle prime forme di garanzia della libertà di circolazione, nella Magna Charta (MAZZIOTTI, 1960, 14).

<sup>6</sup> L'importanza della previsione della libertà di circolazione nelle fonti primarie consisterebbe nel fatto che l'attuale art. 21 TFUE ne eleverebbe la tutela al rango costituzionale per i lavoratori, le loro famiglie e i cittadini europei economicamente non attivi, mentre la Carta dei Diritti (che all'art. 45.2 estende inoltre il diritto agli stranieri che risiedano legalmente nel territorio di uno Stato membro) consacrerrebbe la libertà "non funzionalizzata" di circolazione (DEMURO, 2006, 380).

I passi avanti verso la realizzazione di uno spazio europeo unitario non hanno fatto venire meno negli Stati membri la titolarità della competenza sulla gestione delle loro frontiere esterne. Richiamando il testo dei Trattati, per quanto concerne la tutela e la promozione della libertà di circolazione e la gestione comune dello spazio, fra le prime disposizioni si incontra l'art. 3.2. TUE, che impegna l'Unione a offrire ai suoi cittadini "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a controlli appropriati per quanto concerne le frontiere esterne..."; nel Titolo V TFUE, dedicato proprio allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, viene ribadito l'obiettivo di garantire l'assenza di controlli interni a fronte della gestione comune di quelli verso l'esterno (artt. 67.2, 77.1 e 2) e viene attribuita all'Unione la competenza a definire i diritti dei cittadini di Stati terzi, soggiornanti in uno Stato membro dell'UE, compresa la libertà di circolazione (art. 79.2.b); nel Titolo IV TFUE, intitolato invece proprio alla libertà di circolazione, l'art. 45 assicura tale prerogativa ai lavoratori all'interno dell'Unione, mentre l'art. 15.2 CDFUE garantisce ai cittadini UE la libertà di cercare un lavoro, lavorare, stabilirsi o prestare servizi in qualunque Stato membro; nel Titolo I TFUE, relativo al mercato interno, l'art. 26.2 prevede che questo comporta a sua volta uno spazio senza frontiere interne, in cui è assicurata la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali.

Dall'altro lato, la libertà di circolazione può essere assoggettata a restrizioni che, ai sensi dell'art. 21 TFUE ("fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi") possono condizionarne anche pesantemente l'esercizio (CARETTI, TARLI BARBIERI, 2017, 362 s.); lo stesso art. 45.3 menziona la possibilità che tale libertà e altri diritti ad essa correlati siano limitati per "motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica".

Sul piano del diritto derivato, la libertà in oggetto trova una delle sue principali fonti di disciplina nella dir. 2004/38/CE, che tutela i diritti dei cittadini europei e dei loro familiari, anche non europei, a circolare e soggiornare liberamente negli Stati diversi dal proprio. Fra le cause di limitazione, la norma menziona i motivi di sanità pubblica, circoscrivendone l'applicazione "alle malattie con potenziale epidemico, quali definite dai pertinenti strumenti dell'Organizzazione mondiale della sanità, nonché altre malattie infettive o parassitarie contagiose, sempreché esse siano oggetto di disposizioni di protezione che si applicano ai cittadini dello Stato membro ospitante" (art. 29). Tale disposizione, ritenuta applicabile sia al momento dell'ingresso in uno Stato terzo, sia a quello dell'uscita dal proprio, ancora le limitazioni alla libertà di circolazione dei non cittadini alle misure disposte dal diritto dello Stato membro interessato



mentre più dubbia pare la sua idoneità a costituire il fondamento per l'estensione di tali misure sul piano intraeuropeo (DOMINELLI, 2020, 222).

Per quanto concerne la gestione dei confini, sotto l'ombrello dell'art. 4.2 TUE, che garantisce il rispetto delle identità nazionali e delle funzioni essenziali dello Stato, ponendo particolare enfasi sulla tutela della sicurezza nazionale, l'art. 77.4 TFUE ribadisce che rimane impregiudicata la competenza degli Stati membri sulla delimitazione geografica delle loro frontiere, mentre l'art. 72 ne fa salve le prerogative per "il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna".

La possibilità di reintrodurre i controlli alle frontiere interne è contemplata anche dagli Accordi di Schengen. Il c.d. "Codice frontiere" (come riformato nel 2016, a fronte delle ingenti ondate migratorie di quel periodo), pur specificando, sin dai "considerando", che il ripristino dei controlli, incidendo sulla libertà di circolazione, dovrebbe essere limitato a ipotesi specifiche (fra cui si pone l'accento sulla tutela della sicurezza) e disposto nel rispetto del principio di proporzionalità, li contempla nel capo II del Titolo III (dedicato proprio ai confini interni), riservandolo a casi tassativamente previsti. In particolare, l'art. 25, nell'individuare il "quadro generale" in cui si collocano tali misure, ne fissa come ragioni giustificatrici la "minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna di uno Stato membro" e specifica che esse devono costituire solo la soluzione di "extrema ratio"<sup>7</sup>. Le disposizioni successive enunciano i criteri per il ripristino dei controlli (art. 26) e la procedura da seguire, distinguendone una "ordinaria" (art. 27), una da applicare nei casi di urgenza (art. 28) e una – disposta anche su iniziativa dalle Istituzioni europee – per i casi in cui sia messo a rischio il funzionamento globale dello spazio senza controlli alle frontiere interne (artt. 29, 30)<sup>8</sup>. Il Codice specifica infine che nel caso di ripristino dei controlli alle frontiere interne si applichino le disposizioni previste nel Tit. II per quelle esterne (art. 32)<sup>9</sup>.

L'esperienza della pandemia avrebbe fatto emergere secondo alcuni

<sup>7</sup> Secondo SAVINO, (2016, 742), Schengen avrebbe segnato la venuta meno del ruolo dei confini come *markers of identity*, al servizio dei progetti nazionali.

<sup>8</sup> Il "Codice frontiere Schengen", già disciplinato dal regolamento CE 2006/562, è attualmente contenuto nel regolamento UE 2016/399, che all'art. 22 prevede: "Le frontiere interne possono essere attraversate in qualunque punto senza che sia effettuata una verifica di frontiera sulle persone, indipendentemente dalla loro nazionalità".

<sup>9</sup> SARTORETTI, (2020, 1003) rileva come tale disposizione, "in particolare per quanto riguarda la qualificazione della frontiera interessata", non avesse trovato ulteriore specificazione fino alla sent. C-444/17 in cui la CGUE si è soffermata sul suo rapporto con la direttiva rimpatri (2008/115/CE).

l'opportunità di individuare una procedura ad hoc per le ipotesi di tutela della salute pubblica (BORRACETTI, 2020, 435), accanto a ordine pubblico e sicurezza interna; a detta di altri tale modifica non risulterebbe invece necessaria, potendosi ricondurre sia la diffusione della malattia, sia tutti i fenomeni che si sono generati di conseguenza, alla fattispecie della minaccia alla sicurezza interna, come interpretata dalla CGUE (SPITALERI, 2020, 410).

Negli ultimi anni gli Stati che aderiscono agli Accordi di Schengen hanno proceduto con una certa frequenza alla reintroduzione dei controlli ai confini nazionali, in risposta a situazioni critiche, come il rischio di attentati terroristici o la gestione delle ingenti ondate migratorie che hanno investito il Vecchio continente, anche al di là dei limiti di durata previsti dal Codice, trasformando un regime immaginato come temporaneo ed eccezionale in un "sistema permanente di controlli reiterati nel tempo" (SPITALERI, 2020, 400), con effetti destabilizzanti e percepiti in modo particolare nell'esercizio della libertà di circolazione (BENLOLO CARABOT, 2018, 66 s.)<sup>10</sup>.

La pandemia provocata dalla diffusione del COVID-19, momento a sua volta di crisi, ha accentuato la tendenza alla chiusura, inducendo gli Stati europei non solo alla reintroduzione dei controlli alle frontiere, associata, in alcuni casi, ad accertamenti sanitari (talvolta seguiti da obblighi di quarantena), ma, in molti casi, all'imposizione del divieto generalizzato di valicare i confini nazionali, al di là di specifiche eccezioni<sup>11</sup>.

### **3. Il ruolo dell'Unione europea nella gestione della libertà di circolazione durante l'epidemia**

La fase della prima inaspettata emergenza, che ha visto i Paesi, impreparati e comprensibilmente preoccupati per la salvaguardia della salute, più che per la tutela della libertà di circolazione o per la tenuta del sistema Schengen, agire in modo sostanzialmente autonomo, ha lasciato il posto a una di graduale e inevitabile assestamento, che ha assistito invece al profilarsi di un ruolo più attivo dell'Unione europea la quale, nei limiti delle competenze at-

<sup>10</sup> Sulla risposta al fenomeno migratorio, *ex plurimis*, ROMANO, (2017, 248 ss.).

<sup>11</sup> Per una panoramica delle misure poste in campo dai diversi ordinamenti europei v., fra i molti contributi, la sezione monografica in *DPCE online*, 2/2020; su quelle imposte dall'Italia *ex plurimis* GATTA, (2020, 208 s.). Sulla limitazione alla libertà di circolazione è stato rilevato che in un contesto di restrizioni generali a livello nazionale e locale, il divieto di attraversamento delle frontiere costituisce davvero un *vulnus* solo nelle regioni transfrontaliere, ZILLER, (2020, 4).

tribuitele, si è attivata sia sul fronte finanziario, per tentare di compensare gli ingenti danni causati dal blocco forzato di molti rami dei sistemi di produzione; sia sul fronte sanitario, per individuare delle linee guida di reazione comune, incoraggiare la ricerca farmacologica e adoperarsi per l'acquisto e la diffusione dei vaccini; sia, seppur con minore eco, sul fronte della libertà di circolazione, per invitare, anche in questo caso, a ricorrere a protocolli comuni.

A tal proposito, sebbene all'interno dell'Unione europea siano stati messi in campo tanto i meccanismi rispondenti a logiche intergovernative, quanto quelli comunitari, si è registrata la prevalenza dei secondi, in particolare grazie alla Commissione europea (DE PASQUALE, 2020a, XI s.), che, con una serie di atti di *soft law* (comunicazioni e orientamenti) e pur lasciando ampio margine di discrezionalità agli Stati, ha tentato di assumere un ruolo di, seppur debole, coordinamento (TOSI, 2020, 2364; BERGONZINI, 2020, 765).

Condividendo, nelle prime fasi dell'emergenza, la necessità di chiusura dei confini, la Commissione è intervenuta in riferimento alle frontiere sia esterne, sia interne, tentando di favorire la conciliazione fra l'esigenza di effettuare controlli sanitari e quella di consentire la libera circolazione delle persone e delle merci, con particolare riferimento ad alcune particolari categorie.

Quanto alle frontiere esterne, la Commissione ha inizialmente consigliato una restrizione dei viaggi non essenziali verso l'Unione, con il fine di "ridurre drasticamente i flussi di persone in ingresso alle frontiere esterne... e di scoraggiare i cittadini dell'UE e le altre persone che soggiornano nella zona UE+ dall'intraprendere viaggi", ipotizzando le relative deroghe e sottolineando l'opportunità di un'azione congiunta, onde evitare che il risultato ottenuto dalle restrizioni imposte alle frontiere esterne dell'UE da uno Stato membro fosse vanificato dalle scelte più permissive adottate da un altro<sup>12</sup>. Le proposte della Commissione, approvate dal Consiglio europeo<sup>13</sup> e successivamente prorogate nel tempo (v. *infra*)<sup>14</sup>, sono state corredate da una serie di linee guida, volte a

<sup>12</sup> COM(2020) 115, *COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, 16.3.2020. La necessità di un approccio europeo comune, coordinato dalla Commissione, era stata avanzata dai leaders europei sin dalla videoconferenza del 10.3.2020, come sottolineato nelle *Conclusioni del presidente del Consiglio europeo a seguito della videoconferenza sulla Covid-19*, reperibile, come gli altri documenti del Consiglio europeo citati di seguito, in [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu), u.c. 15.2.2021.

<sup>13</sup> *Conclusioni del presidente del Consiglio europeo a seguito della videoconferenza con i membri del Consiglio europeo sulla Covid-19*, 17.3.2020. La necessità di un'azione coordinata viene ribadita anche nella *Dichiarazione comune dei membri del Consiglio europeo* del 26.3.2020.

<sup>14</sup> COM(2020) 148, *Valutazione dell'applicazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, 8.4.2020.

fornire agli Stati membri delle indicazioni comuni cui attenersi nell'assunzione delle loro decisioni. Si è così specificata l'opportunità di effettuare dei controlli sanitari alle frontiere esterne e riconosciuta agli Stati membri la possibilità di vietare, con decisioni proporzionate e non discriminatorie, l'accesso ai cittadini di Paesi terzi non residenti che presentassero "sintomi compatibili con il virus" o che, esposti al rischio di infezione, fossero "da considerarsi un rischio per la salute pubblica" ovvero quella di applicare misure alternative, quali l'isolamento o la quarantena, se considerate più efficaci<sup>15</sup>.

Gli interventi sulle frontiere interne sono risultati più consistenti, anche alla luce della laconicità delle disposizioni del Titolo III del Codice Schengen (BORRACCETTI, 2020, 435).

Con un primo documento, adottato sempre il 16 marzo e approvato l'indomani dal Consiglio europeo, la Commissione ha voluto fornire alcuni "orientamenti"<sup>16</sup> (poi specificati in documenti successivi) per guidare gli Stati membri nel tentativo di conciliare la tutela del mercato unico e della libertà di circolazione con la necessità di preservare la salute pubblica, richiamando altresì il principio di solidarietà e sottolineando l'importanza di una gestione coordinata da parte dell'Unione europea.

Pur adducendo a motivo del ripristino dei controlli alle frontiere le ragioni previste dagli Accordi di Schengen (ordine pubblico e sicurezza interna), il documento specifica che in "situazioni estremamente critiche" uno Stato membro può ritenere necessaria la reintroduzione di controlli per far fronte al rischio rappresentato da una malattia contagiosa, predisponendo sempre misure proporzionate e non discriminatorie fra cittadini dello Stato membro e altri cittadini europei. Singolare – e non priva di rilievo ai fini di queste riflessioni – è la precisazione che l'istituzione di controlli sanitari non implica il ripristino dei controlli di frontiera (punti 18-21).

Sin dall'inizio la Commissione ha però posto l'accento sulla necessità di attenuare le restrizioni nei confronti di alcune categorie di viaggiatori, fra cui coloro che rientrano al proprio domicilio o i lavoratori addetti al trasporto e di consentire il passaggio delle merci, con particolare riferimento a talune ti-

<sup>15</sup> Commissione europea, 2020/C 86 I/01, *COVID-19 Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali*, 16.3.2020 e 2020/C 96 I/01, che prescrive l'estensione alle frontiere esterne delle indicazioni rivolte a quelle interne, su cui v. *infra*. Misure più dettagliate sono previste in C(2020) 2050, *COVID-19 Guidance on the implementation of the temporary restriction on non-essential travel to the EU, on the facilitation of transit arrangements for the repatriation of EU citizens, and on the effects on visa policy*, 30.3.2020.

<sup>16</sup> 2020/C 86 I/01, cit.

pologie di fondamentale importanza (come generi alimentari, dotazioni sanitarie). A tal fine, essa ha suggerito in un apposito documento<sup>17</sup> alcune modalità di attraversamento delle frontiere che, pur in presenza di controlli, consentono a tali categorie di merci e persone di non accumulare ritardi.

Anche i lavoratori itineranti sono stati oggetto dell'attenzione di appositi atti che, concentratisi inizialmente sull'opportunità di salvaguardarne gli spostamenti<sup>18</sup>, nel periodo successivo hanno invitato gli Stati membri a prenderne in esame, più in generale, le condizioni di vita e di lavoro<sup>19</sup>.

Il calo dei contagi seguito all'applicazione delle prime drastiche misure restrittive ha indotto le Istituzioni europee a indirizzare i loro interventi da un lato al mantenimento delle limitazioni alla libertà di circolazione, pur nella misura meno restrittiva possibile, dall'altro lato alla delineazione di un percorso da seguire per consentire quanto prima la riespansione di tale libertà.

Alla prima categoria si possono ricondurre le raccomandazioni di prorogare la chiusura delle frontiere esterne all'area Schengen, rinnovate un paio di volte fino a fissare come data finale quella del 30 giugno, data entro la quale sarebbe stato predisposto l'elenco dei Paesi, rispettosi di determinati parametri, nei cui confronti revocare le restrizioni<sup>20</sup>. A questo proposito la

<sup>17</sup> 2020/C 96 I/01, *Comunicazione della Commissione sull'attuazione delle corsie verdi («green lanes») previste dagli orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali*, 24.3.2020. Quanto agli accertamenti sulla salute delle persone, si consiglia di non sottoporre i trasportatori di merci asintomatici all'obbligo di quarantena né a quello di essere in possesso di un certificato medico di buona salute (punto 20). Le nuove restrizioni imposte dalla recrudescenza dell'epidemia inducono la Commissione a rammentare l'importanza del rispetto delle corsie verdi, in relazione soprattutto al trasporto delle merci e agli addetti coinvolti, anche in riferimento alle vie navigabili, aeree e ferroviarie e a prospettare la futura delineazione di un piano di emergenza, COM(2020) 685, *Sul potenziamento delle corsie verdi per i trasporti al fine di assicurare la continuità dell'attività economica durante la fase di recrudescenza della pandemia di COVID-19*, 28.10.2020.

<sup>18</sup> 2020/C 102 I/03, *Orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di Covid-19*, 30.3.2020.

<sup>19</sup> C(2020) 4813, *Orientamenti relativi ai lavoratori stagionali nell'UE nel contesto della pandemia di COVID-19*, 16.7.2020, in risposta all'invito espresso dal Parlamento nella Risoluzione 2020/2664, *Sulla tutela dei lavoratori frontalieri e stagionali nel contesto della crisi della Covid-19*, 19.6.2020.

<sup>20</sup> COM(2020) 222, *Seconda valutazione dell'applicazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, 8.5.2020; COM(2020) 399, *Terza valutazione dell'applicazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, 11.6.2020 e Raccomandazione (UE) 2020/912 del Consiglio relativa alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE e all'eventuale revoca di tale restrizione, 30.6.2020.

Commissione ha ricordato l'importanza di un approccio coordinato fra gli Stati membri dell'Unione, molti dei quali stavano invece procedendo autonomamente alle decisioni sulle proprie frontiere, rischiando di condizionare l'andamento dei contagi anche negli altri Stati dell'area Schengen.

Alla seconda categoria può essere invece ascritta la “tabella di marcia comune europea” verso la revoca delle misure di contenimento, nella quale si raccomanda una graduale abolizione delle restrizioni e l'eliminazione dei controlli temporanei alle frontiere interne, nonché, in una seconda fase, anche quella delle limitazioni dei viaggi non essenziali verso l'UE attraverso la frontiera esterna. La tabella prescrive che l'assunzione delle sopracitate decisioni tenga conto di tre aspetti: i criteri epidemiologici, la capacità dei sistemi sanitari, la capacità di monitoraggio<sup>21</sup>. Riprendendone i contenuti in una successiva Comunicazione, la Commissione ha sottolineato che le restrizioni alla libertà di circolazione e le frontiere danneggiano il mercato unico e lo “stile di vita europeo” dei cittadini. Essa ha ipotizzato che il ritorno alla normalità possa avvenire attraverso fasi distinte, in cui le aperture gradualmente si basino sulla situazione epidemiologica e, fra le misure di contenimento, ha invitato gli Stati membri a considerare, per le persone che rientrassero da altre località, la somministrazione di test per monitorare un'eventuale nuova diffusione del virus<sup>22</sup>; un ulteriore miglioramento della situazione l'ha indotta poi a esortare gli Stati che ancora non lo avevano fatto ad abbandonare i controlli alle frontiere interne entro il 15 giugno<sup>23</sup>.

La tutela della libertà di circolazione, “uno dei principali successi dell'integrazione europea e una condizione fondamentale per la ripresa economica dell'UE dopo la pandemia di Covid-19” (punto F) viene considerata di basilare importanza anche dal Parlamento europeo che, esprimendo preoccupazione per le chiusure delle frontiere, ha lamentato la carenza di motivazione nelle notifiche delle relative decisioni da parte degli Stati membri e auspicato l'assunzione di un ruolo di coordinamento da parte della Commissione<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> *Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19*, presentata dalla Presidente della Commissione europea e dal Presidente del Consiglio europeo e “accolta con favore” dal Consiglio europeo nella videoconferenza del 23.4.2020 (v. le Conclusioni del Presidente).

<sup>22</sup> C(2020) 3250, *Covid-19 Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne*, 13.5.2020.

<sup>23</sup> COM(2020) 399, cit.

<sup>24</sup> *La situazione nello spazio Schengen in seguito alla pandemia di Covid-19*, 2020/2640, 19.6.2020. L'organo rappresentativo deplorava che gli Stati avessero agito in autonomia anche

La rinnovata espansione della libertà di circolazione ha però ben presto trovato nuove forme di limitazione nelle settimane estive, quando l'auspicato godimento delle vacanze quasi all'insegna della normalità ha presentato un doloroso conto in termini di riacutizzazione dell'epidemia. In questo periodo alcuni Stati dell'area Schengen hanno deciso di imporre determinati adempimenti a chi rientrava da taluni Paesi, anche europei, come l'attestazione di assenza del virus ovvero la sottoposizione a periodi di isolamento. In Italia si è richiesto, ad esempio, a chi proveniva da Croazia, Grecia, Malta e Spagna, di dimostrare la recente effettuazione di un test con risultato negativo ovvero di sottoporsi a tale verifica al proprio rientro, rimanendo nel frattempo in isolamento domiciliare, pur non essendo molto chiare le modalità per ottemperare a tali precetti nonché il controllo sulla loro effettiva osservanza<sup>25</sup>.

Come nella prima fase, si è trattato però di decisioni assunte dagli Stati membri dell'Unione europea in sostanziale autonomia, nel rispetto del criterio di riparto delle competenze in materia e alla luce delle oggettive differenze nella diffusione del contagio e nella presenza di movimenti di persone in entrata o in uscita sui rispettivi territori.

Le Istituzioni europee sono nuovamente intervenute, specificando che un approccio coordinato richiede l'impegno su quattro punti chiave (l'applicazione di criteri comuni nel decidere se introdurre restrizioni alla libera circolazione, la mappatura delle zone di rischio, l'individuazione di soglie comuni nella valutazione di restrizioni alla libera circolazione per motivi di salute pubblica, la fornitura al pubblico di "informazioni chiare, complete e tempestive") e raccomandando il rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità ("le restrizioni alla libera circolazione dovrebbero essere prese in considerazione solo se gli Stati membri dispongono di prove sufficienti per giustificarle in termini di benefici per la salute pubblica e hanno fondati motivi per ritenere che tali restrizioni sarebbero efficaci"). Quan-

in *Azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze*, 2020/2616, 17.4.2020, in cui sottolineava che "la risposta dell'UE alla pandemia Covid-19 è stata caratterizzata da una mancanza di coordinamento tra gli Stati membri in termini di misure di sanità pubblica, in particolare per quanto riguarda le restrizioni imposte alla circolazione delle persone a livello nazionale e transfrontaliero e la sospensione di altri diritti e norme (lett. e)". Considerazioni analoghe sono espresse dopo il periodo estivo nella *Risoluzione sul sistema Schengen e le misure adottate durante la crisi della COVID-19*, 2020/2801, 24.11.2020, in cui è riservata particolare attenzione alle regioni transfrontaliere.

<sup>25</sup> Ministero della Salute, Ordinanza 12.8.2020, *Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in G.U. Serie Generale, n. 202, 13.8.2020.

to ai profili di carattere sanitario, è stata raccomandata l'adozione di un approccio comune, che imporrebbe agli Stati membri il reciproco riconoscimento della validità dei test COVID<sup>26</sup>.

L'autunno del 2020 non ha purtroppo smentito le previsioni degli studiosi sull'arrivo di una "seconda ondata" della malattia, rendendo necessaria la disposizione di nuove limitazioni alla circolazione, che hanno interessato soprattutto la dimensione interna ai confini nazionali. Quanto a quella esterna, le Istituzioni europee hanno continuato a sottolineare la centralità della libertà di circolazione nelle dinamiche dell'Unione europea e l'opportunità di sostituire i controlli alle frontiere con altri strumenti che ne consentano un attraversamento sicuro<sup>27</sup>.

Le persistenti difficoltà nel debellare la pandemia, acuite dalla diffusione delle varianti, stanno inducendo le Istituzioni, pur preoccupate di salvaguardare la libertà di circolazione, a prefigurare nuove limitazioni, sia sul fronte interno, sia su quello esterno<sup>28</sup>, anche nel tentativo di un nuovo coordina-

<sup>26</sup> *Raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio del 13 ottobre 2020 per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19*, adottata su proposta della Commissione COM(2020) 499, 4.9.2020 e con il parere del Parlamento europeo, *COVID-19: coordinamento UE delle valutazioni sanitarie e della classificazione dei rischi e conseguenze per Schengen*, 2020/2780, 17.9.2020. Sulla validità dei test eseguiti in altri Paesi la raccomandazione afferma "Gli Stati membri dovrebbero riconoscere reciprocamente i risultati dei test per l'infezione da COVID-19 effettuati negli altri Stati membri da organismi sanitari certificati. Dovrebbero rafforzare la cooperazione sui diversi aspetti relativi ai test, compresa la verifica dei certificati riguardanti i test, tenendo conto della ricerca e del parere degli esperti in epidemiologia nonché delle migliori pratiche". Il Parlamento europeo accenna al mancato riconoscimento come a una "diffidenza [che] complica notevolmente la vita dei cittadini" (punto F dei *Considerando*). L'invito a proseguire gli sforzi di coordinamento è espresso anche dal Consiglio europeo (Conclusioni della riunione del 15-16.10.2020) che nell'incontro del 19.11.2020 (v. le Conclusioni) insiste proprio sul riconoscimento dei test eseguiti in altri Stati.

<sup>27</sup> Risoluzione del Parlamento europeo, 2020/2801, cit. La diffusione della c.d. "variante inglese" e l'imminente invero della Brexit hanno indotto la Commissione a intervenire anche con la Raccomandazione (UE) 2020/2243 relativa a un approccio coordinato ai viaggi e ai trasporti in risposta alla variante di SARS-COV-2 identificata nel Regno Unito, 22.12.2020.

<sup>28</sup> V. la Dichiarazione conclusiva del presidente Charles Michel a seguito della videoconferenza dei membri del Consiglio europeo del 21.1.2021; tale incontro ha dato impulso all'approvazione di modifiche alle raccomandazioni adottate nei mesi precedenti in riferimento sia alle frontiere esterne, sia a quelle interne, con le quali si suggeriscono agli Stati membri nuovi criteri per determinare i Paesi extra-UE a cui è possibile revocare le restrizioni e regole più restrittive per l'attraversamento dei confini interni, *Council Recommendation amending Council Recommendation (EU) 2020/912 on the temporary restriction on non-essential travel*



mento delle decisioni degli Stati membri, alcuni dei quali si stanno muovendo, per ora autonomamente, in tal senso<sup>29</sup>.

Nello stesso tempo, però, la scoperta e la diffusione – pur non esente da difficoltà – dell’auspicato vaccino stanno facendo lentamente rifiorire la speranza del ritorno a una, pur non imminente e comunque mutata, “normalità”, alcuni dei cui aspetti necessiteranno di essere regolati sia all’interno dei singoli Stati, sia a livello di Unione europea.

#### 4. Il riparto di competenze in materia di tutela della salute

L’Unione europea non è rimasta silente nella vicenda dei vaccini, svolgendo un ruolo di coordinamento ma anche di gestione attiva che ha portato a constatare la concretizzazione nella prassi di quel principio di solidarietà e di quella comunanza d’intenti cui si rimprovera spesso di esistere solo sulla carta<sup>30</sup>. Uno dei momenti salienti di questo intervento, prefigurato dalla normativa già in passato<sup>31</sup>, è rappresentato dall’approvazione di una strategia

*into the EU and the possible lifting of such restriction e Raccomandazione (UE) 2021/119 del Consiglio dell’1 febbraio 2021 che modifica la raccomandazione (UE) 2020/1475 per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19, entrambe accolte “con favore” dai leaders europei nell’incontro del 25-26.2.2021 (v. la relativa Dichiarazione).*

<sup>29</sup> Nel febbraio 2021 la Commissione ha richiamato sei Paesi dell’UE, che hanno assunto decisioni restrittive sull’attraversamento dei loro confini, a tornare a un approccio coordinato sulla circolazione di persone e merci.

<sup>30</sup> Anche sul fronte sanitario e soprattutto in riferimento alla prima fase dell’epidemia non sono mancate però opinioni, fra cui SANDULLI, (2020, 406 s.), che avrebbero auspicato un ruolo più attivo dell’Unione.

<sup>31</sup> V. la *decisione 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22.10.2013 relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 2119/98/CE*, il cui Considerando n. 13 ricorda che “Il Parlamento europeo nella risoluzione dell’8 marzo 2011 e il Consiglio nelle conclusioni del 13 settembre 2010 hanno sottolineato la necessità di introdurre una procedura di approvvigionamento comune delle contromisure mediche, in particolare dei vaccini pandemici, per consentire agli Stati membri, su base volontaria, di beneficiare di tali acquisti di gruppo, a esempio ottenendo su un dato prodotto tariffe vantaggiose e flessibilità nelle ordinazioni. Per quanto riguarda i vaccini pandemici, nel contesto di capacità produttive limitate a livello globale, si ricorrerebbe a tale procedura al fine di consentire un accesso più equo ai vaccini per gli Stati membri interessati, per aiutarli a soddisfare meglio le necessità di vaccinazione dei loro cittadini, conformemente alle pertinenti politiche negli Stati membri”.

volta ad “accelerare lo sviluppo, la fabbricazione e la diffusione di vaccini”<sup>32</sup>, che pare preludere a ulteriori sviluppi verso il raggiungimento di maggiori livelli di integrazione in ambito sanitario<sup>33</sup>.

Al di là di tali, pur rilevanti, interventi è noto che sulla base del riparto di competenze previsto dai Trattati le decisioni inerenti alla somministrazione del vaccino, rientrando nell’ambito della tutela della salute, saranno assunte dagli Stati membri.

A questo proposito, oltre a specificare che l’Unione persegue l’obiettivo di promuovere “la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli” (art. 3.1 TUE) e a inserire fra le finalità da tenere in considerazione nell’attuazione delle sue politiche “un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana” (art. 9 TFUE), i Trattati contemplano infatti “tutela e miglioramento della salute umana”, “nella loro finalità europea”, fra le competenze complementari (art. 6 TFUE) e “problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente Trattato” fra le materie concorrenti (art. 4.2.k TFUE). Dal canto suo la Carta dei Diritti, oltre ad affermare che in ambito medico e biologico dev’essere sempre rispettato il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge (art. 3.2), garantisce il diritto di “accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali” (art. 35). Se nella gestione ordinaria della tutela della salute l’Unione è quindi chiamata solo a “svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l’azione degli Stati membri”, nel caso di problematiche legate alla sicurezza è possibile prospettare un suo ruolo più attivo, secondo le regole della competenza concorrente.

<sup>32</sup> La strategia è stata proposta nella Comunicazione COM(2020) 245, *Strategia dell’Unione europea per i vaccini contro la Covid-19*, 17.6.2020. Fra i documenti della Commissione che hanno tracciato la strada del coordinamento europeo v. 2020/C 111 I/01, *Orientamenti sull’assistenza di emergenza dell’UE per quanto riguarda la cooperazione transfrontaliera nell’ambito dell’assistenza sanitaria legata alla crisi della Covid-19*, 3.4.2020; COM(2020) 318, *Preparazione sanitaria a breve termine dell’UE per affrontare i focolai di COVID-19*, 15.7.2020; COM(2020) 680, *Preparedness for COVID-19 vaccination strategies and vaccine deployment*, 15.10.2020.

<sup>33</sup> Si pensi a COM(2020) 724, *Costruire un’Unione europea della salute: rafforzare la resilienza dell’UE alle minacce per la salute a carattere transfrontaliero*, 11.11.2020, che suggerisce l’avvio di un’iniziativa, denominata “Europa della Salute”, attraverso la proposta di alcune modifiche legislative volte ad accentuare il ruolo dell’Unione nel settore. Le modifiche, esplicitate in COM(2020) rispettivamente 727, 726, 725, inciderebbero sulla sopracitata direttiva 1082/2013/UE e sulla disciplina del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie e dell’Agenzia europea per i medicinali.

Il TFUE dedica poi alla sanità pubblica il titolo XIV, il cui art. 168, ribadendo il carattere complementare dell'azione dell'Unione, menziona alcune ipotesi a cui si potrebbe ricondurre la pandemia di Coronavirus. La disposizione afferma innanzitutto che l'azione dell'Unione "comprende la lotta contro i grandi flagelli" con una serie di strumenti fra cui "la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero" (par. 1). In tali settori gli Stati membri, incoraggiati a cooperare, coordinano fra loro, in collegamento con la Commissione, politiche e programmi; la Commissione può assumere iniziative per favorire detto coordinamento, in particolare definendo orientamenti e indicatori, scambi delle migliori pratiche, predisposizione di verifiche periodiche (par. 2). Ancora, il par. 5 assegna a Parlamento e Consiglio la facoltà di "adottare misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana, in particolare per lottare contro i gravi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero... ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri". Il par. 7 ribadisce però che la definizione della politica sanitaria e l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica rientrano nella responsabilità degli Stati membri.

Il par. 5, sino ad ora scarsamente utilizzato in riferimento all'ambito in oggetto (DE PASQUALE, FIENGO, 2020, 41), trova attuazione nella decisione 1082/2013/UE<sup>34</sup>, che, disciplinando le gravi minacce a carattere transfrontaliero, prevede misure di coordinamento e monitoraggio da adottare a livello di Unione. Fra le altre cose, il documento attribuisce alla Commissione il potere di riconoscere formalmente una situazione di emergenza sanitaria pubblica, in relazione a "epidemie di influenza umana ritenute potenzialmente pandemiche", qualora ricorrano alcune condizioni fra cui la messa in pericolo, da parte della minaccia a carattere transfrontaliero, della sanità pubblica a livello di Unione (art. 12). Per quanto qui di interesse, nei "considerando" la decisione sottolinea al punto 21 che, pur essendo la gestione delle crisi che colpiscono la sanità pubblica di responsabilità degli Stati membri, in caso di incoerenza della loro azione o di divergenza delle loro valutazioni, il coordinamento dell'Unione dovrebbe mirare a garantire "che le misure adottate a livello nazionale siano proporzionate e limitate ai rischi per la sanità pubblica derivanti da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, senza che tali misure entrino in conflitto con i diritti e i doveri sanciti nel TFUE, quali quelli riguardanti la limitazione dei viaggi e del commercio".

<sup>34</sup> Decisione n. 1082/2013/UE, cit. e P. DE PASQUALE, (2020b, 2299 s.).

Sempre in riferimento al ruolo dell'Unione, ulteriori appigli normativi nei Trattati sarebbero offerti dalle disposizioni sulla protezione civile e sulla clausola di solidarietà.

A proposito della prima, l'Unione ha fatto effettivamente ricorso alla competenza complementare di cui dispone ai sensi dell'art. 196 TFUE, secondo cui essa mira, fra gli altri obiettivi, a sostenere e completare l'azione degli Stati membri negli interventi "in caso di calamità naturali o provocate dall'uomo". La pandemia ha indotto la Commissione a proporre una modifica volta a rafforzare tale meccanismo<sup>35</sup>.

La clausola di solidarietà sarebbe risultata altresì applicabile alla situazione contingente in quanto l'art. 222 TFUE autorizza l'Unione e gli altri Stati membri a prestare assistenza a uno Stato, su richiesta delle sue autorità politiche, "in caso di calamità naturale o provocata dall'uomo"<sup>36</sup>. Quanto alle modalità di attuazione di questa clausola, gli Stati membri vengono lasciati liberi nella scelta dei mezzi con cui provvedervi<sup>37</sup>, mentre l'intervento dell'Unione europea trova disciplina in una decisione del Consiglio, la cui definizione di "catastrofe" come "qualsiasi situazione che colpisce o andrà a colpire gravemente le persone" (art. 3) ne potrebbe lasciare dedurre l'applicabilità alla pandemia da COVID-19<sup>38</sup>.

## **5. I Passaporti-COVID nel delicato bilanciamento fra diritti e fra livelli di governo**

Tornando però agli interrogativi iniziali sull'utilizzo della vaccinazione come strumento di limitazione della libertà di circolazione in seno all'Unione

<sup>35</sup> COM(2020) 220, *Proposta di decisione del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la decisione n. 1313/2013/UE su un meccanismo unionale di protezione civile*, 2.6.2020.

<sup>36</sup> Sull'applicabilità della clausola alle situazioni di emergenza v. DELLA CANANEA, (2020, 2395).

<sup>37</sup> Così specifica la Dichiarazione n. 37, allegata al Trattato di Lisbona, che, in combinato disposto con l'art. 222 TFUE, farebbe emergere l'assenza di un meccanismo che consenta una risposta unitaria o coordinata ROSSI, (2020, 5).

<sup>38</sup> Decisione del Consiglio del 24.6.2014 relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà. Nella versione italiana il TFUE all'art. 222 usa l'espressione "calamità", mentre la decisione utilizza "catastrofe", ma in inglese vengono rese entrambe con "disaster". Esprime perplessità sull'applicazione alla pandemia in corso della clausola, ideata forse più con lo scopo di essere utilizzata in altre tipologie di disastri, come quelli legati alla difesa DOMINELLI, (2020, 217).

europea, da quanto enunciato sopra si ricava che le decisioni sulla somministrazione del farmaco, inclusa quella sulla sua obbligatorietà, rimangono di competenza degli Stati membri, che potranno quindi determinare, nei limiti della disponibilità del medicinale, l'estensione della copertura fra la loro popolazione.

Una lettura incrociata di tale competenza e di quella relativa alla gestione dei confini porta allora a domandarsi se l'auspicata diffusione della vaccinazione, la cui gestione presenta margini di incertezza anche all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, potrà costituire un fattore di regolazione del passaggio delle persone fra le frontiere degli Stati membri dell'Unione europea, oltre che attraverso quelle esterne. Se e fino a che punto i Paesi potranno imporre, a chi voglia entrare nel loro territorio, l'esibizione di una certificazione di avvenuta vaccinazione o comunque l'attestazione della propria situazione rispetto alla malattia (da cui risulti, ad esempio, la causa di esenzione dalla profilassi ovvero la recente contrazione e guarigione dal morbo) o, ancora, come già avviene, la sottoposizione a un esame volto ad accertarne l'assenza?

Nell'ambito dell'Unione europea, che ha sempre fatto della libertà di movimento uno dei suoi principi basilari, le ipotesi sopra delineate, totalmente avulse da una realtà in cui la dimensione spaziale sembrava ormai quasi superata dalla velocità e dalla frequenza dei trasporti, parrebbero quasi ascrivibili ad una sorta di "fanta-diritto", se non fosse che la tragicità degli eventi che hanno recentemente coinvolto l'Europa (insieme al resto del mondo) hanno indotto e inducono i Governi nazionali ad attivarsi per evitare che si ripetano catastrofi di tale natura usando tutti i mezzi a disposizione, inclusa la riappropriazione del controllo dei propri confini, la cui gestione può essere finalizzata a prevenire e contrastare minacce alla salute pubblica. Come la stessa Corte di Giustizia ha infatti riconosciuto, la tutela di tale bene, che occupa "il primo posto fra i beni degli interessi protetti dal Trattato UE", dovendo essere garantita dagli Stati membri secondo il livello da loro deciso (C-297/2016, punto 64), è considerata una delle ragioni che possono giustificare la limitazione di libertà fondamentali, come quella di stabilimento (C-230/2018, punti 60 ss.).

E proprio in questo contesto si collocano le proposte avanzate da alcuni Stati membri di regolare l'attraversamento delle frontiere in base al COVID-status delle persone, per quanto in particolare concerne la sottoposizione alla vaccinazione. Sostenuta dagli Stati dell'Europa meridionale, preoccupati dal rischio di una riduzione dei proventi del turismo estivo, fondamentale per i loro sistemi economici (Cipro, Grecia, Portogallo, Spagna), ma anche da al-

cuni Stati nordici e centro-orientali, l'idea era avversata da altri Paesi, fra cui Belgio, Francia, Romania e Germania, che la reputavano prematura (vista la fase ancora iniziale di diffusione del trattamento), oltre che non necessariamente efficace (data l'assenza di riscontri sull'effettivo tasso di immunità garantito dal vaccino).

Anche senza tenere in considerazione le complesse problematiche che discenderebbero, all'interno dello spazio unico europeo, dall'esigenza di tornare a presidiare tutti i confini interni, con conseguente dispiegamento di risorse strumentali, personali e finanziarie, numerosi risultano i profili giuridici, oltre che etici, sottesi alla questione, sui quali si innestano molteplici interrogativi, che concernono la possibilità dell'applicazione di regimi differenziati da parte degli Stati, a seconda sia delle scelte da questi operate nei confronti dei propri cittadini, sia delle categorie di soggetti intenzionati a varcare i loro confini.

Quanto alla prima variabile, ci si domanda in particolare se un Governo europeo che renda obbligatoria la vaccinazione anti-COVID sul suo territorio – per quanto improbabile paia per ora tale ipotesi – potrà disporre il divieto di accesso o di transito sullo stesso di cittadini provenienti da altri Stati UE o extra-UE e non vaccinati o perlomeno subordinarlo alla soggezione a specifici adempimenti. Certamente suscettibile di recare un grave pregiudizio alla libertà “europea” di circolazione, questa decisione potrebbe risultare comprensibile considerando il fatto che un Paese che imponga alla propria popolazione il sacrificio della vaccinazione, sfidando anche le correnti sfavorevoli dell'opinione pubblica, debba poi preservare il tasso di immunità raggiunto, ma anche non suscitare il malcontento dei propri cittadini che, sottoposti magari non di buon grado al trattamento, vedrebbero poi circolare liberamente sul territorio cittadini di altri Stati membri o di Paesi terzi che non hanno adempiuto a tale obbligo. Com'è noto, infatti, uno degli aspetti più problematici delle vaccinazioni è, almeno in Italia, la loro riconduzione fra quei trattamenti sanitari obbligatori<sup>39</sup> che costituiscono un limite sia al risvolto negativo del diritto alla salute, cioè la libertà di non curarsi, sia al diritto all'autodeterminazione (ribadito con particolare enfasi nella sfera sanitaria), trovando la propria ratio giustificatrice nella qualificazione, contenuta nella stessa Costituzione, della salute come interesse della collettività (*ex plurimis* BARTOLE, BIN, 2008, 328, 330; PERLINGIERI, 2001, 207; SCACCIA, 2018, 218; SIMONCINI, LONGO, 2006, 668; FERRARA, 1997, 524; LUCIANI, 10; CUOCOLO, 2007, 27).

<sup>39</sup> Definiscono le vaccinazioni rese obbligatorie “un punto focale dei TSO in generale” MEZZETTI, ZAMA, (1999, 340).

Più improbabile è invece che le limitazioni all'attraversamento dei confini siano ipotizzate da quei Governi che non renderanno obbligatoria la vaccinazione, benché proprio la consapevolezza di una diffusione non capillare dell'intervento profilattico e della conseguente maggiore vulnerabilità della popolazione potrebbe indurli a guardare con maggior timore a chi "viene da fuori".

Quanto alla possibilità che si applichino regimi *ad personam*, gli aspetti di maggiore problematicità si ravvisano nella facoltà di prevedere criteri diversi a seconda dei soggetti interessati all'attraversamento della frontiera, immaginando trattamenti non omogenei fra i cittadini di altri Stati membri dell'Unione, i cittadini di Stati terzi (inclusi i migranti), ma anche i cittadini di quello stesso Stato che, avendo soggiornato all'estero, non si siano ancora potuti sottoporre alla vaccinazione.

Un altro elemento di differenziazione potrebbe riguardare i motivi dell'ingresso nel Paese, portando magari a prevedere condizioni più blande per chi si dichiara intenzionato al solo attraversamento del territorio nazionale (per entrare in quello di un altro Stato) e l'assolvimento dell'obbligo vaccinale ovvero controlli costanti sulla non contagiosità per chi intende invece trattenersi per un periodo più lungo. Anche questa opzione risulterebbe difficilmente praticabile, data sia l'impossibilità di escludere che un soggetto "di passaggio" non possa contribuire alla diffusione della malattia (si pensi all'avventore, inconsapevolmente positivo, di un autogrill), sia la difficoltà di accertare la veridicità delle dichiarazioni di intenti di ognuno e considerando che la stessa persona, anche in buona fede, potrebbe per qualche ragione cambiare i propri programmi (si pensi, per rimanere in ambito sanitario, al caso dell'automobilista in solo transito che incorra in un incidente d'auto, trovandosi suo malgrado costretto al ricovero in una struttura ospedaliera locale).

A questo proposito, se per quanto concerne l'attraversamento delle frontiere esterne il Codice Schengen consente la previsione di regimi differenziati fra cittadini e non cittadini dell'Unione europea in caso di minaccia alla salute pubblica<sup>40</sup> e tale differenza è tornata a farsi avvertire con particolare rilievo nei tempi della pandemia (PASSAGLIA, 2020, 4282), in riferimento a quelle interne e, soprattutto, ai cittadini dell'Unione il primo ostacolo alla previsione di misure che prevedano regimi differenti fra le persone è costituito da quel principio di non discriminazione che, permeando di sé tutta la normativa eurounitaria, a partire dalla sua sanzione nei Trattati istitutivi, viene ripre-

<sup>40</sup> Artt. 6.1, e; 8.3, a, punto vi e, *amplius*, BORRACCETTI, (2020, 434).

so nel Codice Schengen (art. 7.2, in riferimento alle frontiere esterne) e ribadito con enfasi nei documenti sulle limitazioni alla libertà di circolazione adottati negli scorsi mesi dalla Commissione (v. par. 2)<sup>41</sup>.

L'opportunità di ricondurre a sistema, a livello europeo, l'ampio ventaglio di possibilità che si potranno prefigurare, nel sistema plurilivello dell'Unione, nelle decisioni concernenti i c.d. passaporti COVID e, più in generale, l'attraversamento delle frontiere, presuppone la risposta a due fondamentali interrogativi: quali sono i principali diritti coinvolti e quali i soggetti chiamati a bilanciarli?

Il diritto che primariamente si mira a tutelare, nel contesto pandemico che fa da sfondo a queste brevi riflessioni, è notoriamente quello alla salute, che il COVID-19 ha pesantemente violato non solo per la sua elevata diffusione fra le persone (molte delle quali hanno pagato con la vita), ma anche in quanto l'affaticamento dei servizi sanitari che ne è derivato ha comportato un rallentamento nella cura delle altre patologie. L'importanza di questo diritto, funzionale al godimento di tutti gli altri e definito dalla nostra Costituzione come "fondamentale", non può implicare però che la sua tutela porti alla compressione quasi totale delle altre posizioni giuridiche meritevoli di protezione (ROMBOLI, 2020, 537; BALDETTI, CANALE, FRAZÃO, LUZZI, MADAU, SALOI, SPAGNOLI, 2020, 18-25).

Il diritto che più pesantemente verrebbe inciso dall'esigenza di preservare la salute attraverso la previsione di *COVID-passports* sarebbe quello di circolare liberamente, non tanto all'interno dei singoli Stati, che, a differenza di quanto avvenuto per contrastare la diffusione del morbo<sup>42</sup>, adotterebbero presumibilmente scelte comuni su tutto il loro territorio, quanto fra i Paesi membri dell'Unione e, più in generale, verso tutte le località estere, inciden-

<sup>41</sup> Nell'ordinamento italiano la Corte costituzionale ha chiarito che la prescrizione, indicata dall'art. 16 Cost., di prevedere limiti alla libertà di circolazione "in via generale" [Corte cost. 68/1964 e CERRERI, (2018, 474, 480; OLIVETTI, (2018, 261)] non preclude l'adozione di provvedimenti limitativi individuali, che in questo caso sarebbero giustificati dal rischio di contagiare altre persone. La possibilità, pur di non agevole realizzazione, di operare distinzioni in base a tale rischio, è vagliata, con riferimento all'ambito nazionale, da DE MARCO, (2020, 376).

<sup>42</sup> Nel nostro Paese nella prima fase della pandemia non sono mancati interventi restrittivi della libertà di circolazione adottati a livello regionale o locale. Dell'ampio dibattito che si è sviluppato in materia, si ricordino l'opinione di DEMURO, (2020, 932 s.), che rileva la problematicità di interventi limitativi disposti dalle Regioni; SAGONE, (2020, 115), che ricorda le proposte, avanzate da alcune di esse, di esercitare un controllo su chi entrasse nel loro territorio; BALDINI, (2020, 1349), che ribadisce che provvedimenti come i cordoni sanitari spettano solo allo Stato.



do così sulla libertà di espatrio. Va da sé che dalla limitazione di questa libertà, pur compensata da probabili eccezioni, deriverebbe quella di altri diritti, previsti a livello nazionale o internazionale, come il rispetto della vita privata e familiare (turbata dalla difficoltà di ricongiungimenti transfrontalieri), l'istruzione (si pensi alla maggiore difficoltà di accedere a programmi che, come l'Erasmus, prevedono periodi di formazione in altri Paesi), il lavoro (con riduzioni delle trasferte e, più in generale, della mobilità), la pratica della propria fede religiosa o di un'attività sportiva (lese da eventuali divieti di pellegrinaggi nonché della possibilità di svolgere altrove determinate discipline motorie o attività agonistica).

Il secondo diritto che verrebbe fortemente messo in discussione dall'applicazione di una normativa siffatta è quello alla privacy, che vede proprio nella sfera sanitaria una delle roccaforti della sua tutela, essendo difficile immaginare dati che possano considerarsi più personali e meritevoli di riservatezza di quelli relativi allo stato di salute.

Il problema di bilanciare diritto alla salute e diritto alla privacy in relazione al COVID era già stato sollevato nei mesi scorsi dalle proposte di utilizzare strumenti di tracciamento dei contatti con soggetti positivi al fine di contenere la diffusione della malattia<sup>43</sup>. Lo scarso impiego incontrato, almeno in Italia, da tali strumenti non ha poi reso necessaria una definizione della misura della limitazione reciproca dei due diritti coinvolti, definizione cui si dovrebbe invece fare fronte se si pensasse di imporre a ogni attraversamento di confine un accertamento non solo sui dati anagrafici dei viaggiatori, ma anche sulle loro condizioni di salute, affidandolo per giunta a personale non sanitario. Tale esigenza tornerà a interessare peraltro anche il livello nazionale in quegli ordinamenti che decideranno di subordinare il godimento di determinati diritti (fra cui riunione, circolazione) all'esibizione di eventuali passaporti o patentini da cui risulti la sottoposizione alla vaccinazione<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Sull'utilizzo di tali strumenti si è espressa anche la Commissione europea; fra i primi documenti, v. la Comunicazione 2020/C 124 I/01, *Orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di covid-19 relativamente alla protezione dei dati*, 17.4.2020 e, fra i molti, MIGLIAVACCA, (2020, 29); BERGONZINI, (2020); PLUTINO, (2020, 553 ss.).

<sup>44</sup> Sulla scia delle *Linee-guida 04/2020 sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19* del Comitato europeo per la protezione dei dati, 21.4.2020, CAMPANALE, (2020, 2574 s.) ricorda la flessibilità del diritto alla privacy che, attenuando la possibilità del conflitto con altri diritti, consente di adottare le misure necessarie a fare fronte alla crisi sanitaria in atto. Come ricorda FILOSA, (2020, 852 s.), il Regolamento europeo oltre a definire lecito il trattamento dei dati in adempimento ad un obbligo di legge o in esecuzione di un interesse pubblico (art. 6, par. 1, c ed e),

Tornando alla dimensione sovranazionale, la seconda grande questione, all'interno di un'organizzazione multilivello come la UE, concerne la titolarità di questo delicato bilanciamento. Posto che, come si è sopra accennato, le decisioni ultime sia in materia di controllo delle frontiere, sia in materia di profi-lassi vaccinale, competono agli Stati membri, si ritiene che sarebbe auspicabile un ruolo di coordinamento dell'Unione europea, che porti all'adozione di misure quanto più condivise in riferimento a entrambi gli aspetti.

Qualora infatti i ventisette Paesi riuscissero ad approvare scelte analoghe innanzitutto sulla diffusione del vaccino – preferibilmente tentando, sempre nei limiti della disponibilità del farmaco, di raggiungere il numero più elevato possibile di persone, anche attraverso la previsione, quantomeno mirata, dell'obbligatorietà – e in secondo luogo sulle modalità con cui regolamentare, rispetto a questo profilo, l'attraversamento dei confini, si potrebbe immaginare che la tutela del diritto alla salute sia perseguita, quanto alla prevenzione del Coronavirus, sacrificando la libertà di circolazione e il diritto alla privacy nella misura più lieve possibile, alla luce della peculiarità della situazione, secondo il principio di ragionevolezza e in modo omogeneo sul territorio dell'Unione.

Più cauto in tal senso è parso, in seguito all'avanzamento delle prime proposte, l'orientamento delle sue Istituzioni, che se hanno cominciato a convergere sull'idea dell'utilizzo di certificazioni vaccinali, sono sembrate inizialmente più incerte sulla possibilità di un loro impiego anche nelle sembianze di “passaporti”. Quanto al primo aspetto, nei mesi scorsi il Consiglio europeo, ricordando che “La vaccinazione dovrebbe essere considerata un bene pubblico globale” (punto 9), ha dichiarato opportuno “sviluppare un approccio coordinato ai certificati di vaccinazione” (punto 7)<sup>45</sup>, convenendo sulla messa a punto di “un sistema standardizzato e interoperabile di prova della vaccinazione a fini medici”<sup>46</sup>; la Commissione ha a sua volta affermato che “Un approccio comune dell'UE a certificati affidabili, attendibili e verifi-

menziona espressamente la possibilità di trattare i dati personali in caso di epidemie (considerando, punto 46). La normativa italiana considera a sua volta come ragioni di interesse pubblico, che autorizzano il trattamento di categorie particolari di dati personali, quanto attiene ai compiti del servizio sanitario o relativi a sicurezza e salute della popolazione, alla gestione dell'assistenza sanitaria, a vigilanza sulle sperimentazioni, farmacovigilanza e immissione in commercio di medicinali (d.lgs. 30.6.2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, art. 2-*sexies*, c. 2, u, v e z).

<sup>45</sup> Conclusioni del Consiglio europeo del 10-11.12.2020.

<sup>46</sup> Dichiarazione conclusiva del presidente Charles Michel a seguito della videoconferenza dei membri del Consiglio europeo del 21.1.2021.

cabili consentirebbe ai cittadini di utilizzare i propri dati in altri Stati membri” nel pieno rispetto della normativa europea di protezione dei dati<sup>47</sup>. Quanto all’impiego di tali strumenti anche ai fini dell’ingresso in altri Stati, essa ha specificato che “Sebbene sia prematuro prevedere l’uso di tali certificati per scopi diversi dalla tutela della salute, un approccio europeo potrebbe in futuro facilitare altre applicazioni transfrontaliere”.

La cautela dell’Unione rifletteva probabilmente anche le forti divergenze apertesi, su questo come su altri aspetti inerenti la gestione della crisi, fra i suoi Stati membri. Se alcuni di essi, infatti, hanno appoggiato sin dall’inizio l’iniziativa, prospettando, in alcuni casi, di procedervi anche autonomamente, altri stanno mostrando reazioni decisamente meno entusiastiche, se non quasi ostili, paventandone i rischi sul fronte della discriminazione fra le persone sulla base della sottoposizione al vaccino<sup>48</sup>.

Tali diversità di vedute non sembrano al momento appianarsi neanche di fronte alla proposta, avanzata dalla Commissione europea mentre si chiudono queste brevi note, di un “Certificato verde digitale”, presentata all’interno di un pacchetto di misure volte a consentirne l’entrata in funzione, preferibilmente entro l’estate, previa approvazione degli Stati membri<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> COM(2021) 35, *Fare fronte comune per sconfiggere la COVID-19*, 19.1.2021.

<sup>48</sup> Fra le numerose fonti *List of EU Countries Issuing/Asking for Vaccination Certificates*, 4.2.2021, in <https://www.schengenvisainfo.com/news/list-of-eu-countries-issuing-asking-for-vaccination-certificates/>; Palmer, *EU outlines proposed COVID ‘vaccine passport’ that could boost travel this summer*, 17.3.2021, in <https://www.euronews.com/travel/2021/03/17/eu-plans-to-boost-summer-travel-with-its-proposal-for-a-digital-vaccine-passport>; *EU plans rollout of travel certificate before summer*, 17.3.2021, in <https://www.bbc.com/news/world-europe-56427830>, u.c. 18.3.2021.

<sup>49</sup> Come esplicito in COM(2021), *A common path to safe and sustained re-opening*, 17.3.2021 e nel documento intitolato *Digital Green Certificate*, 17.3.2021, il “passaporto” attesterebbe l’avvenuta vaccinazione ovvero l’esito negativo di un test oppure la certificazione medica della guarigione dal COVID-19. Il suo mancato possesso non pregiudicherebbe la libertà di circolazione, che verrebbe esercitata alle condizioni previste. La Commissione ha poi approvato la proposta di due regolamenti, volti a disciplinare il Certificato verde digitale e la sua estensione ai non cittadini residenti nell’UE, COM(2021) 130, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate)* e COM(2021) 140, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to third-country nationals legally staying or legally residing in the territories of Member States during the COVID-19 pandemic (Digital Green Certificate)*, 17.3.2021 (poi divenuti i Regolamenti 953 e 954 del 2021).

Nell'auspicio che questi raggiungano l'accordo, si ritiene che, appuratane l'utilità sul piano scientifico<sup>50</sup>, l'uso di passaporti vaccinali potrebbe risultare opportuno, purché disposto in modo da contemperare i diversi principi e diritti che chiama in causa, a cominciare dal divieto di operare discriminazioni non giustificate<sup>51</sup>. Il possesso del certificato dovrebbe infatti agevolare chi lo detiene – consentendogli l'attraversamento delle frontiere senza ulteriori adempimenti – ma non pregiudicare il godimento dei diritti di chi ne sia privo, con particolare riferimento a coloro che non si sono sottoposti alla vaccinazione per ragioni oggettive (inaccessibilità del farmaco) o cliniche (motivi di salute). Costoro potrebbero continuare a varcare i confini alle condizioni in vigore<sup>52</sup>, beneficiando così comunque della libertà di circolazione.

Un altro aspetto da regolare con attenzione inerebbe alla modalità del controllo e ai soggetti a cui affidarlo: l'opzione ideale, ma di non facile realizzazione, sarebbe quella di un sistema elettronico europeo che consenta la “lettura” dei certificati senza comportare né la esposizione dei dati sulla salute dei viaggiatori davanti a personale non addetto alla sanità e comunque a terze persone, né lunghe attese al momento dell'attraversamento dei confini. Molti nodi resterebbero comunque da sciogliere, fra cui quello del valico delle frontiere da parte di coloro che non sono in possesso della cittadinanza europea, a proposito del quale si può però da un lato rilevare che il sistema Schengen prevede già adesso regimi differenziati per cittadini e non e dall'altro lato avanzare l'auspicio, seppure quasi utopistico, che le organizzazioni internazionali promuovano l'adozione di sistemi di certificazione compatibili, se non analoghi, nel più elevato numero possibile di Stati del mondo.

In conclusione, accertato il fatto che il loro utilizzo non risulti discrimina-

<sup>50</sup> Secondo VEDASCHI, CUOCOLO, (2020, 1450), la pandemia avrebbe messo in ulteriore luce la necessità del collegamento fra precetti normativi e scienza, fondamentale, secondo NOCCELLI, (2020, 11), in ambito sanitario.

<sup>51</sup> Uno degli argomenti sollevati in Francia dall'opposizione contro la proposta di legge, poi accantonata (*Projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires*, 21.12.2020, in [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3714\\_projet-loi.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3714_projet-loi.pdf), u.c. 1.3.2021), di subordinare in determinate circostanze la libertà di circolazione all'attestazione della propria condizione di negatività al virus o di avvenuta sottoposizione al vaccino, si incentrava proprio sul fatto che tale misura, oltre a rendere di fatto obbligatorio il trattamento di profilassi, avrebbe operato delle discriminazioni fra i cittadini.

<sup>52</sup> Così ha dichiarato ai media Kyriakos Mitsotakis – uno dei principali fautori della proposta – il 21.1.2021, v. *Mitsotakis: To get Europe moving again we must act now on vaccination certificates*, in <https://www.euractiv.com/section/coronavirus/opinion/mitsotakis-to-get-europe-moving-again-we-must-act-now-on-vaccination-certificates/>, u.c. 20.2.2021.

torio e sia circoscritto nel tempo, si ritiene che strumenti quali patentini o passaporti-COVID, elaborati secondo un modello europeo unitario e contenenti solo le informazioni strettamente necessarie a prevenire la diffusione del contagio, potrebbero rivelarsi utili a regolare la circolazione, soprattutto in quella sua dimensione intraeuropea che riveste un carattere fondamentale per l'ordinamento dell'Unione, senza condizionarla in modo sproporzionato rispetto alla preponderante necessità di proteggere il diritto alla salute.

### Riferimenti bibliografici

- ANTONINI, L. (2017). *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Rivista AIC*.
- BALDETTI, S.; CANALE, G.; FRAZÃO, H.; LUZZI, C.; MADAU, L.; SALOI, C.; SPAGNOLI, F. (2020). Interventi nel forum sull'emergenza n. 1, *Le libertà al tempo del distanziamento sociale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*.
- BALDINI, V. (2020). *Emergenza sanitaria e personalismo "asimmetrico" nelle politiche regionali. Aspetti problematici ... e rischiosi*, in *dirittifondamentali*.
- BARTOLE, S.; BIN, R. (2008). Art. 32, in *Commentario breve alla Costituzione*. CEDAM. Padova.
- BENLOLO CARABOT, M. (2018). *La transformation de la notion de frontière dans l'Union Européenne*, in *Pouvoirs*.
- BERGONZINI, C. (2020). *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni costituzionali*.
- BERGONZINI, C. (2020). *Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali*, in *dirittifondamentali*.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2020). *Anillos de conjunción entre el estado nación y el Derecho de la Unión: soberanía, territorio y pueblo*, in *Territorio e territori nell'Unione europea*, a cura di T. Cerruti, A. Poggi, in *federalismi*.
- BORRACCETTI, M. (2020). *La gestione delle frontiere ai tempi del coronavirus*, in *Quaderni costituzionali*.
- CAMPANALE, A.M. (2020). *Flessibile diritto: il diritto alla protezione dei dati personali nella lockdown exit strategy europea*, in *DPCE online*.
- CARETTI, P.; TARLI BARBIERI, G. (2017). *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*. Giappichelli. Torino.
- CASTELLI, L. (2018). *Articolo 16*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, C.E. Vigevani, vol. I. Il Mulino. Bologna.
- CIOLLI, I. (2020). *Il territorio europeo tra processi federali e spinte neofeudali*, in *Territorio e territori nell'Unione europea*, a cura di T. Cerruti, A. Poggi, in *federalismi*.

- COSTANZO, P. (2018). Intervento nel forum *Tra territorio e spazio: un invito alla riflessione sulle prospettive dell'ordinamento costituzionale*, in *Diritti regionali*.
- CUOCOLO, L. (2007). *Salute (diritto alla)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*. Milano.
- CURRERI, S. (2018). *Lezioni sui diritti fondamentali*. Franco Angeli. Milano.
- DE MARCO, E. (2020). *Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali. Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da coronavirus*, in *Consultaonline*.
- DE PASQUALE, P. (2020a). *L'Unione europea di fronte alle conseguenze della crisi sanitaria, tra metodo comunitario e metodo intergovernativo*, in *DPCE online*.
- DE PASQUALE, P. (2020b). *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE online*.
- DE PASQUALE, P.; FIENGO, G. (2020). *Brevi note sulla gestione dell'emergenza sanitaria nell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*.
- DE SIERVO, U. (1989). *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*. UTET. Torino.
- DELLA CANANEA, G. (2020). *Poteri pubblici ed emergenza sanitaria: i dislivelli di statalità*, in *DPCE online*.
- DEMURO, G. (2006). *Art. 16*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti. UTET. Torino.
- DEMURO, G. (2020). *La democrazia regionale nell'emergenza pandemica: quali fallimenti della forma dello stato?*, in *Osservatorio sulle fonti*.
- DI MARTINO, A. (2020). *Staaten- o Verfassungs-Verbund? Appunti su alcune "immagini" del BVerfG e sulle relative implicazioni territoriali*, in *Territorio e territori nell'Unione europea*, a cura di T. Cerruti, A. Poggi, in *federalismi*.
- DOMINELLI, S. (2020). *COVID-19: riflessioni di diritto dell'Unione europea*, in *federalismi Osservatorio emergenza COVID-19*.
- FERRAIUOLO, G. (2020). *Transizione e persistenza. Note su Stato-nazione e processo di integrazione europea*, in *Territorio e territori nell'Unione europea*, a cura di T. Cerruti, A. Poggi, in *federalismi*.
- FERRARA, R. (1997). *Salute (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*. UTET. Torino.
- FILOSA, F. (2020). *Il diritto alla privacy nello stato di emergenza. Riflessioni sull'applicazione della telemedicina quale possibile tecnologia per contrastare la diffusione del Covid-19*, in *dirittifondamentali*.
- GATTA, G.L. (2020). *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consultaonline*.
- GIANFRANCESCO, E. (2018). *Il ruolo insostituibile dell'elemento territoriale negli ordinamenti politici*, Intervento nel forum *Tra territorio e spazio: un invito alla ri-*

- flessione sulle prospettive dell'ordinamento costituzionale*, in *Diritti regionali*.
- GIUFFRÈ, F. (2018). Intervento nel forum *Tra territorio e spazio: un invito alla riflessione sulle prospettive dell'ordinamento costituzionale*, in *Diritti regionali*.
- LUCIANI, M. *Salute (Diritto alla salute)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 32.
- MARTI, G. (2020). *Ce que l'Union européenne fait au concept de territoire*, in *Territorio e territori nell'Unione europea*, a cura di T. Cerruti, A. Poggi, in *federalismi*.
- MAZZIOTTI, M. (1960). *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè. Varese.
- MEZZETTI, L.; ZAMA, A. (1999). *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*. UTET. Torino.
- MIGLIAVACCA, I. (2020). Intervento nel forum sull'emergenza n. 1, *Le libertà al tempo del distanziamento sociale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*.
- NICOTRA GUERRERA, I. (1995). *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*. Giuffrè. Milano.
- NOCCELLI, M. (2020). *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *federalismi, Osservatorio emergenza COVID-19*.
- OLIVETTI, M. (2018). *Diritti fondamentali*. Giappichelli. Torino.
- PASOTTI, L. (2007). *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Il diritto. Enc. giur. del Sole 24 ore*. Milano.
- PASSAGLIA, P. (2020). *Emergenza sanitaria e diritti: una prospettiva comparata. Introduzione*, in *DPCE online*.
- PERLINGIERI, P. (2001). *Commentario alla Costituzione italiana*. ESI. Napoli.
- PLUTINO, M. (2020). "Immuni". *Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, in *dirittifondamentali*.
- POGGI, A. (2018). *Tra territorio e spazio... qualche riflessione*, Intervento nel forum *Tra territorio e spazio: un invito alla riflessione sulle prospettive dell'ordinamento costituzionale*, in *Diritti regionali*.
- POGGI, A. (2020). *Unione europea e territorio: problemi e prospettive*, in *Territorio e territori nell'Unione europea*, a cura di T. Cerruti, A. Poggi, in *federalismi*.
- ROMANO, A. (2017). *La rinascita delle frontiere interne: il declino (reversibile?) di Schengen*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione Europea. Diagnosi e prospettive*, a cura di M. Savino. Editoriale Scientifica. Napoli.
- ROMBOLI, R. (2020). *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *consultaonline*.
- ROSSI, F. (2020). *Luci ed ombre sull'intervento dell'Unione Europea a fronte dell'emergenza del Covid-19*, in *Nomos*.
- RUGGERI, A. (2018). *Territorio, persone, Costituzione*, Intervento nel forum *Tra terri-*

*torio e spazio: un invito alla riflessione sulle prospettive dell'ordinamento costituzionale*, in *Diritti regionali*.

- SAGONE, C. (2020). *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *Rivista AIC*.
- SALAZAR, C. (2017). *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in *Rivista AIC*.
- SANDULLI, A. (2020). *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto pubblico*.
- SARTORETTI, C. (2020). *Se gli Stati membri tornano Stati nazione: frontiere e immigrazione al vaglio della Corte di giustizia*, in *DPCE online*.
- SAVINO, M. (2016). *La crisi dei confini*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*.
- SCACCIA, G. (2017). *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*.
- SCACCIA, G. (2018). *Articolo 32*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, C.E. Vigevani, vol. I. Il Mulino. Bologna.
- SEUBERT, S. (2020). *Shifting Boundaries of Membership: The politicisation of free movement as a challenge for EU citizenship*, in *European Law Journal*.
- SIMONCINI, A.; LONGO, E. (2006). *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I. UTET. Torino.
- SPITALERI, F. (2020). *Covid-19 e ripristino dei controlli alle frontiere interne*, in *Diritto dell'Unione europea*.
- TOSI, D.E. (2020). *Emergenza Covid e processo di integrazione europea: alcune riflessioni in ordine alla 'questione' del territorio dell'Unione*, in *DPCE online*.
- VEDASCHI, A.; CUOCOLO, L. (2020). *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: il caso del Covid-19*, in *DPCE online*.
- ZILLER, J. (2020). *Europa, coronavirus e Italia*, in *federalismi Osservatorio emergenza COVID-19*.



# CIRCOLARE IN TEMPO DI CORONAVIRUS. L'ITALIA, LA SPAGNA E LA PROSPETTIVA EUROPEA\*

DIEGO BALDONI - SAMUELE GHERARDI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'emergenza sanitaria e la tenuta degli ordinamenti di Italia e Spagna. – 3. Salvare Schengen. – 4. Il bilanciamento fra l'iniziativa unilaterale e i "doveri" transfrontalieri. – 5. Considerazioni finali.

## 1. Introduzione

L'emergenza Covid-19 ha diffusamente costretto i Governi europei ad adottare misure di prevenzione e contrasto senza precedenti, tra le quali emerge la limitazione alla libertà di circolazione che ha impedito spostamenti attraverso un regime di quarantena per i contagiati e un forzato *lockdown* di gran parte della popolazione.

Negli ordinamenti di Italia e Spagna la disciplina costituzionale dello stato di emergenza ha trovato alterne formulazioni<sup>1</sup>. Ciononostante, in entrambi i Paesi è stata esclusa un'azione dell'Esecutivo fondata sullo stato di necessità<sup>2</sup>. Ne è conseguita una complessa gestione governativa di funzioni che, in tempi ordinari, sarebbero state divise o limitate<sup>3</sup>. Ad ampliare le criticità, la mancanza di un'opportuna rete atta a connettere gli Stati in difficoltà, coordinandone le misure necessarie.

Rivolgendo lo sguardo alle fonti del diritto dell'Unione europea, si osserva la debole opera coordinatrice proposta dalle istituzioni eurounitarie nel corso delle prime due ondate della pandemia. L'intenzione del *paper* è dunque quella di ricercare le opzioni offerte dalla *governance* europea per affrontare le difficoltà multilivello durante l'emergenza sanitaria in ordine alla libertà di circolazione. Verificate le frammentate soluzioni esistenti, l'obiettivo sarà orientato all'individuazione di un comportamento comune a tutti gli Stati firmatari dell'Accordo di Schengen. Questi ultimi hanno finora fatto appel-

\* Il contributo è frutto di una riflessione comune dei due autori, il § 3 è da attribuirsi specificatamente a Diego Baldoni, mentre il § 4 a Samuele Gherardi.

<sup>1</sup> Si consenta di rimandare a BALDONI, GHERARDI, (2020).

<sup>2</sup> Richiamando il fondamentale contributo di ROMANO, (1909), 259 ss.

<sup>3</sup> Opportunamente, FERNÁNDEZ SEGADO, (1978), 18; per un approfondimento, ID., (1979), 310 ss.

lo alle eccezioni ammesse dal Codice frontiere Schengen (in seguito, CFS)<sup>4</sup>, malgrado i Trattati auspichino per l'Unione la costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia che garantisca che non vi siano controlli sulle persone all'attraversamento delle frontiere interne<sup>5</sup>.

In tale contesto, i principi di leale collaborazione e di solidarietà stabiliti dai Trattati sono posti "sotto stress" in assenza di uno spazio sanitario unico, causa di interventi unilaterali da parte degli Stati membri dell'UE. Dopo aver valutato la facoltà delle istituzioni europee di bloccare le iniziative nazionali in contrasto con i principi menzionati, ci si interrogherà se la Commissione debba limitarsi a monitorare attentamente gli sviluppi concernenti l'applicazione dell'*acquis* di Schengen a mero scopo informativo o esortativo<sup>6</sup>. Allo stesso modo, sarà oggetto d'analisi se ciò sia sufficiente per eludere il ritorno dello spettro dell'innalzamento di «muri e barriere» (POGGI, 2020)<sup>7</sup> *motu proprio* da parte degli Stati o se si renda necessaria l'azione positiva dell'Unione.

## 2. L'emergenza sanitaria e la tenuta degli ordinamenti di Italia e Spagna

Una disciplina dell'emergenza non convinse i costituenti italiani, memori della «concentrazione autocratica del potere» (SILVESTRI, 2020)<sup>8</sup> prodottasi con lo stato d'assedio contenuto nello Statuto albertino<sup>9</sup> e riprodotto a Wei-

<sup>4</sup> Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen).

<sup>5</sup> «Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» (art. 21, par. 1, TFUE).

<sup>6</sup> Al punto 6 della Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla Covid-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali (2020/2790 (RSP)).

<sup>7</sup> Come osservato da POGGI, (2020), 444.

<sup>8</sup> In merito a ciò, SILVESTRI, (2020), «*si è preferita la puntuale previsione di specifici modi di applicazione di principi e regole costituzionali, quando alcuni beni collettivi (salute, sicurezza, pacifica convivenza) fossero gravemente minacciati*».

<sup>9</sup> Si ricordi Togliatti il 2 ottobre 1946 nella discussione generale sui principi dei rapporti civili la prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione: «*questo stato d'assedio è stato proclamato molte volte a scopo di sopprimere la libertà ed impedire lo sviluppo della democrazia. Una volta soltanto è stato proclamato in funzione antifascista ed è durato tre quarti d'ora. Queste esperienze non devono essere dimenticate*».

mar<sup>10</sup>. Alla crisi sanitaria seguita alla pandemia da Covid-19, l'ordinamento italiano ha perciò dovuto rispondere senza poter contare su un espresso ancoraggio costituzionale, né tantomeno valutando la situazione alla stregua di un precedente specifico ovunque assente<sup>11</sup>.

L'intervento dell'Esecutivo si è inizialmente avvalso dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, concernente l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, nonché dell'art. 5 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, istitutivo del Codice della Protezione Civile. Tale potere *extra ordinem* si è espresso con ordinanze emanate caso per caso<sup>12</sup>, altresì per scongiurare assembramenti attraverso limitazioni alla libertà di circolazione ammesse dall'art. 16 Cost. mediante riserva di legge rinforzata per motivi di sanità e sicurezza. In seguito, è stato lo strumento del decreto-legge a fissare lo schema normativo con cui dettare misure per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Con questo fondamento, sono stati adottati i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri poiché provvisti di quella flessibilità richiesta dal repentino mutare dell'emergenza. Di tal guisa, l'*iter* è risultato privo dell'intervento preventivo del Presidente della Repubblica, nonché sottratto all'esame parlamentare unitamente a quello degli stessi ministri, quindi compromesso il successivo sindacato di costituzionalità e private le Regioni del potere di esprimere un parere vincolante.

<sup>10</sup> Ne resta specifica testimonianza nelle parole del relatore La Rocca nella discussione relativa al potere esecutivo della prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione dell'11 gennaio 1947: «comprendo le preoccupazioni di coloro che non vorrebbero si parlasse di stato d'assedio nella Carta costituzionale: e difatti l'unica Costituzione che ne parla - quella di Weimar - con l'applicazione di questo articolo ha spianata la via alla dittatura. Ma osserva che il silenzio non esclude la possibilità che il potere esecutivo, in determinati casi ed a suo arbitrio, vi ricorra: è chiaro che non si possono prevedere tutte le ipotesi (ed entrare in una casistica sarebbe anche pericoloso), ma ritiene che un minimo di cautele dovrebbe essere stabilito».

<sup>11</sup> L'11 gennaio 1947 durante una seduta della prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione sul potere esecutivo, Mortati teorizzò che «affidandosi allo svolgimento futuro della prassi» il Paese avrebbe potuto trovare una soluzione alternativa alla positivizzazione dello stato d'emergenza.

<sup>12</sup> Recentemente, RAFFIOTTA, (2020), 4 ss., e compiutamente analizzato – in tempi non sospetti – da CARDONE, (2011).

Agli occhi degli osservatori, la «catena normativa dell'emergenza» (LUCIANI, 2020)<sup>13</sup> ha oscillato fra giudizi che hanno fatta salva la forma, nella consapevolezza del lacunoso apporto sostanziale di taluni fondamentali organi costituzionali<sup>14</sup>.

A rappresentare un modello opposto c'è invece la più giovane esperienza costituzionale spagnola, di trent'anni successiva a quella italiana. L'art. 116 CE conferma le circostanze di «anormalità democratica» (ÁLVAREZ VÉLEZ, 2016)<sup>15</sup> già presenti nell'ordinamento repubblicano<sup>16</sup>, sebbene ne inauguri una tripartizione in ragione delle differenti *species*: lo stato di allarme, di eccezione e di assedio<sup>17</sup>.

A dettagliarne il contenuto, la successiva *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*. In relazione alla pandemia da Covid-19, è risultato applicabile lo stato di allarme per la cui dichiarazione sono opportunamente richiamate «crisi sanitarie, come epidemie e situazioni di contaminazione gravi» (art. 4.1, lettera b) LOEAES). La dichiarazione dello stato di allarme spetta al Consiglio dei ministri mediante decreto, nel quale vanno circoscritti «l'ambito territoriale, la durata e gli effetti dello stato di allarme, che non possono eccedere di 15 giorni». In capo all'Esecutivo esiste l'obbligo di mantenere informato il *Congreso* a cui va chiesta esplicita autorizzazione per l'eventuale proroga dello stato di allarme.

Il *Real Decreto* e il *Real Decreto-ley* hanno provveduto a regolare le diverse fasi dell'emergenza sanitaria, inclusi i divieti di circolazione all'interno e

<sup>13</sup> Così LUCIANI, (2020), 2 ss., tripartendo l'evocata catena di norme tra: a) quelle poste a giustificazione del fondamento giuridico; b) quelle di descrizione del rapporto tra fonti e c) quelle di integrazione fra sistemi, scegliendo di concentrare l'esame sulla prima accezione.

<sup>14</sup> Ravvisando un'opportunità per l'ordinamento BASCHERINI, (2003), 5 s., per il quale «L'emergenza, infatti, oltre che come situazione di grave perturbazione dell'ordine che necessita di provvedimenti eccezionali e ammette limitazioni/sospensioni dei diritti costituzionali, può forse vedersi anche come un laboratorio per la sperimentazione di nuove forme di controllo sociale, divisione del lavoro, gestione delle tensioni sociali.»; criticamente, RUGGERI, (2020), 215, «della "guerra" si aveva al tempo un'idea, conforme ad una millenaria tradizione, comunque non suscettibile di essere estesa alle emergenze quale quella che oggi ci occupa».

<sup>15</sup> In tal senso, ÁLVAREZ VÉLEZ, (2016), 326.

<sup>16</sup> Il legislatore nel 1869 aveva previsto la sospensione delle «garanzie consegnate» con la *Ley de suspensión de garantías constitucionales, de 5 de octubre de 1869*, e la *Ley de orden público, de 23 de abril de 1870*. Successivamente, l'art. 42 della Costituzione del 1931 racchiudeva la possibilità di sospendere diritti e libertà nei casi di «notoria e imminente gravedad» attraverso un decreto del Governo e risoluzione successiva del Parlamento. Per un approfondimento, GARRIDO LÓPEZ, (2017), 48 s.

<sup>17</sup> In particolare, nello studio di CRUZ VILLALÓN, (1981), 96 ss.

all'esterno del Paese. Ambedue deliberati dal Consiglio dei ministri, si distinguono dai *Decretos-leyes* provenienti dalle Giunte delle Comunità Autonome. La stessa Costituzione prevede all'art. 116 che lo stato di allarme venga decretato con *Real Decreto*, dotato di *rango de reglamento*, e dispone le misure conseguenti alla dichiarazione dello stato di allarme contenute nel medesimo decreto. Di contro, il *Real Decreto-Ley* segue a casi di «straordinaria ed urgente necessità», in tal caso frutto della pandemia, possedendo *rango de ley* e «non può avere ad oggetto l'ordinamento delle istituzioni di base dello Stato, i diritti, i doveri e le libertà dei cittadini, il regime della Comunità Autonome o il diritto elettorale in generale» (ex art. 86.1 CE).

Nonostante le perplessità emerse in dottrina e le parziali censure dell'Alto Tribunale<sup>18</sup>, nel contesto di crisi l'unico strumento normativo che garantisce efficacia e rapidità di decisione appare il decreto, in particolare il *Real Decreto-Ley* e il *Real Decreto*, di concerto con le ordinanze delle «autorità competenti».

### 3. Salvare Schengen

In apertura di 2020 il virus ha globalmente investito ogni spazio pubblico e privato della vita di ciascun cittadino europeo. L'arrivo dell'emergenza sanitaria ha posto tutti i vertici degli Stati membri dell'UE di fronte a una complessa gestione, al pari delle istituzioni euro-unitarie appena rinnovate in seguito all'avvio della IX legislatura del Parlamento europeo. Ai problemi di natura sanitaria si sono presto sommati quelli economico-sociali tra i quali si stagliano i destini degli accordi interni all'Unione europea. Tra questi, il delicato tema del ripristino dei controlli al confine degli Stati.

<sup>18</sup> Durante la prima ondata del Covid-19, favorevole alla dichiarazione dello stato di allarme, ex *plurimis*, CRUZ VILLALÓN, (2020), sottolinea anche come nessuno degli stati eccezionali previsti siano in realtà adatti alla gestione della crisi del Covid-19; incerto sul fondamento delle restrizioni dei diritti fondamentali nello stato di allarme, PRESNO LINERA, (2020); a favore della dichiarazione del “*estado de excepción*”, NOGUEIRA LÓPEZ, (2020), 28; TERUEL LOZANO, (2020); VELASCO CABALLERO, (2020), propone un interessante punto di vista secondo cui esiste un mandato costituzionale di “attuazione positiva” negli art. 15 CE (diritto alla vita) e art. 43 CE (diritto alla salute). Ciò comporterebbe l'infondatezza del dibattito sulla liceità della dichiarazione di uno o dell'altro stato di emergenza, in quanto ciò che proibisce la Costituzione non è che lo Stato intervenga durante uno stato di emergenza, se non che non intervenga. Sul tema, il Tribunale costituzionale si è recentemente espresso attraverso le SSTC 148 e 183 del 2021.

Ai sensi dell'art. 3, par. 2, TUE, l'Unione propone «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone», nonché l'art. 67, par. 2, TFUE, per cui l'Unione «garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne» e la «assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne» *ex* art. 77, par. 1, lett. a), TFUE. Altresì, dalla giurisprudenza si può evincere come la soppressione dei controlli alle frontiere interne sia «un elemento costitutivo dell'obiettivo dell'Unione, enunciato nell'art. 26 TFUE, diretto ad instaurare uno spazio senza frontiere interne nel quale sia assicurata la libera circolazione delle persone<sup>19</sup>».

Ciononostante, esiste un *corpus* di norme derogatorie contenute nello stesso Codice che regola la libera circolazione di persone e merci all'interno dell'Unione. Si trova nel Regolamento (UE) n. 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, istitutivo del Codice frontiere Schengen, ossia un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone.

Nel timore di ingresso di persone positive al Coronavirus, infatti, i Paesi dell'area Schengen e Paesi Associati Schengen (d'ora in poi, Paesi Schengen)<sup>20</sup> hanno chiuso i propri confini. Non si tratta certo della prima volta, ma in questo caso il ripristino dei controlli dovuti a un'emergenza sanitaria rappresenta l'acme della crisi del “sistema Schengen”. In passato, tale ripristino era avvenuto per ragioni connesse ad attentati terroristici o rilevanti manifestazioni di carattere politico o sportivo<sup>21</sup>. Dal 2015, però, stante l'esponenziale aumento dei flussi migratori nel Mediterraneo, i motivi sono stati viepiù legati al contenimento degli ingressi dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale. Di talché, i Paesi Schengen hanno unilateralmente

<sup>19</sup> Corte giust., par. 49, C-278/12 PPU, *Adil*, EU:C:2012:508.

<sup>20</sup> Tutti gli Stati membri dell'Unione europea sono parte dello Spazio Schengen, a meno che non godano di una clausola *opt-in*, come l'Irlanda e il Regno Unito pre-Brexit, oppure *opt-out*, come nel caso della Danimarca alla quale è dedicato il protocollo n. 22. Bulgaria, Cipro, Croazia e Romania si trovano invece nell'incapacità di soddisfare i requisiti di adesione. In aggiunta, Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera sono parte dello Spazio Schengen come Paesi Associati extra-UE.

<sup>21</sup> Nel primo decennio di vigenza della versione originaria del CFS la sospensione è avvenuta 36 volte. L'elenco completo è individuato dalla Commissione europea nella *Full list of Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Border Code*.

provveduto al ripristino dei controlli in ossequio agli artt. 25 e 28 CFS<sup>22</sup>. Il permanere della drammatica situazione legata ai movimenti secondari verso taluni Paesi (v. Austria, Danimarca, Germania, Norvegia e Svezia), ha portato a una prima storica attivazione della procedura prevista dall'art. 29 CFS<sup>23</sup>. In virtù di questo articolo, il Consiglio, sulla base di una proposta della Commissione, ha raccomandato ai Paesi Schengen maggiormente interessati di ripristinare i controlli in parti specifiche delle rispettive frontiere interne<sup>24</sup>, controlli successivamente reiterati nel tempo<sup>25</sup>. I Paesi Schengen hanno comunque proseguito nel mantenimento della vigilanza anche dopo la scadenza, reiterando unilateralmente i controlli e fornendo stabilità a una disciplina transitoria la cui unica incombenza è rappresentata dalla semestrale notifica alla Commissione europea. Quest'ultima non ha oltretutto mai avanzato la possibilità di introdurre ricorsi per infrazione della disciplina.

<sup>22</sup> Il CFS prevede la possibilità di ripristinare rapidamente il controllo temporaneo alle frontiere interne se esiste una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna che richiede un'azione immediata in uno Stato membro, per un periodo massimo di due mesi (art. 28). In più, il Codice prevede il ripristino dei controlli di frontiera per far fronte a una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna in caso di eventi prevedibili, per un periodo massimo di sei mesi (art. 25). L'applicazione congiunta delle due previsioni permette di mantenere i controlli di frontiera per un periodo complessivo non superiore a otto mesi. Di fronte a una nuova minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna scatta un'ulteriore applicazione delle norme con un nuovo calcolo della durata del ripristino dei controlli.

<sup>23</sup> L'art. 29 CFS prevede una procedura eccezionale per ripristinare i controlli alle frontiere interne in un periodo massimo di due anni nel caso in cui lo spazio senza controllo alle frontiere interne sia messo a rischio a seguito di carenze gravi e persistenti nel controllo di frontiera alle frontiere esterne, individuate nel corso di una valutazione Schengen. Successivamente all'adozione del regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, tale procedura può essere attivata anche nel caso in cui uno Stato membro non intraprenda le azioni necessarie a seguito di una valutazione delle vulnerabilità, qualora la situazione alle frontiere esterne richieda un intervento urgente.

<sup>24</sup> Decisione di esecuzione (UE) 2016/894 del Consiglio, del 12 maggio 2016, recante una raccomandazione per un controllo temporaneo alla frontiera interna in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen.

<sup>25</sup> Decisione di esecuzione (UE) 2016/1989 del Consiglio, dell'11 novembre 2016, recante raccomandazione per la proroga del controllo temporaneo alle frontiere interne in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen; Decisione di esecuzione (UE) 2017/246 del Consiglio, del 7 febbraio 2017, recante una raccomandazione per la proroga del controllo temporaneo alle frontiere interne in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen; Decisione di esecuzione (UE) 2017/818 del Consiglio, dell'11 maggio 2017, recante una raccomandazione per la proroga del controllo temporaneo alle frontiere interne in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con riferimento all'esatta interpretazione proposta dalla Commissione, non è mai stata chiamata a pronunciarsi sull'allargamento delle prerogative statali. La Corte ha invece chiarito che le deroghe per ragioni di "ordine pubblico" e di "pubblica sicurezza" sono esclusivamente da attribuire a «ipotesi eccezionali chiaramente delimitate», senza la possibilità di una riserva generale. L'esistenza di una simile riserva, prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dalle singole disposizioni che vi fanno menzione, rischierebbe infatti di compromettere «la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione»<sup>26</sup>.

In tale complessità, si è innestata l'emergenza sanitaria da Covid-19 che ha indotto pressoché tutti i Paesi del Continente a dotare le proprie frontiere di controlli atti a prevenire nuovi focolai<sup>27</sup>. Impossibilitata ad avere un ruolo centrale nella gestione dell'emergenza sanitaria, la Commissione europea ha rivolto il suo intervento al tentativo di «salvare Schengen» (MANEGGIA, 2020)<sup>28</sup>. L'impegno iniziale si è articolato attraverso una comunicazione finalizzata a indirizzare gli Stati membri a un'immediata tutela della salute per effetto di una restrizione dei viaggi non essenziali da Paesi terzi verso l'UE+<sup>29</sup>. Nell'immediatezza, la Commissione non ha mancato di tentare di salvaguardare quanto più possibile il mercato unico mediante controlli, purché proporzionati, per prevenire il contagio<sup>30</sup>. In questo senso, la Commissione ha invitato a mantenere aperte le frontiere interne per il trasporto merci (tanto quelle di prima necessità, quanto quelle "non essenziali") al fine di arrecare il minor danno possibile alle filiere produttive, concedendo opportune deroghe ai lavoratori asintomatici addetti al trasporto delle merci. Corsie verdi così strutturate avrebbero dovuto permettere un rapido passaggio ai valichi di frontiera. Conseguentemente, l'attraversamento da parte dei lavo-

<sup>26</sup> Corte giust. (Terza Sezione), C-715-719/17, C-718/17 e C-719/17, Commissione c. Repubblica di Polonia, Commissione europea c. Ungheria e Commissione c. Repubblica ceca, ECLI:EU:C:2020:257.

<sup>27</sup> Si confronti la *Full list of Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Border Code*, cit.

<sup>28</sup> Impegno giudicato «cruciale» da MANEGGIA, (2020), 195, «orientando gli Stati membri verso un approccio coordinato alla gestione delle frontiere interne – e a latere esterne – soprattutto nella fase di graduale eliminazione delle restrizioni alla libertà di circolazione».

<sup>29</sup> Comunicazione della Commissione del 16 marzo 2020. COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, COM(2020) 115 final.

<sup>30</sup> Comunicazione della Commissione del 30 marzo 2020. Orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di Covid-19, COM(2020) 2050 final.



ratori transfrontalieri e dei lavoratori distaccati, soprattutto del settore sanitario, alimentare e di altri servizi essenziali, è stato fortemente auspicato dalla Commissione. Ciononostante, in virtù dell'art. 36 TFUE, «divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito» si riterrebbero impregiudicati nei casi «giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone».

Il contesto emergenziale europeo è stato aperto proprio dall'Italia che il 21 febbraio 2020 ha rilevato il primo focolaio di infezioni al quale ha fatto presto seguito una sequela di contagi nella parte settentrionale del Paese. Già dal 31 gennaio il Consiglio dei ministri aveva deliberato lo stato di emergenza su tutto il territorio nazionale per un semestre. Al fine di arrestarne la diffusione, all'intera Italia è stata imposta la chiusura di scuole e università, negozi, bar e ristoranti e di qualsiasi luogo aperto al pubblico. Parallelamente, il 14 marzo 2020 la Spagna ha decretato lo stato di allarme quale misura eccezionale per il contenimento della pandemia da Covid-19: il Paese è stato sottoposto a una chiusura generalizzata di qualsiasi attività ritenuta non essenziale. Sulla scia dell'iniziale stato di anomalia democratica, l'approvazione di sei proroghe da parte del *Congreso* ha permesso la costituzione di un quadro giuridico straordinario per la prosecuzione della vigenza delle misure di contrasto.

Tra i provvedimenti che hanno preceduto il *lockdown* si è potuto annoverare lo stop ai voli aerei dall'Italia del 10 marzo da parte dell'Esecutivo spagnolo. Ciò ha implicato il necessario arresto di parte delle attività commerciali intercorrenti fra i due Stati. I movimenti dei cittadini sono stati consentiti soltanto per recarsi al lavoro, nei centri di cura o dal medico, o per acquistare generi di prima necessità, quali cibo e medicinali. La presenza di restrizioni su viaggi di lunga distanza e spostamenti interni, tanto dell'Italia quanto della Spagna, rientrano pienamente nell'ambito del dettato dalle comunicazioni della Commissione. Le misure governative hanno minato una delle principali conquiste unionali, propriamente rappresentata dalla libera circolazione delle merci e dalla possibilità che le persone si muovessero liberamente, tanto per lavoro quanto per un moto culturale offerto da studenti e turisti. Tuttavia, la presenza di restrizioni di questa portata non ha potuto evitare effetti devastanti su ogni settore dell'economia<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Avendo riguardo ai dati dell'Istituto Nazionale di Statistica del II trimestre del 2020 (v. [https://www.istat.it/it/files//2020/08/CET\\_20q2.pdf](https://www.istat.it/it/files//2020/08/CET_20q2.pdf)), rispetto al trimestre precedente le esportazioni di beni e servizi dall'Italia sono diminuite del 26,4%, mentre l'*Instituto Nacional de Estadística* calcola nel medesimo periodo un calo del 33,4% dalla Spagna (v. <https://www.ine.es/daco/daco42/daco4214/cntr0320a.pdf>).

Terminato il periodo di chiusura generalizzata nei diversi Stati, la Commissione ha tentato un'operazione di progressivo ritorno alla normalità, soprattutto per la circolazione delle merci<sup>32</sup>; in particolare, in considerazione della «situazione epidemiologica», delle «misure di contenimento» proposte e «considerazioni di natura economica e sociale». Di fronte a ciò, le restrizioni mantenute devono essere «efficaci e proporzionate e non andare oltre quanto necessario per contenere la pandemia e proteggere la salute pubblica<sup>33</sup>». Nella gestione della “seconda ondata” del virus, infine, sono stati preferiti strumenti differenti, tra i quali atti definibili come atipici<sup>34</sup>. Lo stato di emergenza italiano è stato successivamente rinnovato di altri sei mesi e poi di ulteriori quattro<sup>35</sup>, mentre quello spagnolo, dopo un primo periodo di 15 giorni, è stato disposto fino al 9 maggio 2021<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Comunicazione della Commissione del 13 maggio 2020. Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne, COM(2020) 3250 final; Raccomandazione (UE) 2020/912 del Consiglio del 30 giugno 2020 relativa alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE e all'eventuale revoca di tale restrizione.

<sup>33</sup> Sull'esempio della dichiarazione congiunta sull'esercizio del potere di adottare misure emergenziali nei limiti fissati dal principio di proporzionalità e dello Stato di diritto, della democrazia e dei diritti fondamentali, *Statement by Belgium, Bulgaria, Cyprus, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Romania, Spain, Sweden, Diplomatic statement, Government of the Netherland*, 1. 4. 2020. L'Italia e la Spagna, tra questi, sostenevano di: “support the European Commission initiative to monitor the emergency measures and their application to ensure the fundamental values of the Union are upheld, and invite the General Affairs Council to take up the matter when appropriate”.

<sup>34</sup> Raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio del 13 ottobre 2020 per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19; Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla COVID-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali (2020/2790(RSP)). Impatto delle misure connesse alla COVID-19 sulla democrazia, sui diritti fondamentali e sullo Stato di diritto; Comunicazione della Commissione del 17 aprile 2020. Covid-19: Linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento, 2020/C 126/02; Comunicato stampa della Commissione. “Un fronte unito per sconfiggere la COVID-19: azioni chiave della Commissione”, Bruxelles, 19 gennaio 2021.

<sup>35</sup> Dopo l'iniziale dichiarazione dello stato di emergenza fino al 31 ottobre 2020, sono seguite due proroghe con il decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, e il decreto-legge 14 gennaio 2021, n. 2, i quali hanno spostato il termine dapprima al 31 gennaio 2021 e successivamente al 31 aprile 2021.

<sup>36</sup> La proroga del *Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre*, è stata prevista fino al 9 novembre, per poi lasciare che il *Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre*, ne stabilisse la vigenza per un lasso di tempo decisamente più esteso.

#### 4. Il bilanciamento fra l'iniziativa unilaterale e i "doveri" transfrontalieri

Determinata l'assenza di un coordinamento tra gli Stati membri durante la prima e la seconda ondata della pandemia, inottemperanti in taluni casi delle richieste della Commissione di mantenere la «proporzionalità delle misure»<sup>37</sup>, è primariamente opportuno individuare il quadro normativo per interrogarsi sulla possibile violazione di principi dell'Unione europea. Nei Trattati è prevista l'azione delle istituzioni europee per migliorare la salute pubblica e per garantire il diritto di circolare liberamente, così come nel diritto derivato.

In virtù dell'art. 9 TFUE, l'Unione europea, «nella definizione e attuazione delle sue politiche e azioni», deve tutelare la salute umana. La gestione dei «problemi comuni in materia di sanità pubblica»<sup>38</sup> viene altresì inserita tra le materie a competenza concorrente (art. 4, par. 2, lett. k), TFUE), mentre la «tutela e miglioramento della salute umana» è materia contemplata tra le competenze di coordinamento, sostegno e completamento dell'Unione (art. 6, lett. a) TFUE). Tali atti volti al «miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo», e ancor più, diretti alla «lotta contro i grandi flagelli» e contro «gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero», completano le politiche nazionali (art. 168, par. 1, TFUE) e rispettano «le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria».

Gli Stati sono chiamati a coordinarsi tramite il «collegamento con la Commissione» (art. 168, par. 2, TFUE), che è l'organo deputato a intraprendere «ogni iniziativa utile a promuovere detto coordinamento, in particolare iniziative finalizzate alla definizione di orientamenti e indicatori». Se la contingenza offre la necessità di alcune nuove norme concernenti le competenze individuate all'articolo in parola, il Parlamento europeo e il Consiglio possono essere chiamati a deliberare secondo la procedura legislativa ordinaria (art. 168, par. 5, TFUE), e il Consiglio può adottare raccomandazioni su proposta della Commissione (artt. 168, par. 6, e 292 TFUE).

Allo stesso modo, le istituzioni dell'Unione garantiscono il diritto di circolare e soggiornare liberamente prefissato al par. 1 dell'art. 21 TFUE, sebbene si specifichi che sono «fatte salve le limitazioni e le condizioni previste

<sup>37</sup> COM(2020) 3250 final.

<sup>38</sup> Nella versione in inglese non si distingue negli articoli di cui sopra tra "salute umana" e "sanità pubblica", ma tra *human health* e *public health*.

dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi», come le menzionate eccezioni incluse nell'Accordo Schengen.

L'obiettivo di garantire la libertà di circolare sottintende un'iniziativa delle istituzioni riconosciuta nei due paragrafi seguenti del medesimo articolo<sup>39</sup>. La Direttiva 2004/38/CE dà attuazione ai diritti quivi sanciti e a quelli di cui all'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>40</sup>. La Decisione 1082/2013/UE persegue invece, tra i vari scopi, «il miglioramento della valutazione e gestione del rischio di minacce sanitarie transfrontaliere [...] tramite il coinvolgimento del Sistema di Allarme Rapido e di Reazione (SARR), del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC) nonché delle altre agenzie dell'Unione interessate», oltre al coordinamento delle misure a livello sovranazionale<sup>41</sup>. Pertanto, lo Stato che intenda assumere misure di sanità pubblica per contrastare una grave minaccia per la salute a carattere transfrontaliero, «prima di adottare tali misure» (art. 11, par. 2), e «all'atto dell'adozione» (art. 11, par. 3), informa e consulta gli altri Stati membri e la Commissione sulla loro natura, lo scopo e l'entità delle stesse. A quest'ultima spetta di aggiornare «l'elenco delle malattie trasmissibili» (art. 6, par. 5, lett. a)), «le definizioni di caso relative a ciascuna malattia trasmissibile» (par. 5, lett. b)) e «le modalità di funzionamento della rete di sorveglianza epidemiologica» (par. 5, lett. c)). La proporzionalità della misura garantita in tale disposizione (cfr. punto 28), non sembra esser stata parimenti perseguita dagli Stati membri, sebbene dapprincipio la Commissione si fosse arrogata la competenza ad «analizzare la proporzionalità delle misure adottate dagli Stati membri» e a «intervenire per richiedere la revoca delle misure ritenute sproporzionate<sup>42</sup>».

<sup>39</sup> «Quando un'azione dell'Unione risulti necessaria per raggiungere questo obiettivo [...] il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare disposizioni» (par. 2), o, in alternativa, «il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, può adottare misure relative alla sicurezza sociale o alla protezione sociale» (par. 3). In questo caso il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.

<sup>40</sup> Trasposta nell'ordinamento italiano mediante il decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, e nell'ordinamento spagnolo con il *Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero*.

<sup>41</sup> Si veda CASOLARI, (2020), 99 ss. Per un approfondimento, FLEAR, (2015), 144 ss.; DI FEDERICO, NEGRI, (2019), 106 ss.

<sup>42</sup> Comunicazione della Commissione del 13 maggio 2020. Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne - COVID-19, COM(2020) 3250 final, 2.

Tralasciando in questa fase le opportunità normative offerte dalle aporie e dalle incertezze dei Trattati e delle disposizioni vigenti, non resta che valutare se tale atteggiamento degli Stati firmatari dell'Accordo Schengen possa aver violato dei principi generali dell'Unione Europea.

Sebbene l'assunzione di misure unilaterali potrebbe sanzionare l'improprietà dell'attuale modello di disciplina, resta pacifico il contrasto con alcuni principi sanciti nei Trattati del quale precipitato è ravvisabile nel diritto derivato dell'Unione, a cui è affidata la missione di perseguire l'obiettivo dell'integrazione europea attraverso relazioni sempre più strette. Sebbene la solidarietà non sia inclusa tra i "valori fondamentali"<sup>43</sup> di cui all'art. 2 TUE, è un principio caratterizzante gli Stati membri, oltre che un proposito sancito nel Preambolo del Trattato di Maastricht («desiderando intensificare la solidarietà tra i loro popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni»). Non essendo però definito nell'ordinamento giuridico dell'Unione, parrebbe non utile a evidenziare profili di illegittimità di una norma a esso contraria, e a ciò soggiace la necessità di comportamenti o norme che ne garantiscano il rispetto.

La Corte di Lussemburgo richiama in varie occasioni tale principio all'interno della propria giurisprudenza, a volte come valore ispiratore (v. *Spa Ferriera Valsabbia ed al. c. Commissione*<sup>44</sup>), altre con riferimento alla corretta applicazione di una norma affinché non confligga con il principio di non discriminazione basato sulla nazionalità degli Stati membri (*Cowan c. Trésor Public*<sup>45</sup>). Con l'istituzione dell'Unione Economica e Monetaria, e in seguito dell'Unione europea, detto principio trova specifica collocazione nei Trattati, fatto deterrente per un suo riconoscimento come principio generale, venendo declinato secondo le differenti accezioni nell'articolato (es. artt. 67, paragrafo 2, 78, paragrafo 3, 80, 122 e 125 TFUE). Di modo che, la solidarietà sia «assunzione di responsabilità nonché di oneri», quale «principio generale dell'Unione»<sup>46</sup>. Contrariamente, la CGUE ricollega il ragionamento sulla

<sup>43</sup> L'art. 2 TUE recita: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".

<sup>44</sup> Corte giust., 154, 205, 206, 226 a 228, 263 e 264/78, 39, 31, 83 e 85/79, *SpA Ferriera Valsabbia ed al. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1980:81.

<sup>45</sup> Corte giust., C-186/87, *Cowan c. Trésor public*, ECLI:EU:C:1989:47.

<sup>46</sup> Si fa riferimento alle conclusioni dell'Avvocato generale E. Sharpston, del 31 ottobre 2019, ECLI:EU:C:2019:917. Corte giust. (Terza Sezione), C-715-719/17, C-718/17 e

legittimità della sanzione ai Paesi in quanto non concorde con tale principio «come obiettivo specificamente perseguito dagli artt. 78 e 80 TFUE<sup>47</sup>» (MENGOZZI, 2020), e con gli oneri derivanti dalle misure previste dalle decisioni 2015/1523 e 2015/1601. Tale flessione lascerebbe patente una chiara indicazione di metodo, seppure il Tribunale dell'Unione Europea poco prima della decisione in oggetto abbia emesso una sentenza<sup>48</sup> (impugnata dalla Germania<sup>49</sup>) che afferma una posizione in linea con le asserzioni dell'Avv. Gen. Sharpston. Sul punto, la CGUE si è recentemente espressa nel senso di reiterare che «il principio di solidarietà è sotteso all'intero sistema giuridico dell'Unione<sup>50</sup>».

Nell'ipotesi in cui considerassimo che l'assenza di una norma che realizzi il precipitato dei Trattati<sup>51</sup> sia sufficiente a scongiurare la possibilità di evidenziare profili di illegittimità degli atti contrari a questo principio, va aggiunto che «la leale cooperazione può essere letta congiuntamente con il principio di solidarietà<sup>52</sup>» (PORCHIA, 2020). In sé, la leale cooperazione trova

C-719/17, Commissione c. Repubblica di Polonia, Commissione europea c. Ungheria e Commissione c. Repubblica ceca, ECLI:EU:C:2020:257.

<sup>47</sup> Per una ricostruzione degli interventi della Corte di Lussemburgo sul principio di solidarietà, MENGOZZI, (2020), 119 s.

<sup>48</sup> Trib. (Prima Sezione ampliata), T-883/16, Repubblica di Polonia c. Commissione, ECLI:EU:T:2019:567.

<sup>49</sup> Causa C-848/19 P, 20 novembre 2019. Nell'elenco dei motivi dell'impugnazione, al n.1 risalta proprio «il principio di solidarietà energetica non costituisce un criterio giuridico e non ne conseguono obblighi di agire per gli organi esecutivi».

<sup>50</sup> Corte giust., C-848/19 P, Rep. Federale di Germania c. Commissione Europea, ECLI:EU:C:2021:598.

<sup>51</sup> A più riprese vengono indicati i motivi della supposta vacuità del principio di solidarietà, ad esempio, DI STASIO, (2017), 239 s. ritrova la «ragione che compromette la piena attuazione del principio di solidarietà: il suo contenuto vago, che è stato solo sancito a livello del Trattato», e che quindi «finora non risultano chiari quali siano gli obblighi che si originerebbero in capo agli Stati in forza di tale principio». Al contrario, se fosse stato inserito tra i valori fondamentali dell'Unione, una sua violazione avrebbe costituito un inadempimento ad uno degli obblighi degli Stati membri, poiché come evidenziato in dottrina “[r]ecognizing the EU as a veritable “Union of values”, the Court forcefully protects its very foundations”. ARANCI, (2019), 63; ipotesi anche di VON BOGDANDY, SPIEKER, (2019).

<sup>52</sup> Declinato secondo gli artt. 3, par. 3, e 24, par. 2, TUE. PORCHIA, (2020), 162. La flessione in cui la solidarietà risulterebbe sovrapponibile la leale collaborazione è individuata da MORGESE, (2020), 92, sotto il «mutuo rispetto da parte di Istituzioni e Stati del complesso di diritti e obblighi derivanti dall'appartenenza all'UE» e, ancor più, nella «mutua astensione dall'adottare comportamenti ricadenti tra le situazioni puramente interne che però hanno un effetto pregiudizievole per il raggiungimento degli obiettivi comuni».

la codificazione nell'ordinamento dell'Unione attraverso varie declinazioni, tanto verticali come orizzontali, ed è ritenuta la «pietra angolare dell'*acquis* comunitario<sup>53</sup>» (tra gli altri, BATTAGLIA, 2020). Nella sua accezione verticale (di cui all'art. 4, par. 3, TUE), la Corte l'ha riconosciuta come norma di applicazione generale<sup>54</sup>, che non dipende dalla specifica natura di una materia<sup>55</sup>. Dalla stessa norma deriva l'accezione orizzontale nei rapporti interstatali. In alcune decisioni, la solidarietà è stata intesa come divieto di «pregiudicare altri Stati quale conseguenza del reciproco rispetto delle regole<sup>56</sup>» (MORGESE, 2020), proprio in quanto sussunta dalla leale collaborazione. Il Parlamento europeo - già in principio tramite atti di *soft law*<sup>57</sup> - aveva mostrato la propria preoccupazione per «l'incapacità degli Stati membri di agire in modo collettivo», non guidati appunto dai principi appena menzionati, richiedendo perciò alla Commissione e agli stessi di agire «di concerto». Ebbene, di fronte a un'azione unilaterale che comprometta gli obiettivi comuni, come agire?

Per quanto riguarda il profilo prettamente giuridico gli atti in questione in deroga alla libertà di circolazione<sup>58</sup> non sarebbero pertanto ammissibili al giudizio della Corte in quanto contrastanti con gli «atti atipici»<sup>59</sup> emanati dalle istituzioni eurounitarie, e, senza uno sviluppo della giurisprudenza della CGUE, presumibilmente neppure in qualità di atti assunti unilateralmente che rifuggono il controllo delle istituzioni<sup>60</sup>, malgrado in contrasto con i principi di solidarietà, leale collaborazione e proporzionalità.

<sup>53</sup> BATTAGLIA, (2020), 24. Spec., DE PASQUALE, CARTABIA, IANNONE, (2014), 28.

<sup>54</sup> Corte giust. (Grande sezione), Commissione europea c. Regno di Svezia, ECLI:EU:C:2010:203, punto 71.

<sup>55</sup> BATTAGLIA, *cit.*, 31.

<sup>56</sup> MORGESE, *cit.*, 89.

<sup>57</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 17 aprile 2020 sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze (P9\_TA(2020)0054), punti 5 e 6.

<sup>58</sup> Si fa in questa sede riferimento esclusivamente agli atti assunti *motu proprio* che eccedano le eccezioni previste dal CFS, e che arrechino danni agli altri Paesi firmatari dell'accordo.

<sup>59</sup> In particolare, sull'uso degli atti atipici, MOSCHETTA, (2019), 304 ss. Analogamente, va ricordato quanto riportato da Moschetta, ovvero che «la Corte ha dichiarato in diverse occasioni la ricevibilità di ricorsi di annullamento aventi ad oggetto una serie di atti atipici non vincolanti quali linee guida, codici di condotta, comunicazioni, note informative o lettere».

<sup>60</sup> Sottolinea CAGGIANO, (2020), 92, che «La Corte di giustizia ha costantemente interpretato in modo restrittivo le deroghe alla libertà di circolazione per motivi di ordine pubblico e sicurezza pubblica, considerate spesso in modo unitario. La loro portata non può però essere determinata unilateralmente senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Le relative misure pos-

Di conseguenza, ne potrebbe derivare l'idea che «non esista più un concetto di Unione europea a causa delle separazioni interne e che il concetto di frontiera, al contrario, sia sicuramente molto sentito» (BRUNO, 2021)<sup>61</sup>. Acciòché però, il coordinamento della Commissione durante un'emergenza sanitaria non si traduca in una vera e propria caccia alle streghe, occorre soffermarsi su come migliorare il collegamento tra gli Stati seguendo il processo di integrazione europea.

## 5. Considerazioni finali

Nella cornice della crisi del sistema Schengen, il Coronavirus ha gettato ulteriore benzina sul fuoco del dialogo fra le istituzioni UE e gli Stati membri più riottosi al rigoroso rispetto dell'Accordo. La chiave di volta per superare il «rischio di uno sgretolamento ulteriore dello 'spazio unico Schengen'» (MANEGGIA, 2020)<sup>62</sup> potrebbe essere costituita dall'innesto di un maggiore credito alla Commissione quale organo formalmente coordinatore di crisi generalizzate come quella sanitaria in corso o come nel caso delle ondate migratorie in drammatica crescita nel prossimo futuro. Con specifico riguardo alla salute e all'igiene pubblica potrebbe essere predisposta una procedura *ad hoc*, plasmata sull'art. 29 CFS, atta a dotare la Commissione della facoltà di gestire l'emergenza avvalendosi di raccomandazioni elaborate di concerto con le agenzie competenti e le *task force* di esperti<sup>63</sup>.

Conseguentemente all'emergenza sanitaria, occorre bilanciare le doverose misure da adottare per contrastare il contagio con l'impossibilità che gli Stati membri procedano a negare l'ingresso nel proprio Paese a dei cittadini dell'UE in senso generalizzato. Le condizioni che devono guidare il superamento del conflitto sono rappresentate dall'identità tra le misure predisposte per i cittadini stranieri e quelle indirizzate ai propri, nonché tutti gli accor-

*sono essere adottate esclusivamente solo dopo una valutazione caso per caso che il comportamento del soggetto in questione rappresenti realmente una minaccia effettiva e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società. Agli Stati membri spetta l'onere di provare in maniera circostanziata gli interessi essenziali coinvolti, dimostrando la necessità della loro tutela ai fini della sicurezza in rapporto alla gravità del pericolo e della minaccia e il grado di coercizione della misura da adottare».*

<sup>61</sup> BRUNO, (2021), 11.

<sup>62</sup> MANEGGIA, *cit.*, 212.

<sup>63</sup> SPITALERI, (2020), 413.



gimenti adottati devono essere informati a contemperare una circolazione adeguatamente controllata, ma non di certo ostacolata.

I Trattati garantiscono uno spazio normativo per l'iniziativa dell'Unione nell'ambito descritto *supra* (3) (4), scongiurando così la necessità di ampliare l'attribuzione di competenze riservate all'Unione attraverso la c.d. "clausola di flessibilità" e la *vis* espansiva di cui all'art. 352 TFUE. Sebbene ciò, perseguendo gli obiettivi «con i mezzi appropriati» (art. 3, par. 6 TFUE) non sembra necessaria un'iniziativa normativa *ex novo*.

Dal punto di vista pratico, è invece opportuno il mantenimento del ruolo persuasivo della Commissione nell'invitare gli Stati a ritirare eventuali atti generici restrittivi della libertà di circolazione alle frontiere e sostituirli con misure mirate al rispetto della solidarietà, della proporzionalità e della non discriminazione<sup>64</sup>. Tale organo è poi deputato alla messa a punto della fase politica della procedura di infrazione *ex art.* 258 TFUE, per gli Stati che adottino disposizioni in contrasto con la Direttiva 2004/38/CE, con le norme adottate per il suo recepimento<sup>65</sup> e con il Codice frontiere Schengen. Analogamente, va secondato un ambiente giuridico che garantisca la protezione del diritto di circolare e di soggiornare liberamente dei cittadini europei di fronte a misure sproporzionate degli Stati membri, richiamando ove idonea l'attenzione della Corte.

Una cittadinanza senza popolo è il ritratto della peculiare dimensione multilivello dell'Unione europea, ottenuta dalla somma delle singole cittadinanze degli Stati membri (art. 20 TFUE). Essa è tuttavia in grado di permettere la rivendicazione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità (art. 18 TFUE) e della libertà di circolazione e soggiorno (art. 21 TFUE) tanto nei confronti dell'UE quanto verso i singoli Paesi<sup>66</sup>. Il combinato disposto di tali diritti impone agli Stati membri un generale divieto di discriminazione a svantaggio dei cittadini di altri Stati membri caratterizzandosi quale "*general clause*" che svolge una funzione incrementale rispetto ai diritti dei cittadini UE espressamente previsti dai Trattati e dalla Carta (ROSSI, 2020)<sup>67</sup>. Nelle parole della Corte (v. Grzelczyk), «lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli

<sup>64</sup> Cfr. punto 4, P9\_TA(2020)0315.

<sup>65</sup> L'Italia è già stata sottoposta a procedura di infrazione per aver posto in essere atti in contrasto con questa Direttiva, v. procedura di infrazione n. 2011/2053.

<sup>66</sup> BIGLINO CAMPOS, (2020), 7.

<sup>67</sup> Il principio, secondo ROSSI, (2020), 266, può dunque avere una funzione generale di "*gap-filling*" potenzialmente illimitata nello scopo e nella capacità di produrre conseguenze imprevedibili nei casi in cui detta lacuna giuridica non sembri esistere a un primo sguardo.

Stati membri che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico<sup>68</sup>».

In conclusione, il rafforzamento del processo di integrazione e la creazione di una cittadinanza europea sono parte delle intenzioni della Presidente della Commissione von der Leyen, la quale – a proposito delle misure introdotte dagli Stati membri lo scorso 31 marzo 2020 ha dichiarato: è di estrema importanza che le misure emergenziali non vengano attivate a discapito dei nostri principi fondamentali e dei valori come espressi nei Trattati<sup>69</sup>.

### Riferimenti bibliografici

- ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I. (2016). *Sistema de fuentes del Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016, de 28 de abril*. Revista Asamblea, n. 34.
- ARANCI, M. (2019). *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nella causa Commissione/Polonia*. Eurojus.it, fasc. 3.
- BALDONI, D.; GHERARDI, S. (2020). *Due modelli costituzionali per governare l'emergenza. Italia e Spagna alla prova del Coronavirus*. DPCE online, n. 2.
- BASCHERINI, G. (2003). *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*. Rivista di Diritto Costituzionale.
- BATTAGLIA, F. (2020). *Il principio di leale cooperazione nel Trattato di Lisbona. Una riflessione sulle vicende legate al recesso del Regno Unito dall'Unione europea*. Federalismi.it, n. 19.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2020). *Anillos de conjunción entre el estado nación y el Derecho de la Unión: soberanía, territorio y pueblo*. Federalismi.it, n. 31.
- BOGDANDY VON, A.; SPIEKER, L.D. (2019). *Countering the Judicial Silencing of Critics: Novel Ways to Enforce European Values*. Verfassungsblog.
- BRUNO, A.S. (2021). *“Spazio e frontiera”*. In ricordo di Giorgio Lombardi (1935-2010). Report del Convegno del 2 ottobre 2020. Federalismi.it, n. 1.
- CAGGIANO, G. (2020). *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*. Aisdue.eu, n. 7.

<sup>68</sup> Corte giust., par. 31, C-184/99, *Grzelczyk*, EU:C:2001:458. spec. par. 33, «in particolare quelle [situazioni] rientranti nell'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato e quelle rientranti nell'esercizio della libertà di circolare e di soggiornare».

<sup>69</sup> Presidente della Commissione, *Statement 20/567*.

- CARDONE, A. (2011). *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli. Torino.
- CASOLARI, F. (2020). *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*. Eurojus.it, fasc. 1.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1981). *El nuevo derecho de excepción*. Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 1, n. 2.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2020). *La Constitución bajo el estado de alarma*. El País.
- DE PASQUALE, P.; CARTABIA, M.; IANNONE, C. (2014). *Art. 4 TUE*. Tizzano, A. (a cura di). *Trattati dell'Unione europea*. Giuffrè. Milano.
- DI FEDERICO, G.; NEGRI, S. (2019). *Unione europea e salute. Principi, azioni, diritti e sicurezza*. Cedam. Milano.
- DI STASIO, C. (2017). *La crisi del "Sistema Europeo Comune di Asilo" (SECA) fra inefficienze del sistema Dublino e vacuità del principio di solidarietà*. Aisdue.eu, n. 2.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1978). *El estado de excepción en el derecho constitucional español*. Edit. de Derecho Reunidas. Madrid.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1979). *La suspensión de garantías constitucionales en la nueva Constitución española*. Revista de Estudios Políticos, n. 7.
- FLEAR, M. (2015). *Governing Public Health. EU Law, Regulation and Biopolitics*, Bloomsbury Publishing. Oxford and Portland/Oregon.
- GARRIDO LÓPEZ, C. (2017). *Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción*. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 110.
- LUCIANI, M. (2020). *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*. Consulta Online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo.
- MANEGGIA, A. (2020). *Le "nuove" minacce al sistema Schengen in tempo di Covid-19 e il ruolo della Commissione europea*. Dirittifondamentali.it, fasc. 3.
- MENGOZZI, P. (2020). *Note sul principio di solidarietà nel diritto comunitario*. Aisdue.eu, n. 1.
- MORGESE, G. (2020). *Solidarietà di fatto ... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*. Eurojus.it, n. spec.
- MOSCHETTA, T.M. (2020). *L'armonizzazione normativa mediante gli atti di soft law della Commissione europea: uno sviluppo ipotizzabile?* Annali Aisdue. Cacucci. Bari.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2020). *Confinar el Coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción*. El Cronista.

- POGGI, A.M. (2020). *Dove va l'Europa al tempo del Covid-19: riflessioni in tema di territorio dell'UE*. Federalismi.it, n. 19.
- PORCHIA, O. (2020). *I rapporti bilaterali tra Stati membri nel quadro dell'Unione europea*. Aisdue.eu, n. 1.
- PRESNO LINERA, M.Á. (2020). *Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (4): la libertad de circulación*. El Derecho y el revés.
- RAFFIOTTA, E.C. (2020). *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*. Biolaw Journal, Forum su diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, n. 2.
- ROMANO, S. (1909). *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*. Riv. Dir. Pubbl. e P.A. in Italia.
- ROSSI, L.S. (2020). *Framing the Principle of Non Discrimination on Grounds of Nationality. Article 18(1) TFEU in the ECJ case law*. Aisdue.eu, n. 2.
- RUGGERI, A. (2020). *Il Coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*. Consulta Online, fasc. 1.
- SILVESTRI, G. (2020). *Covid-19 e Costituzione*. Unicost.ue.
- SPITALERI, F. (2020). *Covid-19 e ripristino dei controlli alle frontiere interne*. Aisdue.eu, n. 2.
- TERUEL LOZANO, G.M. (2020). *Derecho de excepción y control al Gobierno: una garantía inderogable*. Hay Derecho.
- VELASCO CABALLERO, F. (2020). *Que no, que ni hay suspensión de derechos, ni hace falta el estado de excepción*. Blog de Francisco Velasco.

# DESINFORMACIÓN EN TIEMPOS DE COVID: UNA ENFERMEDAD PARA EUROPA

ELOÍSA PÉREZ CONCHILLO\*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Respuesta de la UE ante la desinformación. – 2.1. Iniciativas adoptadas en el marco de la UE antes de la pandemia. – 2.2. Iniciativas adoptadas en el marco de la UE durante la gestión de la pandemia. – 3. Conclusiones sobre las medidas adoptadas por la UE contra la desinformación en el marco del contexto global. – 4. Problemas derivados de la desinformación y de la falta de acceso a la información durante la gestión de la pandemia para las democracias europeas. – 5. Conclusiones. – 6. Referencias Bibliográficas.

## 1. Introducción

Las sociedades europeas actuales son reflejo de nuevos escenarios comunicativos que constituyen auténticos desafíos para garantizar los derechos y libertades de las personas. Por un lado, hemos dado un vertiginoso salto pasando de una realidad analógica a una muy distinta realidad digital, en la que todos los ciudadanos nos encontramos interconectados. Esta “cosmópolis”, alude en efecto a “este confuso y conectado mundo-como-ciudad” (GARTON ASH, 2017, 39), donde la comunicación humana se desenvuelve a saltos entre lo físico y lo virtual.

Conforme la Era digital ha ido desarrollándose, han podido comprobarse cambios significativos en las pautas de comportamiento destinadas a la comunicación por el incesante protagonismo de las redes sociales e Internet. En paralelo a este proceso de cambio, han aparecido también nuevos desafíos para la protección de las libertades de expresión e información, que confluyen en esta nueva dinámica de comunicación digital. Baste mencionar hoy como desafíos que actúan como enemigos de las democracias contemporáneas, la polarización, las *fake news*, los sesgos informativos, la difusión de bulos, el auge de los populismos, control y filtrado de contenido, nuevos problemas relacionados con la censura en Internet o el discurso del odio, entre otros.

\* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2019-106118GB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/.

Tales fenómenos se han visto influidos claramente por el contexto global en que se inserta la sociedad digital. Y esto, unido a las notas propias del nuevo hábitat informativo dificulta la capacidad de los Estados para dar respuestas eficaces a los desafíos que se plantean para garantizar la libertad de expresión e información<sup>1</sup>. En este sentido, puede destacarse brevemente que la información ha pasado a tener un carácter global, sin poseer un centro de imputación o dirección propia. Ha dejado de ser unidireccional para convertirse en multidireccional, es decir, ya no son sólo los medios de comunicación tradicionalmente conocidos los que transmiten información a la población, entendida como destinatario pasivo, sino que ahora el propio ciudadano ostenta un rol activo, creando, compartiendo y difundiendo información. Esta última nota se ve favorecida por el protagonismo que han ganado las plataformas digitales como nuevos medios de comunicación frente a los tradicionales. Con ello, se ha generado un “sistema híbrido” donde actualmente conviven los profesionales de la información y los nuevos medios digitales (CASERO-RIPOLLÉS, 2020, 3; SÁNCHEZ BARRILAO, 2020, 56). Resulta además que hoy la información se inserta en un contexto difuso, volátil y disperso donde a su vez comparte espacio con una gran cantidad de información al alcance de todos (sobreabundancia informativa), y cuya calidad no siempre está asegurada. A lo que se añade la rapidez en la difusión de la información, la facilidad de acceso y su carácter inminente a golpe de click en cualquier parte del mundo<sup>2</sup>.

Además de estos cambios en el ecosistema de la comunicación, se adelantaba anteriormente la concurrencia de otro escenario al que hoy nos enfrentamos como sociedad. Se trata de la grave crisis sanitaria generada como

<sup>1</sup> Tales libertades están viéndose seriamente amenazadas y prueba de ello se refleja en la ola desinformativa que ha sublevado el populismo en EEUU hasta el reciente y execrable asalto al Capitolio que ha tenido lugar en una atmósfera sesgada donde la desinformación ha sido clara protagonista del evento. Además, esta problemática se ha visto envuelta por el histórico doble impeachment al ex presidente Trump, por no aceptar su derrota en las urnas trasladando a la opinión pública y a sus votantes un mensaje de lucha por considerar fraudulenta la victoria del demócrata Biden. Se dilucida su posible incitación a la violencia tras el reclamo efectuado ilegítimamente por sus votantes al asaltar el Capitolio, aunque en todo caso su actuación ha llevado ya a la adopción de medidas que no han estado exentas de polémica como el bloqueo de sus cuentas en Facebook, Instagram y Twitter por riesgo de incitación a la violencia.

<sup>2</sup> Sobre las características de la información en el actual paradigma digital frente al analógico, véanse entre otros ABA-CATOIRA (2020, 126); BLANCO ALFONSO (2020, 172 y ss.); AGUILAR CALAHORRO (2017, 436); TERUEL LOZANO (2017, 76 y ss.); BOIX PALOP; LÓPEZ GARCÍA (2005, 88 y ss.).

consecuencia de la pandemia del Covid-19. Esta desafortunada experiencia vivida en todo el mundo ha sido y es un gran desafío para las democracias europeas. Pues, el virus además de poner en jaque la vida y salud de millones de personas, ha desafiado los sistemas sanitarios de los Estados y exigido poner en marcha los mecanismos extraordinarios habilitados en los sistemas constitucionales de los Estados miembros para contener la propagación del virus.

Estos dos escenarios dibujados, esto es, los problemas de “desórdenes informativos” (ABA-CATOIRA, 2020; SALAVERRÍA; BUSLÓN; LÓPEZ-PAN; *et al*, 2020) ocasionados por la dinámica global, *ergo*, de intereses privados, electorales y económicos que giran hoy en el entorno digital<sup>3</sup>, así como la anómala situación de crisis sanitaria vivida por la pandemia del Covid-19, no están comunicados entre sí. Ambos están conectados por el fenómeno global en el que se insertan y su relación se plasma en que la crisis sanitaria sufrida en Europa está llevando aparejada otra grave enfermedad que se ha dado en llamar *infodemia*<sup>4</sup>. Término utilizado en el contexto de la pandemia para hacer alusión a la gran cantidad de desinformación difundida en torno al virus. Es en efecto ésta otra pandemia, en este caso informativa, que se ha agravado durante la gestión del Covid-19 y que devalúa gravemente la estabilidad de las democracias. Pues, a los propios retos que ostenta *per se* el fenómeno de la desinformación en el contexto global, se añade la grave problemática sanitaria generada en cuanto a la pandemia, y en este mismo sentido, la ola desinformativa en la que ha estado envuelta en todas sus dimensiones (sanitarias, políticas, sociales, económicas...).

<sup>3</sup> En efecto tales desórdenes informativos se insertan hoy en una lógica global digitalizada que resulta ciertamente compleja. Como ha destacado expresivamente, BADILLO (2019, 30 y 31), “este nuevo ecosistema informacional tiene nuevos actores (y son mundiales), nuevas lógicas económicas y políticas, nuevos modelos de negocio y también nuevas prácticas culturales, mientras la intensiva privatización de la esfera pública y la polarización mediática han ido erosionando la legitimidad de los medios como instituciones de la democracia e incluso dislocando el rol social del periodismo. El nuevo ecosistema informacional es –como lo fue en los Estados nación– un escenario de batallas de poder que se disputa ahora en el ciberespacio tanto a través de ataques entre máquinas como de estrategias de desinformación, y la propia naturaleza de la red hace especialmente complicado combatir los nuevos ataques”.

<sup>4</sup> Término utilizado por la Organización Mundial de la Salud, (OMS) para hacer referencia a la «sobreabundancia de información (alguna rigurosa y otra no) que hace que para las personas sea difícil encontrar recursos fidedignos». Ahora en el marco de la pandemia, el término «infodemia» llama la atención sobre “la gran cantidad de información que hay sobre el tema, mucha de la cual son bulos o rumores, por lo que vendría a equivaler a una ‘epidemia nociva de rumores que se generan durante los brotes’”, Fundéu BBVA (2020).

Lo cierto es que en un contexto de máxima tensión social donde está implicada la salud y la vida de la población en su conjunto, la información resulta un elemento clave para la protección de las personas<sup>5</sup>. No en vano, la información constituye el presupuesto previo al conocimiento para actuar de manera formada y construir la propia opinión y actuación en este asunto con responsabilidad (SIERRA RODRÍGUEZ, 2020, 236). En este sentido, el conocimiento que brinda la información no viene sólo en relación al aspecto social y político, a efectos de realizar un escrutinio sobre la gestión que se está realizando en los Estados de la pandemia, sino que también va dirigida al aspecto sanitario. Esto es, la información sobre el COVID-19 en lo relativo a los riesgos, medidas preventivas, vacunación, guías de actuación en caso de síntomas o infección del virus, etc., es en sí misma una gran vacuna contra el virus.

Por ello, a continuación se expondrá cuál ha sido la gestión de la información en Europa en torno al Covid-19, viéndose además las diversas medidas adoptadas en el marco de la UE contra la desinformación tanto antes como después de la pandemia. A partir de ahí, se obtendrán una serie de conclusiones teniendo en cuenta el contexto global en el que dichas medidas se insertan. Finalmente, se reflexionará acerca de los problemas democráticos que se están generando por la desinformación y la falta de acceso a la información pública en la gestión del Covid-19.

## **2. Respuesta de la UE ante la desinformación**

La preocupación europea por la desinformación como un problema de ataque frontal contra la democracia, se ha visto intensificada durante los últimos años en paralelo al desarrollo tecnológico. En este proceso de cambio, resulta razonable que las libertades de expresión e información no hayan encontrado aún su paradero final. Por ello, este periodo definitorio resulta fundamental para saber cuáles son las iniciativas que se van adoptando para la protección de las referidas libertades, sin olvidar que son elementos sustanciales para la calidad democrática y para la configuración del espacio público en base al pluralismo, el respeto a la garantía de la opinión pública y la participación efectiva.

<sup>5</sup> En tal sentido entiende PEYTIBI (2020, 279), que la comunicación y la narrativa institucional en base a criterios de transparencia contribuye a contrarrestar la incertidumbre fruto derivada de la tensión del momento.



### **2.1. Iniciativas adoptadas en el marco de la UE antes de la pandemia**

La manipulación informativa que rondó las elecciones presidenciales de EEUU en 2016 y que llevaron al nombramiento del expresidente Donald Trump, o las campañas desinformativas en torno al referéndum sobre el Brexit en Reino Unido, son ejemplos que han alertado en los últimos años a la UE sobre esta problemática a escala global (MAGALLÓN ROSA, 2019, 327). Estos dos acontecimientos han sido de hecho considerados como “los dos grandes procesos políticos contemporáneos en los que la posverdad ha triunfado al crear un contexto social favorable para que las informaciones inexactas o incompletas o las noticias directamente falsas se impongan a los hechos contrastados” (BLANCO ALFONSO, 2020, 171). De tal modo, ambos eventos ponían el punto de mira en los procesos electorales pendientes por aquel entonces, que abarcaban desde las elecciones al Parlamento Europeo en 2019 como una larga lista de procesos electorales nacionales, regionales y locales en el seno de los Estados miembros (Comisión Europea, 2018 d, 3).

Así las cosas y ante el vaticinio de lo que constituye una grave amenaza democrática que procura influir en la opinión pública, manipulando los periodos electorales a escala supranacional europea e interna de los Estados surge la pronta necesidad de definir la posición y estrategia europea frente al problema de la difusión de desinformación<sup>6</sup>. No obstante, cabe destacar previamente algunas Directivas que se encuentran en la base de la acción política posteriormente adoptada en el seno de la UE. Cabría en este sentido hacer referencia a la Directiva 2010/13/UE de servicios de comunicación audiovisual, que incorpora medidas para evitar la influencia y falseamiento en el mercado a través de la información prestada por los servicios de comunicación audiovisual. También destaca la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, dirigida a la protección del consumidor. Por su parte, la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, vela por la protección de los datos personales, la intimidad y los intereses legítimos dentro del sector de las comunicaciones electrónicas. En la Directiva 2013/40/UE relativa a los ataques contra los sistemas de información, se contemplan y armonizan las definiciones y sanciones por ataques

<sup>6</sup> En este sentido, Comisión Europea (2018, 3) “es urgente intensificar los esfuerzos para garantizar unos procesos democráticos libres y limpios. Las amenazas que afectan a la democracia en cualquier Estado miembro pueden perjudicar a la Unión en su conjunto. Además, la desinformación a menudo tiene como objetivo a las instituciones europeas y a sus representantes, y busca socavar el propio proyecto europeo en general”.

contra los sistemas informáticos. Destaca también la Directiva 2016/1148 que prevé medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión (SEIJAS, 2020, 3 y 4).

En cuanto a los antecedentes políticos de actuación europea en la materia, pueden remontarse a la reunión que tuvo lugar en marzo de 2015 en el seno del Consejo Europeo, al ser la primera vez que se hablaba de la necesidad de proteger a Europa del fenómeno desinformativo (TERÁN GONZÁLEZ, 2019, 21; CIRÉFICE, 2018, 123). En las conclusiones, el Consejo Europeo alertó sobre la amenaza desinformativa, en particular sobre las campañas de desinformación en Rusia que afectaban a la UE. Y se instaba a la Alta Representante a adoptar un Plan de Acción estratégico, siendo necesaria como primera medida en este sentido la creación de un equipo de comunicación<sup>7</sup>. Fruto de tales conclusiones se adopta el Plan de Acción sobre Comunicación Estratégica en 2015 y el *East StratCom Team Task Force* (Equipo de Estrategia de Comunicación para el Este), que forma parte del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE)<sup>8</sup>.

Destaca también el debate llevado a cabo el 5 de abril de 2017 en la Sesión Plenaria del Parlamento Europeo donde se discutió acerca de las vías para responder al odio, populismo y *fake news* en redes sociales<sup>9</sup>. Del desarrollo del debate se extrae que no existe una respuesta unánime sobre cómo hacer frente a tales fenómenos, pues había partidarios para cada una de las opciones. Así, desde los que consideran preferible la no intervención en la materia en pos del respeto a la crítica y a la libertad de expresión sin censura, pasando por los que optan por modelos de autorregulación, o por aquellos que optan por la regulación legal estableciendo límites y sanciones. No obs-

<sup>7</sup> Ver Consejo Europeo (2015). Conclusiones adoptadas en la Reunión del Consejo Europeo EUCO 11/15, Bruselas, 19 y 20 de marzo de 2015, punto 13. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/media/21872/st00011es15.pdf>

<sup>8</sup> La misión principal del Equipo de estrategia es analizar e informar de la desinformación procedente de fuentes rusas y elaborar campañas de comunicación sobre la política europea en este sentido. Puede accederse al proyecto en el enlace <https://euvsdisinfo.eu/>

Visto no obstante que la capacidad de acción de dicho Equipo de Estrategia era limitada y no iba dirigida a la lucha general contra la desinformación CIRÉFICE (2018, 124), el (Parlamento Europeo, 2016) insta en su Resolución de 23 de noviembre de 2016 al reforzamiento del “Grupo especial sobre comunicación estratégica de la Unión convirtiéndolo en una auténtica unidad en el seno del SEAE, responsable de los países vecinos del Este y del Sur y dotado del personal y de los recursos presupuestarios adecuados”.

<sup>9</sup> Puede accederse al video del debate en <https://www.europarl.europa.eu/plenary/es/vod.html?mode=chapter&vodId=1491397770340#>.

tante, cabe destacar que el Parlamento Europeo presenta el 31 de agosto de ese mismo año una Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre el nuevo grupo de trabajo europeo contra las noticias falsas (*fake news*) donde pide a la Comisión Europea que “proceda con determinación hacia un nuevo marco legislativo sobre noticias falsas e incitación al odio, que abarque un tipo de responsabilidad de los gestores de plataformas en línea que sea compatible con la libertad de expresión, pero sin exonerar al proveedor de los controles necesarios y técnicamente posibles” (Parlamento Europeo, 2017 a).

En esta línea de acción, la Comisión Europea lanzó una consulta pública que tuvo lugar del 13 de noviembre de 2017 al 23 de febrero de 2018, con objeto de recabar la opinión pública sobre el tema de la desinformación a efectos de analizar las medidas adoptadas hasta el momento<sup>10</sup>. Entre las conclusiones adoptadas cabe destacar la relevancia que se dio a la verificación de hechos para combatir la desinformación, incentivando medidas como la autorregulación y la alfabetización mediática a todos los niveles<sup>11</sup>.

A los resultados de la referida consulta se suman además la creación en enero de 2018 de un Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre *fake news* y desinformación en línea por parte de la Comisión Europea, así como un Eurobarómetro sobre el tema en cuestión. En cuanto al citado Grupo de Expertos de Alto nivel, “tenía como objetivo adoptar un método para identificar las noticias falsas y frenar su propagación, teniendo muy presente el riesgo que existe cuando se trata de cribar mensajes de difusión pública, de acabar restringiendo la libertad de expresión. Este era el límite que se trataba de no franquear” (DE CASTRO RUANO, 2018). Dicho Grupo elaboró un informe para asesorar a la Comisión Europea sobre el problema de las noticias falsas y desinformación en línea publicado el 12 de marzo de 2018<sup>12</sup>. El in-

<sup>10</sup> En tal sentido puede consultarse la información disponible sobre la referida consulta en [https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-fake-news-and-online-disinformation\\_es#consultation-outcome](https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-fake-news-and-online-disinformation_es#consultation-outcome)

<sup>11</sup> Los resultados de la consulta pueden verse en Comisión Europea (2018 b). “Synopsis report of the public consultation on fake news and online disinformation”. 26 de abril de 2018. Disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/synopsis-report-public-consultation-fake-news-and-online-disinformation> .

Sobre la consulta pública puede verse TERÁN GONZÁLEZ (2019, 29 y 30).

En tal sentido señala DE CASTRO RUANO (2018) que, “con todo ello quedó evidenciada la existencia de un problema real sobre la cuestión, percibido como tal no sólo por las instituciones comunitarias y los Estados, sino también por la propia ciudadanía”.

<sup>12</sup> Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Noticias Falsas y Desinformación (2018). “A

forme reconoce además el riesgo inherente a la difusión de desinformación (Grupo de Expertos de Alto Nivel, 2018, 35) y recoge una serie de recomendaciones entre las que destacan la colaboración entre plataformas online, medios tradicionales de comunicación y sociedad civil encargada de la verificación de hechos, para elaborar un Código de Buenas Prácticas dirigido a mejorar en transparencia y en la verificación y difusión de información confiable y de calidad. Así también, instan a la Comisión Europea y a los Estados miembros a incentivar la alfabetización mediática, y a las plataformas digitales a cumplir con normas éticas en base a un estándar más elevado para conseguir un ambiente informacional más plural y fiable.

Se ha destacado también el Eurobarómetro de febrero de 2018 como iniciativa adoptada en el marco de la Comisión Europea, cuyos resultados se obtienen junto con el informe del Grupo de Expertos, el 12 de marzo de 2018. Por otro lado, cabría señalar la elaboración de un Código de Buenas Prácticas<sup>13</sup> en 2018 por parte de representantes de las plataformas digitales,

multi-dimensional approach to disinformation”. Luxembourg, Publications Office of the European Union. Puede accederse al contenido del Informe en [https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=50271](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50271) Sobre el informe puede verse CIRÉFICE (2018, 127 y ss.).

En el informe empiezan poniéndose de manifiesto problemas técnicos de definición, instándose a utilizar el término desinformación como más acertado frente a la de noticias falsas o *fake news*, al ser éste un concepto más restrictivo y engañoso. Sobre esta cuestión se profundiza también en WARDLE; DERAKSHAN (2017, 5). “Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making”. Consejo de Europa Disponible en: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>. Al respecto se señala que “Nos abstenemos de utilizar el término “fake news” por dos razones. En primer lugar, lamentablemente es inadecuado para describir el complejo fenómeno de la contaminación de la información. El término también ha comenzado a apropiarse por los políticos de todo el mundo para describir a las organizaciones de noticias cuya cobertura encuentran desagradable. De esta manera, se está convirtiendo en el mecanismo por el que los poderosos pueden atacar, restringir, socavar y burlar la prensa libre”.

Una de las cuestiones destacadas en el informe es el carácter multidimensional que han de tener las medidas para frenar este fenómeno, ya que la desinformación no tiene un único origen o motivo, y por tanto, las respuestas deben atender a una perspectiva global que atienda todos los aspectos implicados. Sugiere el Grupo de Expertos incentivar una perspectiva de aproximación tendente a la autorregulación donde participen todos los actores implicados, a lo que habrán de sumarse además medidas de alfabetización mediática en el ecosistema de la información digital.

<sup>13</sup> Comisión Europea (2018 a) “Code of Practice on Disinformation”. Se accede al texto

las principales redes sociales, anunciantes e industria publicitaria de tipo autorregulador para hacer frente a la desinformación en línea. Dicho Código surge a iniciativa de las recomendaciones vertidas en el Informe del Grupo de Expertos de Alto Nivel y fue firmado inicialmente por plataformas como Facebook, Google, Twitter, Mozilla, suscribiéndolo posteriormente Microsoft o TikTok.

Las iniciativas señaladas se ven seguidas por la Comunicación de la Comisión Europea *La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo* COM(2018) 236 final, de 26 de abril de 2018, que ofrece una definición de desinformación. En este sentido, la Comisión Europea contextualiza y define el fenómeno de la desinformación como “información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público. El perjuicio público comprende amenazas contra los procesos democráticos políticos y de elaboración de políticas, así como contra los bienes públicos, como la protección de la salud, el medio ambiente o la seguridad de los ciudadanos de la UE. La desinformación no incluye los errores de información, la sátira y la parodia ni las noticias y los comentarios claramente identificados como partidistas” (Comisión Europea, 2018 e, 4).

En este mismo año, la Comisión Europea suscribe el Plan de acción contra la desinformación, de 5 de diciembre de 2018, que parte del presupuesto básico de que la libertad de expresión e información son elementos consustanciales a la democracia por permitir participar en los asuntos públicos de manera efectiva<sup>14</sup>. Las acciones dirigidas a obtener una respuesta de la UE recogidas en el Plan de acción se encuentran agrupadas en cuatro pilares básicos, que son: a) mejora de la capacidad de las instituciones de la Unión

del Código de Buenas Prácticas a través del enlace [https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=54454](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=54454).

<sup>14</sup> La Comisión Europea (2018 d, 1), señala en este sentido que “Nuestras sociedades democráticas abiertas dependen de la capacidad de los ciudadanos para acceder a una información variada y verificable que les permita formarse una opinión sobre diferentes cuestiones políticas. De este modo, los ciudadanos pueden participar con conocimiento de causa en los debates públicos y expresar su voluntad mediante procesos políticos libres y limpios”. El cometido del Plan de acción se mueve en una línea de urgencia e inminencia por frenar el fenómeno desinformativo a vista de los procesos electorales pendientes. Así pues la Comisión Europea (2018, 4), reconoce en el texto que “es probable que las constantes campañas específicas de desinformación contra la Unión, sus instituciones y sus políticas aumenten hasta las elecciones al Parlamento Europeo de 2019. Esto requiere una actuación urgente e inmediata para proteger a la Unión, a sus instituciones y a sus ciudadanos contra la desinformación”.

para detectar, analizar y exponer la desinformación; b) refuerzo de las respuestas coordinadas y conjuntas a la desinformación; c) movilización del sector privado para combatir la desinformación; d) aumento de la sensibilización y la capacidad de respuesta de la sociedad. En línea con tales objetivos, destaca la creación del Sistema de Alerta Rápido que se establece entre las instituciones de la UE y los Estados miembros para facilitar la puesta en común de campañas de desinformación en orden a coordinar las respuestas<sup>15</sup>.

Esta guía europea contra la desinformación ha servido de base para la adopción de diversas medidas y regulaciones internas en los Estados miembros, cuyas perspectivas y soluciones al problema varían de unos a otros<sup>16</sup>.

## **2.2. Iniciativas adoptadas en el marco de la UE durante la gestión de la pandemia**

La preocupación europea por el problema de la desinformación ha ido en aumento en estos últimos meses, fruto de la difusión de bulos y de la manipulación informativa que se han generado en el contexto de pandemia por el Covid-19. En este sentido, las notas propias de la desinformación, esto es, la incertidumbre, la inseguridad, la desconfianza y el miedo<sup>17</sup>, se trasladan a la actual crisis sanitaria alimentando la polarización y los sesgos informativos como frenos democráticos de la opinión pública (CASERO-RIPOLLÉS, 2020, 3).

Sobre la base de esta idea se ha destacado la necesidad de profundizar en las medidas adoptadas por la UE en este contexto, dado lo inédito de las circunstancias. Pues, se trata “del primer fenómeno global de estas características en la era digital, afectando a un ámbito muy sensible como es la salud” (FAJARDO TRIGUEROS; RIVAS DE ROCA, 2020, 20). Así las cosas, cabría

<sup>15</sup> Sobre el funcionamiento del Sistema de Alerta Rápido, puede consultarse más información en [https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/ras\\_factsheet\\_march\\_2019\\_0.pdf](https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/ras_factsheet_march_2019_0.pdf).

<sup>16</sup> Para profundizar sobre las soluciones dadas hasta ahora al problema desinformativo en los países europeos pueden consultarse MAGALLÓN ROSA (2019); FUNKE; FLAMINI (2019); BADILLO (2019).

<sup>17</sup> SÁNCHEZ BARRILAO (2020, 100), realiza una aproximación al miedo desde la perspectiva constitucional, teniendo en cuenta los riesgos democráticos que subyacen en él. En este sentido señala que “El miedo, en sí, no es el origen de las dificultades que para la democracia y el constitucionalismo se advierten desde hace tiempo. Otra cosa es que el miedo, y bajo su sombra la frustración, la ira y el odio, se instrumentalicen para potenciar el desasosiego y la irritación cultural, social y política que espontáneamente surge ante la incapacidad mostrada a nivel constitucional ante los retos, las dificultades e incertidumbres que acechan desde hace años”.

comenzar señalando que la iniciativa europea para frenar la desinformación en el marco de la crisis sanitaria ha tenido reflejo en las webs institucionales tanto de la Comisión Europea<sup>18</sup> como del Parlamento Europeo, donde se han ido plasmando las diversas iniciativas llevadas a cabo. En esta línea, (FARJARDO TRIGUEROS; RIVAS DE ROCA, 2020, 24 y 29) han cuestionado no obstante la falta de centralización de la información sobre las medidas e iniciativas adoptadas en el seno de la UE, ya que “no existe una web centralizada que reúna todas las acciones desarrolladas frente a la pandemia”.

Más allá de esta cuestión, cabe destacar la labor europea por enmendar el riesgo democrático que subyace, junto con el sanitario, detrás de la pandemia. Así, entre las medidas adoptadas puede destacarse en primer lugar el Plan de acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024 de la Comisión Europea y el Alto Representante de Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, adoptado el 25 de marzo de 2020. Dicho Plan contempla las prioridades para los próximos años con el objetivo de fortalecer la UE a nivel global. En este sentido, la primera línea de acción del Plan es el relativo a la protección y empoderamiento de las personas, cuyo apartado c) se centra específicamente en “Promover las libertades fundamentales y reforzar el espacio cívico y político”. Objetivo que incluye entre otras, la necesidad de proteger la libertad de expresión y pluralismo en los medios para luchar contra la desinformación (Comisión Europea, 2020, 4)<sup>19</sup>.

Con este primer antecedente, el Parlamento Europeo aprueba el 17 de abril de 2020 una Resolución sobre la acción coordinada de la Unión para luchar contra la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias, donde ya advierte que la UE ha de estar preparada para combatir la desinformación sin afectar a los valores fundamentales de la Unión<sup>20</sup>. Por su parte y como medi-

<sup>18</sup> Cabe destacar que la Comisión Europea creó en marzo de 2020 una sección especializada en desmentir información falsa sobre el Covid-19, disponible en [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/fighting-disinformation\\_es](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/fighting-disinformation_es).

<sup>19</sup> Puede accederse a COMISIÓN EUROPEA (2020 b). Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024. Bruselas, 25.3.2020 JOIN(2020) 5 final en [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e9112a36-6e95-11ea-b735-01aa75ed71a1.0021.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e9112a36-6e95-11ea-b735-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_1&format=PDF) así como al Anexo del Plan de acción que incorpora las medidas a adoptar en el seno de las distintas líneas de acción en [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e9112a36-6e95-11ea-b735-01aa75ed71a1.0021.02/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e9112a36-6e95-11ea-b735-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_2&format=PDF).

<sup>20</sup> PARLAMENTO EUROPEO (2020 a). Acción coordinada de la UE para luchar contra la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias. Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2020, sobre la acción coordinada de la Unión para luchar contra la pandemia de

da específica en la materia, destaca como especialmente relevante la Comunicación Conjunta adoptada por la Comisión Europea y el Alto Representante de Asuntos Exteriores La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos adoptada en junio de 2020<sup>21</sup>. Dicha comunicación refleja la dureza del escenario actual, poniendo de manifiesto la contaminación informativa (*infodemia*) generada durante la gestión de la crisis sanitaria<sup>22</sup>. Así, además de subrayar una serie de riesgos concretos que azotan la democracia, (como es el caso de la información sanitaria engañosa, de las teorías conspiratorias que quebrantan la cohesión y estabilidad social, la incitación al odio vinculando a determinados grupos étnicos o religiosos la propagación del virus, el fraude a los consumidores a través de venta de productos anti-Covid no contrastados, la ciberdelincuencia o la emisión de campañas desinformativas que buscan sesgar y polarizar el debate público), suscribe la necesidad de una actuación europea que contribuya a empoderar al ciudadano y a mejorar la coordinación interna de la UE, así como con los Estados para obtener respuestas eficaces frente a este fenómeno.

En este sentido, el reclamo de una actuación coordinada ha de tener en cuenta la complejidad del fenómeno desinformativo, y por ello, abarcar a las plataformas digitales y verificadores de datos como agentes estratégicos para enfrentar la reducción del espacio público en este contexto<sup>23</sup>. No puede obviarse el énfasis que hace la Comunicación en que el Covid-19 y las medidas adoptadas para remitir el virus no pueden servir de pretexto para socavar la

COVID-19 y sus consecuencias, P9\_TA(2020)0054. Accesible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054_ES.pdf).

<sup>21</sup> COMISIÓN EUROPEA Y ALTO REPRESENTANTE DE LA UNIÓN PARA ASUNTOS EXTERIORES Y POLÍTICA DE SEGURIDAD (2020 e). Comunicación conjunta Lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos. Bruselas, 10.6.2020 JOIN(2020) 8 final. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020JC0008&from=EN>.

<sup>22</sup> La Comisión Europea (2020, 1), reconoce la necesidad de dar “una actuación más coordinada y acorde a nuestros valores democráticos que haga frente a los riesgos para las sociedades abiertas. Nuestras instituciones democráticas y nuestros valores comunes, entre los que se hallan la libertad de expresión y la libertad y pluralidad de los medios de comunicación, son el fundamento de la resiliencia de nuestras sociedades frente a los desafíos de la pandemia de COVID-19”.

<sup>23</sup> Por este motivo, la Comisión Europea, (2020, 10 y 11) incorpora en la Comunicación una serie de medidas que se pedirán a las plataformas digitales a través de informes periódicos dirigidos a la publicación de sus políticas para luchar contra la desinformación vinculada al Covid-19 y acciones de apoyo a la verificación de datos<sup>23</sup> (Comisión Europea, 2020, 10 y 11).



libertad de expresión e información. En tiempos de crisis se hace más necesario que nunca tener información confiable que permita realizar un escrutinio sobre la gestión llevada a cabo por las instituciones, y ello sin que las competencias excepcionalmente otorgadas por la situación de emergencia les exima de la obligación de ser transparentes y de responsabilidad (Comisión Europea, 2020 e, 12).

Por otra parte, encontramos también el Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027 Adaptar la educación y la formación a la era digital, elaborado en el seno de la Comisión Europea y aprobado el 30 de septiembre de 2020<sup>24</sup>. Dicha iniciativa va dirigida a la alfabetización mediática a todos los niveles para mejorar las capacidades digitales y la formación de los usuarios en la Era digital. Además, el 13 de noviembre de 2020 el Parlamento Europeo aprueba una Resolución, sobre el impacto de las medidas relacionadas con la COVID-19 en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales<sup>25</sup>, en cuyo Considerando T se reconoce que la libertad de expresión se ha visto coartada en algunos países, so pretexto de actuar contra la desinformación y que la pandemia ha incentivado la difusión de información falsa poniendo con ello en riesgo a los ciudadanos de la UE, su salud y su confianza en las instituciones. En base a tal considerando, pide a los Estados en el punto 12 que “en este contexto, garanticen la transparencia al adoptar medidas y proporcionen a sus ciudadanos información y datos completos, actualizados, precisos y objetivos relativos a la situación de la salud pública y las medidas adoptadas para controlarla, y que luchen contra la desinformación (...)” (Parlamento Europeo, 2020 b, 17).

Resulta también reseñable el Plan de Acción para la Democracia Europea: reforzar las democracias de la UE, de 3 de diciembre de 2020 elaborado por la Comisión Europea<sup>26</sup>. En el marco de dicho Plan se adoptan medidas en torno a tres pilares fundamentales, siendo uno de ellos la lucha contra la

<sup>24</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020 a). Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027 Adaptar la educación y la formación a la era digital. Bruselas, 30.9.2020 COM (2020) 624 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0624&from=ES>.

<sup>25</sup> PARLAMENTO EUROPEO (2020 b). Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de noviembre de 2020, sobre el impacto de las medidas relacionadas con la COVID-19 en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, P9\_TA(2020)0307. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0307\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0307_ES.pdf).

<sup>26</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020 d). Plan de Acción para la Democracia Europea. Bruselas, 3 de diciembre de 2020 COM(2020) 790 final. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0790&from=EN>.

desinformación como escenario de riesgo para la democracia<sup>27</sup>. El Plan se dirige a adoptar medidas desde diversas perspectivas, para respaldar y proteger la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. En este orden de cosas, busca aumentar la resiliencia democrática europea (tanto institucional de la UE como de los Estados miembros), proteger la integridad de los procesos electorales y la transparencia en la difusión de las políticas, fomentar la participación activa, así como el pluralismo en los medios y luchar contra la desinformación en sus diversas manifestaciones. En línea con este último aspecto, se destaca la necesidad de intensificar una cooperación y coordinación más estrecha entre todas las partes implicadas, sociedad civil, academia y plataformas digitales, capaces de aunar el carácter poliédrico del fenómeno desinformativo y dar una respuesta integral desde la UE.

De forma complementaria se aprueba también el mismo día en el marco de la Comisión Europea, el Plan de acción para apoyar la recuperación y la transformación de sectores audiovisuales y de los medios de comunicación<sup>28</sup>. Éste último destaca la alfabetización mediática como herramienta de lucha contra la desinformación, y prevé mecanismos para fomentar un entorno de mayor seguridad en la labor periodística y de medios de comunicación. Por su parte, el Consejo de la UE elaboró el pasado 15 de diciembre de 2020 unas Conclusiones sobre el refuerzo de la resiliencia y la lucha contra las amenazas híbridas, en particular la desinformación en el contexto de la pan-

<sup>27</sup> Merece la pena traer a colación el contexto reflejado en el documento para justificar la elaboración del Plan, al señalar que “la democracia en la UE y en sus Estados miembros se enfrenta a diversos desafíos: el aumento del extremismo y de la polarización, así como de una impresión de distanciamiento entre las personas y sus representantes electos. Nuestros sistemas e instituciones democráticos están siendo atacados con frecuencia cada vez mayor en los últimos años. La integridad de las elecciones se ha visto amenazada, el entorno en el que se mueven los periodistas y la sociedad civil se ha deteriorado, y se han observado esfuerzos concertados para difundir informaciones falsas y engañosas y manipular a los votantes, incluso con intervención de actores extranjeros. Estas libertades nuestras que tanto defendemos, como la libertad de expresión, se han usado a veces para engañar y manipular. La pandemia de COVID-19 ha puesto de manifiesto estos retos: las medidas de emergencia excepcionales adoptadas para hacer frente a la crisis de sanidad pública sin precedentes han afectado al proceso político, y en algunos lugares han hecho surgir inquietud acerca de su repercusión en la democracia” (Comisión Europea, 2020, págs. 1 y 2).

<sup>28</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020 c). Plan de acción para apoyar la recuperación y la transformación de sectores audiovisuales y de los medios de comunicación. Bruselas, 3 de diciembre de 2020 COM (2020).

demia de COVID-19<sup>29</sup>. En dichas Conclusiones el Consejo invita a la Comisión Europea y al Alto Representante de Asuntos Exteriores a seguir trabajando y mejorando las respuestas sobre el fenómeno desinformativo a nivel europeo y a elaborar un planteamiento global contra el problema, destacando para ello la importancia de dotar a las instituciones de la UE y a los Estados de recursos suficientes, entre otras medidas.

### **3. Conclusiones sobre las medidas adoptadas por la UE contra la desinformación en el marco del contexto global**

Después de todas las medidas llevadas a cabo en el marco de la UE no puede sino destacarse la preocupación en la lucha contra la desinformación como un problema democrático de envergadura global. A lo largo de las diversas medidas analizadas, se ha detectado la necesidad de actuar de forma coordinada en materia de desinformación, no ya sólo entre las instituciones europeas y sus respectivos signatarios sino en el marco global en que se insertan, y por tanto, coordinada también con el resto de agentes que interfieren.

De este modo, las sinergias propias de la globalización hacen que los esfuerzos por dar respuestas coordinadas ya no dependan sólo de la voluntad europea hacia sus Estados y viceversa *ad intra*, sino *ad extra*. Esto hace que el escenario actual no pueda ignorar la fuerza de las grandes plataformas digitales para adoptar acciones estratégicas comunicativas capaces de hacer frente a la mutación del espacio público<sup>30</sup>.

Llegados a este punto, es una consecuencia lógica de todo lo dicho que la UE tenga más que decir como organización supranacional que los Estados miembros, cuya capacidad es claramente escasa para enfrentar un problema de la talla global y multidimensional que ostenta la desinformación. Igualmente, cabría señalar esta misma idea de la incapacidad estatal para hacer frente a un problema de salud pública catalogado por la OMS de pandemia mundial, en el que la presencia de la UE debiera ser cuanto menos visible y

<sup>29</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2020). Conclusiones sobre el refuerzo de la resiliencia y la lucha contra las amenazas híbridas, en particular la desinformación en el contexto de la pandemia de COVID-19. Bruselas, 15 de diciembre de 2020 (OR. en) 14064/20. Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14064-2020-INIT/es/pdf>.

<sup>30</sup> Pues como bien apunta GARTON ASH (2017, 50), “Las prácticas operativas internas, en ocasiones secretas, de las superpotencias privadas pueden ser más influyentes que las decisiones de los legisladores y las autoridades reguladoras”.

estratégica<sup>31</sup>. Sin embargo, y paradójicamente a tenor del art. 168.5 TFUE, la presencia europea no pasa de un cierto papel coordinador a través de medidas de fomento, con escasas competencias entre las que no se incluye la armonización de la normativa de los Estados en la materia (BOMBILLAR SÁEZ, 2020, 65; ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO Y HERNÁNDEZ-DIEZ, 2020, 4-6).

Esta cuestión es sumamente problemática ya que esto ha llevado a la adopción de políticas nacionales descoordinadas, fragmentadas e ineficaces para luchar contra la crisis sanitaria. El problema aparece ya en la contradictoria presencia de la UE, ya que resulta cuanto menos paradójico que pese a las dimensiones globales de la pandemia del COVID-19, la presencia europea se haya visto diluida, trasladando de nuevo a los Estados el protagonismo en la toma de decisiones<sup>32</sup> (BALAGUER CALLEJÓN, 2020, 123). De este modo, parece que la crisis sanitaria ha devuelto al Estado parte de las vestiduras soberanas que la dinámica globalizadora de externalización del poder

<sup>31</sup> Esta idea se complementa con lo señalado por INNERARITY (2020) al destacar que “la posibilidad de decretar un estado de alarma y unificar el mando no equivale a tener el poder efectivo; en sociedades complejas, en un Estado compuesto, con toda la necesidad de coordinación y liderazgo que se deba, el poder es una capacidad distribuida. Donde los problemas tienen que ver con una diversidad de factores, las soluciones también deben ser cooperativas. Esto no se resuelve sin liderazgos reconocidos, pero tampoco sin una gigantesca movilización social, de los distintos niveles de gobierno, del personal sanitario, de la ciencia, de los micro-comportamientos individuales... (...) Aunque la crisis parece reforzar en un primer tiempo la tendencia al cierre nacional, al interés propio, en la medida en que descubrimos hasta qué punto nuestros destinos están compartidos y no hay nadie plenamente aislado y a salvo se abre el momento de una respuesta cooperativa. Se trata de contener la expansión global del virus, pero no solo dentro de nuestras fronteras porque los virus apenas se neutralizan con las estrategias de delimitación o confinamiento (...) la verdadera salida es la cooperación, en la ciencia, en la política, en la economía...”.

<sup>32</sup> Sobre el problema regulatorio en el ámbito de Internet y la Era digital, señala TERUEL LOZANO (2016, 222), que “en relación con los contenidos y actividades que se desarrollan en Internet parece que el problema no es precisamente la ausencia de regulación, sino su hipertrofia por solapamiento. Los distintos Estados tratan de imponer su soberanía cuando surgen conflictos o se encuentran con actividades ilícitas que quieren combatir, pero se enfrentan a las dificultades derivadas del carácter descentralizado y global de Internet y a la condición dispersa, espontánea y sustancialmente anónima de las actividades que se desarrollan a través del mismo. Ello genera conflictos inter-jurisdiccionales y da lugar a una madeja de normativas que se solapan entre sí, lo que termina determinando la «insuficiencia de las legislaciones estatales» para afrontar por sí mismas este objetivo. Unas carencias que han tratado de suplirse de forma muy sectorial a través de la cooperación internacional. Ocurre, sin embargo, que las legislaciones que sería necesario armonizar son muy distintas y resulta muy complicado alcanzar criterios sustantivos comunes a nivel internacional”.

le había arrebatado. Y sin embargo, tales ropajes quedan en apariencia<sup>33</sup> en tanto estamos asistiendo a una clara incapacidad de los Estados para hacer frente a la crisis sanitaria porque “se trata de una crisis global, que debería haberse resuelto desde el principio con instrumentos de alcance global. El problema es justamente que las instancias supranacionales y las internacionales también han sido incapaces de actuar para frenar la expansión del virus. Tanto el papel de la OMS como el de la Unión Europea en la gestión de la crisis sanitaria han sido muy cuestionables, lo que ha obligado a los Estados a tomar la iniciativa y a comenzar a desarrollar políticas descoordinadas e insolidarias para hacer frente a la crisis” (BALAGUER CALLEJÓN, 2020, 127).

Esta cuestión lleva en definitiva a que “los diferentes Estados se ocupan de disciplinar, por su cuenta y riesgo, las medidas con las que (intentan) atajar las crisis sanitarias en las que se ven inmersos. Así las cosas, en la Unión Europea parece que estamos unidos en la diversidad, pero no en la adversidad” (BOMBILLAR SÁEZ, 2020, 65). Lo dicho lleva a plantearse que en efecto el papel de la UE era fundamental para encontrar, no muchas soluciones dispersas, sino una política coordinada a través de un necesario reforzamiento en las competencias de la UE en la materia. De este modo, la guía de actuación en la lucha contra la pandemia habría sido más uniforme, y se entiende por tanto también, más exitosa en términos de eficacia<sup>34</sup>.

Esto mismo resulta extrapolable al tema de la desinformación durante la gestión de la pandemia. Pese al esfuerzo de las instituciones de la UE por adoptar estrategias contra dicho fenómeno, los Estados siguen teniendo el protagonismo en la decisión regulatoria o no contra la desinformación. Así las cosas, nos encontramos con que “en nuestro entorno, y frente a las reco-

<sup>33</sup> Al respecto señala BALAGUER CALLEJÓN (2020, 138 y 139), que “aunque el Estado parece haber recobrado el poder de otros tiempos con la crisis sanitaria, precisamente por la necesidad de hacer frente a la pandemia, lo cierto es que la crisis sanitaria no va a suponer un retorno a la plenitud de la soberanía estatal y un freno a la globalización, sino una profundización en las tendencias generadas por la globalización en el siglo XXI, con una mayor dependencia de los Estados respecto de los agentes tecnológicos y económicos globales”.

<sup>34</sup> En este sentido señalan ÁLVAREZ GARCÍA; ARIAS APARICIO; HERNÁNDEZ-DIEZ (2020,1), que “las competencias comunitarias exclusivas o compartidas que afectan a la economía se reducen muy drásticamente en materias como la protección de la salud humana. Es muy importante que los Estados miembros cedan a la Unión Europea competencias en este ámbito de la salud o en otros múltiples campos de naturaleza social, porque hay muchas cosas que, ciertamente, se podrían haber hecho a nivel europeo contra la pandemia, que podrían haber optimizado una lucha contra ella, que, se mire como se mire, ha sido muy deficiente, y en la que el protagonismo ha estado lejos de la Unión, para centrarse en manos de los Estados miembros, que han actuado de manera desigual y, sobre todo, fragmentada”.

mendaciones de la UE, cada país está afrontando la problemática legal incidiendo en diferentes soluciones – muy determinadas por intereses específicos –” (MAGALLÓN ROSA, 2019, 333)<sup>35</sup>. Algo que no ayuda en la búsqueda de soluciones, pues mientras que los Estados, en consonancia con instancias supra e internacionales depuran sus posiciones, la desinformación consigue estar a la vanguardia y seguir evolucionando en un contexto difuso que le es favorecedor. En efecto, “el problema de la desinformación es que es una amenaza evolutiva y escalable que requiere de esfuerzos constantes de coordinación entre los distintos actores políticos e institucionales” (MAGALLÓN ROSA, 2019, 342).

#### **4. Problemas derivados de la desinformación y de la falta de acceso a la información durante la gestión de la pandemia para las democracias europeas**

La pandemia del COVID-19 no solo ha traído consigo un problema sanitario global con daños inestimables para la vida y salud de las personas, sino que también está afectando gravemente a la estabilidad de nuestras democracias. En este tiempo, la relación entre democracia e información se ha hecho claramente visible a partir del flujo masivo de información intoxicada y manipulada en referencia al virus, que se ha volcado al espacio público en forma de sesgos informativos, populismos, polarización y odio. En este sentido, se está dando un protagonismo especial a las emociones frente a la razón en el proceso de formación de la opinión pública que exacerba las posiciones, polarizando el espacio público (SERRA CRISTOBAL, 2020). Además, hemos asistido a un proceso generalizado de falta de acceso a la información pública, que unido a lo anterior, ha dificultado gravemente la fiabilidad de los datos y la correcta aproximación informativa al virus<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Tal como ha señalado Ana Schiffrin, directora del área de Tecnología, Medios y Comunicación de la Universidad de Columbia, “es muy difícil que la UE logre unanimidad en este ámbito, por eso es más probable que los países, por separado, elaboren sus propias leyes” ALANDETE, (2018).

<sup>36</sup> Todo esto se inserta en el contexto de la posverdad, que como bien ha señalado BARRILAO SÁNCHEZ, (2020, 57), se constituye “como cultura hoy de la falsedad pública y la desinformación en distorsión del debate público, y que, actuando como instrumento del populismo, acaba por alterar una de las bases esenciales de las democracias pluralistas (en tanto que representativas y deliberativas); todo esto, precisamente, desarrollando Internet y las redes sociales un papel esencial en tal cultura y manera de hacer política”.

Esta última cuestión se ha mostrado especialmente problemática en España donde la gestión de la crisis sanitaria ha revelado serias debilidades en el derecho de acceso a la información pública durante la gestión de la crisis sanitaria. Sirvan de ejemplo en este sentido, la paralización de solicitudes de acceso a la información pública que tuvo lugar durante la suspensión de plazos administrativos adoptada por Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, la reiterada negativa del ministerio de sanidad en facilitar a la opinión pública la composición del grupo de expertos que asesoraba al gobierno durante el proceso de desescalada<sup>37</sup>, o la dificultad manifestada para recabar los datos sobre contabilización de enfermos, ingresados y fallecidos por una descoordinación territorial entre autonomías y Estado central<sup>38</sup>, así como la falta de uniformidad en los criterios metodológicos para recabar los datos con repercusión internacional<sup>39</sup>. Estas son algunas de las cuestiones más criticadas en la materia, por dificultar el derecho de acceso a la información pública en momentos de incertidumbre donde las puertas abiertas eran más necesarias que nunca. En este sentido, además de las medidas que han ido dirigidas a frenar la expansión del virus, era necesario contrarrestar la incertidumbre social con información confiable y de calidad, ya que “la mejor defensa que tienen los humanos contra los patógenos no es el aislamiento, sino la información” (HARARI, 2020).

Pese a lo que se creía avanzado en España en materia de acceso a la información con la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la interpretación que se ha hecho del derecho de acceso a la información durante la gestión de la crisis mantiene una visión tecnócrata, reacia al escrutinio y a la dación de cuentas. Ese enfoque en el que el derecho de acceso se utiliza para “salir del paso”, perpetúa una burocratización del derecho alejada de su auténtica finalidad. Esto es, la formación de la opinión pública a través del derecho de la ciudadanía a conocer los asuntos públicos y participar en ellos de manera efectiva. En este sentido, el derecho en cuestión presenta importantes notas reconciliadoras, en tanto acerca lo público a la ciudadanía y permite realizar un mejor control sobre las medidas adoptadas en un contexto excepcional como éste.

<sup>37</sup> Cuestión que ha dado lugar al pronunciamiento del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que a través de la Resolución 584/2020, de 30 de noviembre, insta al Ministerio de Sanidad a publicar la composición del grupo de expertos.

<sup>38</sup> Sobre la mencionada falta de coordinación entre comunidades autónomas y Estado en recabar los datos sanitarios, DE LA NUEZ CASCADO (2020).

<sup>39</sup> Para más profundidad sobre los déficits del derecho de acceso a la información pública en España, permítase la referencia a PÉREZ CONCHILLO (2020).

De este modo, todos los fenómenos que coinciden hoy en generar desinformación, están fragmentando el espacio público y enrareciendo el debate con dinámicas disruptivas, que ponen de manifiesto que “la democracia parece detrás de las puertas cerradas” (REY MARTÍNEZ, 2013, 193). Podría decirse que hoy el crecimiento de la manipulación informativa, y la difusión de bulos, rumores, *fake news*, así como la falta de información en lo relativo al COVID-19, son grandes enemigos de las democracias contemporáneas, pues participan entre sí de una peligrosa receta desinformativa que no hace más que alimentar la posverdad como nueva realidad<sup>40</sup>. Por un lado, esta dinámica sustrae al ciudadano del conocimiento y de la razón para formar su opinión, en un asunto de indiscutible interés público como es la gestión de la crisis sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19. Por otro lado y consecuencia del desconocimiento señalado, se genera una atmósfera de desconfianza y descrédito hacia las instituciones insostenible en democracia. Ya que fruto de ese desconocimiento, el ciudadano va a ser incapaz de realizar un escrutinio sobre la acción y gestión de los responsables políticos. En este orden de cosas, no puede obviarse que el control de la acción pública y la exigencia de responsabilidades no sólo es parte del ejercicio de la sana crítica, sino un equilibrio necesario en el ejercicio del poder. Esta idea se ve reforzada sin duda alguna al estar vigente el Derecho Constitucional de excepción, por existir una concentración del poder en los Ejecutivos europeos para la gestión de la crisis<sup>41</sup>.

El problema derivado de esa desconfianza en la gestión de la información durante la pandemia es que sus consecuencias no pasan indemnes por el

<sup>40</sup> Tal como señala en este sentido SÁNCHEZ BARRILAO, (2020, 57) “Ciertamente la posverdad resulta un gran peligro para la democracia pluralista, en especial cuando su potencialidad distorsionadora es impulsada deliberadamente para alterar el normal desarrollo de instituciones democráticas a fin de desestabilizarlas”.

<sup>41</sup> En este sentido destaca SERRA CRISTÓBAL (2020), que “vivir inmersos en un marco informativo infinito en el que los hechos noticiables veraces conviven en paridad con medias verdades, falsedades o bulos genera en los ciudadanos inseguridad en el mejor de los casos, – en el supuesto de aquellos que aún se interrogan sobre la certeza de lo que leen o escuchan–, y, en el peor de los casos, esclavitud ideológica o intelectual, -cuando de una forma acrítica los ciudadanos acaban arrastrados (manipulados) por el mensaje que más se repite-. En demasiadas ocasiones ello acaba mermando la libertad individual de opinar, de criticar, de expresar las propias ideas, invisibiliza las voces disidentes y adormece la capacidad de reacción. Y lo peor se produce cuando esos mensajes falsos pueden poner en riesgo la salud de los ciudadanos (recordemos las fakes sobre tratamientos sanadores frente a la Covid-19), suponen un atentado a los derechos de la personalidad o de los consumidores o afectan a otros intereses, o bien pueden generar odio, violencia o discriminación contra determinados colectivos”.



principio de legitimidad democrática<sup>42</sup>. Esto se relaciona además con un proceso de fragmentación entre la relación que tradicionalmente ha unido siempre la información al proceso de formación de la opinión pública. Es decir, en los parámetros hasta ahora conocidos hay un nexo lógico y directo entre información y opinión pública. Hoy sin embargo, la (des)información dispersa por el espacio público convierte claramente en disfuncional esa relación, obstruyendo la formación de un debate plural y con ello, la opinión pública.

Dicho lo cual, cabría reflexionar acerca del papel de los Estados europeos para contener la pérdida de legitimidad democrática. Al respecto cabe señalar que parece preferible sostener el peso de la gestión de la pandemia desde la rendición de cuentas, aun cuando implique adoptar medidas poco populares, que el peso del descrédito por una actuación a espaldas de la ciudadanía. Ya que como se ha visto, el descrédito que genera una mala política comunicativa y de gestión de la información en tiempos tan sensibles como éste no tardan en dejarse ver.

## 5. Conclusiones

Las sociedades europeas contemporáneas tienen en su horizonte de acción más cercano, la necesidad de hacer frente a los desórdenes desinformativos. Se ha visto que en la actualidad el problema de la desinformación se constituye como un enemigo de la democracia que genera gran desconfianza hacia las instituciones y perjudica la relación entre gobernantes y gobernados, al interferir gravemente en la opinión pública. Este problema de la desinformación se manifiesta a través de diversas vías como sucede a través de

<sup>42</sup> Así lo muestra el estudio realizado por el Reuters Institute de la Universidad de Oxford en el que se muestra que los españoles son los que más responsabilidad atribuyen a los representantes políticos en la difusión de desinformación. De dicho estudio se extrae también que los ciudadanos españoles son los que califican con una puntuación más baja respecto del resto de países analizados, la labor del Gobierno para que los ciudadanos entiendan la pandemia (con un 40% de puntuación) y las explicaciones que éste ha dado para que la ciudadanía sepa cómo enfrentarse al virus (con un 53%). Tales datos se han obtenido del estudio elaborado por KLEIS NIELSEN; FLETCHER; NEWMAN; SCOTT BRENNEN Y N. HOWARD (2020). "Navigating the 'infodemic': how people in six countries access and rate news and information about coronavirus". *Reuters Institute, University of Oxford*. Disponible en <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/infodemic-how-people-six-countries-access-and-rate-news-and-information-about-coronavirus>.

los bulos o rumores, la manipulación informativa, las *fake news*, o la propia falta de acceso a la información pública, ya que todas ellas coinciden en ser obstáculo a la razón, a la libre formación y participación de la ciudadanía. No obstante, aunque tales fenómenos no son en sí novedosos, sí constituye una novedad la rapidez en su difusión, así como las consecuencias negativas que producen por su expansión a través de Internet.

La gravedad de tales circunstancias se ha visto especialmente fomentada con la crisis sanitaria del Covid-19, donde la polarización y los sesgos informativos se han hecho eco del espacio público generando gran inseguridad e incertidumbre. Pues lo cierto es que, la sobreabundancia informativa que ha habido respecto al virus y la dificultad para distinguir entre la información veraz y la falaz, con el consiguiente problema de la fiabilidad de los datos, han dificultado una adecuada aproximación comunicativa con el virus. Este escenario resulta poco favorecedor para el desarrollo de las libertades informativas en el espacio europeo. Sin embargo, no puede obviarse que tales libertades son claves para el sustento democrático de nuestras sociedades, máxime en un contexto tan necesitado de transparencia, claridad y certeza. En este sentido, la información ostenta un claro papel corrector de posibles actuaciones de riesgo, de desviaciones de poder en la gestión de la crisis sanitaria, e incluso un papel de precaución y freno frente al virus.

En este orden de cosas, la UE no ha tardado en adoptar iniciativas dirigidas a paliar los problemas democráticos que suscita la difusión de desinformación para las sociedades democráticas europeas. Consciente de los riesgos que suscita, ya había una línea de acción previa a la pandemia, que no obstante, se ha visto incrementada con ésta. Esa línea de acción se ha visto reflejado a través de una serie de Directivas y Planes de acción, resoluciones, recomendaciones conjuntas de las instituciones europeas, etc., que han tratado de dar respuestas y soluciones al fenómeno desinformativo. En cualquier caso, resulta que el problema sigue teniendo una preocupante actualidad, dado que la desinformación consigue estar a la vanguardia y extenderse por el contexto global con una rapidez mucho mayor a la capacidad de acción europea en la materia. Así pues, resulta que tales medidas se ven acotadas por limitadas competencias europeas, que se traducen en otorgar protagonismo a los Estados para gestionar la desinformación en el contexto de la pandemia. A su vez, se añade la paradoja de que la acción estatal resulta claramente insuficiente para dar respuestas eficaces, en tanto se trata de un problema sanitario de máxima envergadura global.

Así las cosas, sería necesario reforzar el papel europeo y la incidencia de la UE en la materia, toda vez que se trata de una organización supranacional

más capacitada en términos de eficacia, para adoptar políticas con incidencia global en los Estados miembros. En este sentido, no solo se pugnaría por frenar la expansión del virus en una lógica europea más coordinada y reforzada sino también las consecuencias negativas para la democracia derivadas de la difusión de desinformación en este contexto.

## 6. Referencias Bibliográficas

- ABA-CATOIRA, A. (2020), “Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático”. *Revista de Derecho Político*, 109, pp. 119-151.
- AGUILAR CALAHORRO, A. (2017), “El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización: expresión, televisión e internet”. *Revista de Derecho Político*, 100, pp. 405-439.
- ALANDETE, D. (2018), “La Comisión Europea renuncia a la legislación contra las noticias falsas”. *El País*, 3 de abril de 2018.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V; ARIAS APARICIO, F; HERNÁNDEZ-DIEZ, E. (2020), “Coronavirus y Derecho (XLI): la limitada base jurídica ofrecida por los tratados europeos para la lucha contra las pandemias”. *Foro de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Universidad de Extremadura, pp.1-8.
- BADILLO, Á. (2019), “La sociedad de la desinformación: propaganda, «fake news» y la nueva geopolítica de la información”. Documento de trabajo 8/2019, 14 de mayo de 2019, Real Instituto Elcano.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2020), “Crisis sanitaria y derecho constitucional en el contexto global”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, pp. 121-140.
- BLANCO ALFONSO, I. (2020), “Posverdad, percepción de la realidad y opinión pública. Una aproximación desde la fenomenología”. *Revista de Estudios Políticos*, 187, pp. 167-186.
- BOIX PALOP, A; LÓPEZ GARCÍA, G. (2005), “Derecho y cuarto poder en la era Digital”. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 130, pp. 73-108.
- BOMBILLAR SÁEZ, F. M. (2020), “Salus publica suprema lex est: intervención administrativa y gestión de la crisis del COVID-19” en Atienza Macías, E y Rodríguez Ayuso, J. F (Dir.) *Las respuestas del derecho a las crisis de salud pública*. Dykinson, Madrid, pp. 61-78.
- CIRÉFE, R. (2018), “Regulación jurídica de las «Fake News» en la UE: ¿Un atentado en contra de la democracia?”. *Derecho y Economía de la Integración*, 5, pp. 120-141.
- COMISIÓN EUROPEA (2018 a), “Code of Practice on Disinformation”. Disponible en [https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=54454](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=54454)

- COMISIÓN EUROPEA (2018 b), “Synopsis report of the public consultation on fake news and online disinformation”. 26 de abril de 2018. Disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/synopsis-report-public-consultation-fake-news-and-online-disinformation>
- COMISIÓN EUROPEA (2018 c), Eurobarómetro Fake News and Disinformation Online, marzo de 2018. Disponible en <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/getsurveydetail/instruments/flash/surveyky/2183>
- COMISIÓN EUROPEA (2018 d), Plan de Acción contra la desinformación. Bruselas, 5.12.2018 JOIN(2018) 36 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018JC0036&from=EN>
- COMISIÓN EUROPEA (2018 e), Comunicación La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo. Bruselas, 26.4.2018 COM(2018) 236 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&from=PL>
- COMISIÓN EUROPEA (2020 a), Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027 *Adaptar la educación y la formación a la era digital*. Bruselas, 30.9.2020 COM(2020) 624 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0624&from=ES>
- COMISIÓN EUROPEA (2020 b), Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024. Bruselas, 25.3.2020 JOIN(2020) 5 final en [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e9112a36-6e95-11ea-b735-01aa75ed71a1.0021.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e9112a36-6e95-11ea-b735-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_1&format=PDF)
- COMISIÓN EUROPEA (2020 c), Plan de acción para apoyar la recuperación y la transformación de sectores audiovisuales y de los medios de comunicación. Bruselas, 3 de diciembre de 2020 COM(2020). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2020:0784:FIN:ES:PDF>
- COMISIÓN EUROPEA (2020 d), Plan de Acción para la Democracia Europea. Bruselas, 3 de diciembre de 2020 COM(2020) 790 final. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0790&from=EN>
- COMISIÓN EUROPEA Y ALTO REPRESENTANTE DE LA UNIÓN PARA ASUNTOS EXTERIORES Y POLÍTICA DE SEGURIDAD (2020 e), Comunicación conjunta Lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos. Bruselas, 10.6.2020 JOIN(2020) 8 final. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020JC0008&from=EN>
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2020), Conclusiones sobre el refuerzo de la resiliencia y la lucha contra las amenazas híbridas, en particular la desinformación en el contexto de la pandemia de COVID-19. Bruselas, 15 de diciembre de 2020 (OR. en) 14064/20. Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14064-2020-INIT/es/pdf>
- CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO (2020), Resolución 584/2020, de 30 de noviembre de 2020.
- CONSEJO EUROPEO (2015), Conclusiones adoptadas en la Reunión del Consejo Eu-

ropeo EUCO 11/15, Bruselas, 19 y 20 de marzo de 2015. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/media/21872/st00011es15.pdf>

DE LA NUEZ CASCADO, E. (2020), “Transparencia, libertad de información y Covid-19”. *El Español*, 21 de abril de 2020.

FUNKE, D; FLAMINI, D. (2019), “A guide to anti-misinformation actions around the world”. *Poynter*, febrero de 2019. <https://www.poynter.org/ifcn/anti-misinformation-actions/>

GARTON ASH, T. (2017) *Libertad de palabra. Diez principios para un mundo conectado*. TusQuets Editores, Barcelona.

GRUPO DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE NOTICIAS FALSAS Y DESINFORMACIÓN (2018), “A multi-dimensional approach to disinformation”. Luxembourg, Publications Office of the European Union. 12 de marzo de 2018. Puede accederse al contenido del Informe en [https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=50271](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50271)

HARARI, N. (2020). “La mejor defensa contra los patógenos es la información”. *El País*, 22 de marzo de 2020.

INNERARITY, D. (2020), *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*. Galaxia Gutenberg, Barcelona.

KLEIS NIELSEN, R; FLETCHER, R; NEWMAN, N; SCOTT BRENNEN, J Y N. HOWARD, P. (2020), “Navigating the ‘infodemic’: how people in six countries access and rate news and information about coronavirus”, *Reuters Institute, University of Oxford*.

PARLAMENTO EUROPEO (2016), Resolución de 23 de noviembre de 2016, sobre la comunicación estratégica de la Unión para contrarrestar la propaganda de terceros en su contra. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0441\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0441_ES.html)

PARLAMENTO EUROPEO (2017 a), Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre el nuevo grupo de trabajo europeo contra las noticias falsas (fake news), de 31 de agosto de 2018. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2017-0501\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2017-0501_ES.html)

PARLAMENTO EUROPEO (2017 b), Sesión Plenaria Incitación al odio, populismo y noticias falsas en las redes sociales: hacia una respuesta de la Unión (debate) de 5 de abril de 2017. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/plenary/es/vod.html?mode=chapter&vodId=1491397770340#>

PARLAMENTO EUROPEO (2020 a), Acción coordinada de la UE para luchar contra la

- pandemia de COVID-19 y sus consecuencias. Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2020, sobre la acción coordinada de la Unión para luchar contra la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias, P9\_TA (2020)0054. Accesible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054_ES.pdf)
- PARLAMENTO EUROPEO (2020 b) Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de noviembre de 2020, sobre el impacto de las medidas relacionadas con la COVID-19 en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, P9\_TA(2020)0307. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0307\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0307_ES.pdf)
- PÉREZ CONCHILLO, E. (2020), “El derecho de acceso a la información pública en el marco del constitucionalismo multinivel y de la actual crisis sanitaria”. *Revista de Derecho Político*, 109, pp. 229-260.
- PEYTIBI, X. (2020), “La comunicación de Gobierno durante la crisis de la COVID-19” en *¿Política confinada? Nuevas tecnologías y toma de decisiones en un contexto de pandemia*. Aranzadi, Navarra, pp. 277-290.
- REY MARTÍNEZ, F. (2013), “Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el ordenamiento español”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 5, 2013, pp.192-201.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2020), “El Internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad”. *Estudios en Derecho a la Información*, 9, pp.-49-84.
- (2020), “Sociedad del miedo y desafección constitucional”. *Revista de Derecho Político*, 108, 2020, pp. 97-126.
- SALAVERRÍA, R; BUSLÓN, N; LÓPEZ-PAN, F., *et al*, (2020), “Desinformación en tiempos de pandemia: tipología de los bulos sobre la Covid-19”. *El Profesional de la información*, vol.29, 3, pp. 1-15.
- SERRA CRISTOBAL, R. (2020), “Trump como pretexto para reflexionar sobre la manipulación informativa”. *Blog del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 13 de enero de 2020.
- SIERRA RODRÍGUEZ, J. (2020), “Estado de alarma, transparencia gubernamental y rendición de cuentas durante la crisis del COVID-19”, en *¿Política confinada? Nuevas tecnologías y toma de decisiones en un contexto de pandemia*. Aranzadi, Navarra, pp. 255-277.
- SEIJAS, R. (2020), “Las soluciones europeas a la desinformación y su riesgo de impacto en los derechos fundamentales”. *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 31, 2020, pp. 1-14.
- TERÁN GONZÁLEZ, E. (2019), “Desinformación en la UE: ¿Amenaza híbrida o fenómeno comunicativo? Evolución de la estrategia de la UE desde 2015”. *Docu-*

*mento de Trabajo Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales n° 89 / 2019.*  
CEU Ediciones, Madrid, pp. 1-60.

TERUEL LOZANO, G. (2016), “Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital”. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 9, 2016, pp. 215-244.

- (2017), “Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global”. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, 12, pp. 75-102.

WARDLE, C. Y DERAESHAN, H. (2017), “Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making”. Consejo de Europa Disponible en: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>





EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS AL TRABAJO EN ESPAÑA,  
A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL  
Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CONTEXTO  
DE LA CRISIS SANITARIA OCACIONADA POR LA COVID-19

ANA TOMÁS LÓPEZ

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El estatuto jurídico del derecho de los ciudadanos extranjeros a trabajar en España. – 2.1. Marco legal y competencial de partida. – 2.2. Las autorizaciones de trabajo a extranjeros. – 3. El impacto asimétrico de la crisis de la COVID-19 en el mercado laboral español. – 3.1. Repercusiones en la concesión de autorizaciones de trabajo a extranjeros a nivel nacional. – 4. Discusión y conclusiones.

## 1. Introducción

La cuestión migratoria es una materia de gran riqueza y complejidad, en la que necesariamente confluyen la competencia y la actividad normativa de diversas administraciones públicas. En primer lugar, la comunitaria que, tras la incorporación al Tratado CE del Título IV sobre “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, ha llevado a la Unión Europea a asumir importantes competencias en asuntos como el control de las fronteras exteriores, los visados, las estancias de corta duración o el asilo. Estas han generado una prolija actividad normativa, a la que se han sumado otras más recientes dirigidas a reglamentar cuestiones concernientes a la residencia y la integración de los inmigrantes de segunda y tercera generación (COSIDÓ, 2020). En segundo lugar, la nacional, siendo los Estados los únicos y principales actores en materia migratoria hasta fechas recientes. Esta competencia exclusiva venía avalada por los respectivos textos constitucionales y por unas leyes de extranjería que no cuestionaban la soberanía estatal. En tercer lugar, las regiones, y en menor nivel también las ciudades y municipios, que emergen como motor de la integración socio-laboral del inmigrante en sus respectivos territorios (AJA, 2000, p. 1), dado que la inmigración en España es un fenómeno relativamente reciente, si lo comparamos con la experiencia en otros países europeos como Francia o Alemania. No en vano, y como afirma ESPINOSA, España “antes de ser un país de tránsito y acogida de inmigrantes, era un país origen de inmigración” (2018, p. 117).

En este escenario, tal como los describe GARCÍA ROCA, los municipios han sido grandes “descubridores de competencias” (2008, p. 54). Los cuales, pese a no ostentar competencias específicas en esta materia, han venido desarrollando un importante papel en relación a la contratación de trabajadores extranjeros y en el desarrollo de planes y políticas locales para su integración socio-laboral desde hace décadas.

Sobre esta base, las autorizaciones de trabajo abrieron un nuevo horizonte normativo para la integración socio-laboral y jurídica del extranjero, al pasar de ser mero “extranjero” a ser “trabajador extranjero”; así como para la configuración del estatuto jurídico de su derecho a trabajar en el territorio nacional, con las diversas repercusiones que ello conlleva. Por todo ello, analizar el impacto socio-laboral de la inmigración supone asumir un reto que nos invita indefectiblemente a desarrollar una reflexión y visión de conjunto (TOMÁS LÓPEZ, 2017), por su directa imbricación con la globalización y los retos que este fenómeno suscita en el plano nacional, europeo e internacional. Un desafío que pretendemos asumir con rigor y objetividad a través de este capítulo, con la finalidad de mostrar una radiografía real y contrastada del impacto más reciente de la inmigración en España, en el marco del Derecho comparado, en un contexto marcado indefectiblemente por la COVID-19.

Para lograr los objetivos propuestos, utilizaremos una metodología de tipo jurídico, histórico y documental para la plena integración de las y los trabajadores inmigrantes, a través del estudio conceptual y de la aplicación práctica del marco jurídico, laboral y sociológico previo y vigente a nivel nacional, -a través del Derecho Constitucional español-, y en el contexto de la Unión Europea, sobre la base del Derecho Comunitario. A nivel nacional, gira en torno al marco normativo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su legislación de desarrollo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000; corrección de errores en BOE núm. 20, de 24 de enero] fue modificada parcialmente por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre [BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 2000; corrección de errores en BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001]; por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre [BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003]; la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003 [BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003]; la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre [BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009]; la Ley Orgánica 10/2011, de 28 de julio de 2011 [BOE núm. 180, de 28 de julio de 2011]; y el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril [BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012]. Véase, asimismo, el Real

Sobre esta base, trataremos de verificar tres hipótesis de investigación cardinales. La primera de ellas afirma que el marco normativo nacional y comunitario que regula el fenómeno de la inmigración es suficiente para lograr la plena integración sociolaboral de las personas extranjeras en España. La segunda, que el impacto de la inmigración sociolaboral ha tendido a ser negativo, especialmente en el mercado laboral español, en momentos de crisis económica y sanitaria, motivada por la COVID-19. Y la tercera, que la construcción de las diferencias, desde el punto de vista jurídico y sociolaboral, se ha incrementado en épocas de recesión económica y crisis sanitaria internacional, al convertir a la inmigración en el chivo expiatorio en la lucha por los recursos económicos y las prestaciones socio-laborales en España y en la Unión Europea. Profundicemos a continuación sobre cada una de estas cuestiones.

## **2. El estatuto jurídico del derecho de los ciudadanos extranjeros a trabajar en España**

### **2.1. Marco legal y competencial de partida**

En el panorama español, la distribución competencial en materia migratoria ha venido definida por el artículo 149.1. 2ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva con respecto a la “Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”; o lo que es lo mismo, la ordenación del régimen jurídico de entrada, permanencia y salida en España. Eso sí, en términos más rígidos –si cabe– que en aquellos de “Legislación laboral” y “Seguridad social”. De forma paralela, el resto de competencias pueden ser asumidas por el Estado o por las Comunidades Autónomas en base a las funciones que les correspondan o tengan asumidas. Este es el caso de políticas como vivienda, educación, servicios sociales o empleo, en las cuales las regiones pueden adoptar medidas para la garantía de estos derechos conforme a la Ley 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España para su integración laboral, mientras que en la legislación laboral o de Seguridad Social, solo tiene competencia legislativa el Estado.

Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 [BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011] (en su redacción dada por el Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre). La LO 4/2000, de 11 de enero, puede ser consultada en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>

Con base en el artículo 149 CE, se atribuía a las instituciones centrales el tratamiento de todas y cada una de las cuestiones relacionadas con la inmigración, si bien en aquel momento España no se había conformado aún como un país receptor de inmigrantes. Esta idea estaba teóricamente justificada por la proximidad que tanto la nacionalidad, la extranjería, como el control fronterizo tenían con la idea de soberanía nacional y las relaciones internacionales. Además, nuestra Carta Magna no introdujo en esta materia especificidad alguna a modo de delimitación funcional, permitiendo así que los Estatutos de Autonomía pudieran ocupar determinadas competencias.

Por otro lado, según los principios establecidos en el artículo 137 CE (importante preámbulo del Título VIII), contamos con tres escalones de intereses y competencias de distintos entes territoriales dotados de Gobiernos y Administraciones propias y, por tanto, de tres niveles de democracia constitucional y, esencialmente, representativa.

Sobre esta base, podríamos establecer dos presuposiciones iniciales: Primera.- que dicha atribución competencial no ha comportado necesariamente la exclusión total y absoluta de las Comunidades Autónomas, dado que estas asumen competencias en materia de empleo en general; así como otras con incidencia en la inmigración, como la asistencia social y los servicios sociales. Segunda.- que, del mencionado precepto constitucional, se distingue la inmigración de la extranjería.

Paradójicamente, la Ley 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España para su integración laboral no contemplaba, ni se refería al papel de las Comunidades Autónomas en materia inmigratoria (a excepción de la composición del Consejo Superior de Política de la Inmigración y del Foro para la Inmigración), lo cual resulta llamativo, –pese a tratarse de una ley reguladora de derechos y no de carácter organicista–. Sobre todo si tenemos en cuenta la dimensión que el propio fenómeno inmigratorio había adquirido ya en aquel momento, motivada por su complejidad. Ello requirió la urgente coordinación y colaboración de todos los poderes públicos. En especial de las distintas administraciones y, entre ellas, la local. Sin embargo, cuando el fenómeno de la inmigración fue aumentando pronto se advirtió que esa primera interpretación de carácter restrictivo a favor de una competencia exclusiva para el Estado era desacertada. Además, en este caso no existe, como en otros ámbitos materiales, una jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la que sustentar el reparto competencial entre el Estado y las CC.AA., a través de las denominadas “normas paraconstitucionales de creación jurisprudencial” existentes en otros ámbitos materiales en principio calificados igualmente como competencias exclusivas del Estado, tales como las “relaciones internacionales” (art. 149.1.3 CE) o “la admi-

nistración de justicia” (art. 149.1.5 CE) (MONTILLA MARTOS, 2006, p. 26). Aquí dicho reparto se basará en la distribución competencial que realiza la propia Constitución que atribuye a las CC.AA. una serie de funciones que inciden de manera directa sobre la inmigración.

No obstante, contrario a lo que pudiera parecer, la inmigración no ha constituido una fuente de conflictos competenciales importantes entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Tal vez motivado por la evidente literalidad de nuestra Carta Magna y el carácter multidimensional de la materia.

En este sentido, y en conclusión, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en torno a la política de empleo propia dirigida a inmigrantes, -sin excluir la competencia del Estado y siempre y cuando tengan asumidas las de empleo en general y como parte de las mismas, con carácter específico. Aclarando, eso sí, que con el término “política de empleo de inmigración” se hace referencia al fomento del empleo y a las políticas activas comprendidas bajo este paraguas, pero no a la ordenación de los flujos migratorios propiamente dichos que son competencia directa del Estado, al afectar a la entrada de inmigrantes.

## **2.2. Las autorizaciones de trabajo a extranjeros**

Como ya hemos avanzado, con las autorizaciones de trabajo se abre un nuevo horizonte normativo para la integración socio-laboral – y por ende jurídica – del extranjero en el territorio nacional, al pasar de ser mero “extranjero” a ser “trabajador extranjero”, con las diversas repercusiones que ello conlleva (CES, 2019, p. 92 y ss.).

Con carácter general, los extranjeros que vayan a trabajar en España (considerados como aquellos que carecen de nacionalidad española), ya sea por cuenta ajena o propia, están obligados a solicitar una autorización previa administrativa. Una obligación a la que no se encuentran sometidos los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, de los Estados firmantes del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo<sup>2</sup> y los de la Confederación Suiza, en aplicación del régimen de libre circulación<sup>3</sup> en el marco

<sup>2</sup> Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ratificado por España el 26 de noviembre de 1993, por el que los nacionales de Islandia y Noruega carecen de la obligación de obtención de la autorización de trabajo desde 1993 y a los nacionales de Liechtenstein a partir del 1 de mayo de 1995. Así como el Acta de Adhesión de España a la CEE de 11 de julio de 1985 y Tratados de Adhesión de posteriores Estados miembros de la UE.

<sup>3</sup> Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, realizado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999.

legislativo comunitario<sup>4</sup>. De hecho, el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 1992 entre los doce Estados miembros pertenecientes en aquel momento a la Comunidad Económica Europea y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) (Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suecia y Suiza), permitió extender la libre circulación de trabajadores de la UE a los nacionales de los Estados miembros de la AELC, a partir de 1992. Con la excepción de la Confederación Suiza, que no ratificó el Acuerdo. Poco después, en 1995, Austria, Finlandia y Suecia se incorporarían a la UE. Todo ello, junto con las excepciones previstas para el trabajo por cuenta ajena de nacionales de los nuevos Estados que se adhirieron a la Unión Europea a 1 de enero de 2007, a los que se les aplicó un período transitorio de, al menos, dos años desde esa fecha, como es el caso de Rumanía y Bulgaria, a partir del 1 de enero de 2009 para los trabajadores por cuenta ajena. No obstante, para determinados supuestos relativos a los trabajadores por cuenta ajena de nacionalidad rumana se reactivó el período transitorio desde julio de 2011 a diciembre de 2013. En el mismo caso, para los nacionales de Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y República Checa, a partir del 1 de mayo de 2006. Para el caso de Croacia, la libre circulación se aplicó inicialmente solo a los trabajadores por cuenta propia, a partir del 1 de julio de 2013 y se estableció un período mínimo transitorio de dos años para los de cuenta ajena. No obstante, aquellos que para esa fecha inicial contasen con una autorización de trabajo igual o superior a doce meses o a los que obtuviesen una autorización de trabajo con posterioridad a esta fecha, y una vez hubiesen transcurrido doce meses ininterrumpidos de vigencia desde su concesión, se les permitió el acceso al mercado de trabajo en igualdad de condiciones que a los ciudadanos españoles.

Con carácter general, la contratación de trabajadores extranjeros se hará en su país de origen, aplicándose aquellos requisitos establecidos en base a la situación en la que se encuentren<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> El Régimen aplicable a los ciudadanos de la Unión Europea y a sus familias es el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Publicado en el BOE núm. 51, de 28 de Febrero de 2007. A la espera de conocer situación final y régimen aplicable a los aún ciudadanos nacionales del Reino Unido tras su salida de la UE.

<sup>5</sup> Consúltese la Orden ESS/2445/2013, de 23 de diciembre, por la que se prorroga la vigencia de la Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012. Publicada en el BOE núm. 312m de 30 de Diciembre de 2013, páginas 106562 a 106562 (1 pág.).

En la actualidad, en España, las autorizaciones –y sus distintas clases– están sometidas al marco normativo establecido en el Reglamento de Ejecución<sup>6</sup> (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, artículos 62 a 70. En adelante REEx) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en lo sucesivo, LODYLE), en sus artículos 36, 38 y 40, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009<sup>7</sup>. Sin embargo, su acceso al mercado laboral no se produce en igualdad de condiciones respecto a los nacionales, sino de un modo más limitado y restringido, provocando una desigualdad *de facto* en el reconocimiento al derecho al trabajo de los extranjeros (PUERTA VÍLCHEZ, 2009, p. 103). De hecho, para aquellos extranjeros que no se benefician del denominado “régimen comunitario” (artículo 1 LODYLE), nuestro Derecho ha venido configurando las autorizaciones de trabajo en base a unas determinadas premisas: se ha autorizado el trabajo por cuenta propia o ajena de forma independiente, se ha limitado en su ámbito temporal, geográfico y de actividad económica<sup>8</sup>, y además han sido objeto de un hecho imponible: una tasa administrativa, cuando su duración es superior a seis meses. Estas limitaciones han operado como mecanismos de control de las administraciones en el ejercicio del derecho al trabajo de los extranjeros, dificultando su integración socio-laboral. A pesar de que el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”. Especificando, a continuación, que “como criterio interpretativo general se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

<sup>6</sup> *Cfr.* Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Publicado en BOE núm. 103, de 30 de Abril de 2011. Con vigencia desde 30 de Junio de 2011. También las autorizaciones recogidas en la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Su última revisión está vigente desde el 4 de Septiembre de 2018.

<sup>7</sup> *Cfr.* Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicada en el BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009, páginas 104986 a 105031 (46 págs.).

<sup>8</sup> En la actualidad, se utiliza la Clasificación Nacional de Actividades Económicas –CNAE 09-, previstas en el Anexo del Real Decreto-Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. Publicado en BOE núm. 259, de 30 de Septiembre de 2020.

De forma paralela, el artículo 10.1 LODYLE subraya que “Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”. Para lo cual, el artículo 36.1 prevé que los extranjeros mayores de dieciséis años que quieran desarrollar una actividad lucrativa, laboral o profesional, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, necesitarán haber obtenido previamente autorización administrativa para trabajar. En este sentido, el artículo 62 del Reglamento de ejecución de la L.O. 4/2000, especifica que “Se halla en situación de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena el extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad laboral por cuenta ajena”. La autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena se podrá conceder también a un extranjero residente fuera de España que, por tanto, no es titular de una autorización de residencia en España, o bien a un extranjero que ya en España es titular de otra autorización, que modifica su situación (arts. 63 a 70 REx). La autorización para un extranjero residente fuera de España tendrá una duración de un año y se limitará, – en lo relativo al ejercicio de la actividad laboral y salvo en los casos previstos en la Ley y los Convenios internacionales firmados por España –, a un ámbito geográfico y a una ocupación determinada. Cuando la Comunidad Autónoma tiene reconocidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena podrá fijar el ámbito geográfico de la autorización. Por otro lado, se puede conceder una autorización inicial de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena a extranjeros en España, titulares de otro tipo de autorización, que modifican su situación. La duración de la autorización varía en función de cada supuesto (normalmente uno o dos años) y con carácter general no están limitadas al ejercicio de una actividad laboral o a un ámbito geográfico.

Por tanto, a todo extranjero no comunitario mayor de dieciséis años se le exige autorización administrativa para trabajar por cuenta propia o ajena en el territorio nacional. Este ha de ser una persona física y su condición de trabajador viene determinada por el hecho objetivo de su permanencia o de su intención de viajar a España para desarrollar una actividad lucrativa. Así pues, se confiere el estatuto de “trabajador” a ambos supuestos: tanto al que ejerce, como al que trata de realizar una actividad lucrativa; incluyendo, por un lado, al inmigrante que desea incorporarse al mercado de trabajo desde su país de origen y, por otro, a aquel que se halle en nuestro territorio –regular o irregularmente-, y desea incorporarse al mercado laboral. Sin olvidar que, en base al apartado 2 del artículo 1 LODYLE “Lo dispuesto en esta Ley se



entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte”. Sin embargo, el artículo 2 LODYLE exonera de esta obligación a los agentes diplomáticos, a los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares, en virtud de las normas del Derecho internacional.

Todo ello nos permite extraer cuatro conclusiones iniciales. Primera: no a todos los trabajadores extranjeros que pretenden realizar una actividad lucrativa en España se les exige autorización administrativa para trabajar. Segunda: no existe una única autorización. Tercera: no todos tienen derecho a su obtención. Y cuarta: tampoco todos se encuentran en las mismas circunstancias.

Por otro lado, la concesión de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar (art. 36.1 LODYLE) permite obtener, a su vez, la autorización de residencia (art. 31.2 LODYLE) y el correspondiente visado de trabajo y residencia (art. 25*bis* LODYLE), salvo las prohibiciones de entrada, en base a determinados requisitos sanitarios (art. 10 REx).

Sin embargo, no necesitan proveerse de la autorización de trabajo por cuenta ajena los extranjeros que se encuentren en las siguientes situaciones: quienes disfruten de residencia permanente, los españoles de origen que hubiesen perdido la nacionalidad española, ni aquellos que desarrollen las actividades listadas en el artículo 41.1 LODYLE; aunque sí se exige tener el reconocimiento administrativo de la excepción.

De forma específica, la Ley Orgánica 4/2000, en su artículo 41, exceptúa de la obligación de obtener autorización de trabajo a los extranjeros en situación de residencia de larga duración, así como para el ejercicio de determinadas actividades en él reseñadas<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> *Vid.* el desarrollo reglamentario en los artículos 68-70 LODYLE. Orden de 8 de mayo de 1997 por la que se fijan normas generales y de procedimiento en relación con el reconocimiento de situaciones de excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo. Véanse, asimismo, la “Orden de 8 de mayo de 1997 por la que se fijan normas generales y de procedimiento en relación con el reconocimiento de situaciones de excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo”, publicada en el BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1997, páginas 14916 a 14921. También pueden consultarse específicamente las “otras autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena” recogidas en los arts. 73 a 102 y 110 a 122 REx: residencia temporal y trabajo para investigación, de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE, por cuenta ajena de duración determinada, o en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.

De forma paralela, la contratación laboral de un extranjero para una actividad no exceptuada requiere que el empleador solicite la correspondiente autorización de trabajo por cuenta ajena (art. 36.3 párr. primero, LODYLE). Esta autorización puede ser básicamente de cinco tipos: la ordinaria inicial (art. 38 LODYLE), la de duración determinada (art. 97 y ss. REEx), la de trabajadores transfronterizos (art. 43.1 LODYLE y arts. 182 a 184 REEx), o la de prestación transnacional de servicios (art. 43.2 LODYLE y arts. 110 a 116 REEx), junto al régimen especial de estudiantes.

Así pues, la concesión de la “autorización ordinaria inicial”, o de “régimen general” está supeditada a la situación nacional de empleo, según se refleja en el artículo 38.1 LODYLE. Esta es la clave de las autorizaciones iniciales y ha de acreditarse en cada procedimiento de forma individual. A tal efecto, resulta de utilidad el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (art. 65.1 REEx)<sup>10</sup> (GARCÍA-CALABRÉS, 2006, p. 78). Del mismo modo, como destaca GÓMEZ ABELLEIRA, el contingente de trabajadores extranjeros – aprobado anualmente por el gobierno– “supone para el solicitante de la autorización asumir una pre-valoración genérica de la situación nacional de empleo, que exime de acreditaciones individuales, ello además de otras características del cupo (como el visado para la búsqueda de empleo)” (2006, p. 105).

Los supuestos específicos exceptuados se detallan, por su parte, en el artículo 40 LODYLE, –los denominados “puestos de confianza de la empresa”–. Su duración es –lógicamente– temporal (art. 49.2 REEx) y limitada al territorio, la actividad y/o sector productivo (art. 38.2 LODYLE). Una vez ha expirado, puede ser renovada si se cumplen ciertas condiciones (art. 38.3 LODYLE), entre las que no se encuentra la situación nacional de empleo (art. 40.c) LODYLE); lo que permitirá al extranjero trabajar al menos dos años más sin limitaciones geográficas o funcionales.

Por otro lado, la “autorización de trabajo por cuenta ajena de duración determinada” admite diversas modalidades (campaña o temporada; obras o servicios de construcción, mantenimiento, etc.; servicios temporales de altos directivos; deportistas profesionales; etc.). Su concesión viene supeditada tanto a la situación nacional de empleo, como al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 40 LODYLE.

Por su parte, la “autorización para trabajar en el marco de una prestación de servicios transnacional” es exigible más que por razón de extranjería del

<sup>10</sup> El catálogo completo de ocupaciones de difícil cobertura del 4º trimestre de 2020 se puede consultar en <https://tinyurl.com/y6h7kct9>

empleado, por el Estado en que radica la empresa prestadora del servicio transnacional. Por ejemplo, no es exigible cuando la empresa prestadora de este servicio esté ubicada en un Estado miembro de la UE o en el Espacio Económico Europeo, cualquiera que sea la nacionalidad del desplazado. Sí lo es, por el contrario, cuando la empresa que desplaza al trabajador extranjero radica fuera de la Unión o del citado Estado, para lo cual uno de los requisitos fundamentales es que la actividad profesional del trabajador tenga carácter habitual, que se haya dedicado a ella como mínimo durante un año y haya estado al servicio de la empresa, al menos, nueve meses (arts. 63 a 67 REx). En este caso, no se tomará en consideración la situación nacional de empleo, pero solo permitirá el trabajo del extranjero en España en la actividad y el territorio definidos en la misma y con una duración temporal (art. 64.3 REx).

La “autorización para trabajo transfronterizo” permite la prestación de servicios por cuenta ajena en España a aquellas personas extranjeras que regresan diariamente a su lugar de residencia. Para su concesión, será necesario cumplir los mismos requisitos que para la ordinaria o de régimen general (art. 43.1 LODYLE).

Finalmente, en relación a la categoría de estudiantes extranjeros, podemos afirmar que su situación administrativa en España es técnicamente asimilable a la de estancia, y su duración se acomoda a la del curso en el que estén matriculados. Por otro lado, y aunque por ley no están autorizados a trabajar, esta contempla la posibilidad de que puedan realizar trabajos a tiempo parcial o de duración determinada, siempre y cuando no sean incompatibles con sus estudios (art. 33 LODYLE). Para ello, el empleador deberá solicitar autorización de trabajo. Su concesión estará sujeta a los requisitos de la ordinaria inicial.

Por su parte, la normativa básica que regula la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia se rige, principalmente, en base a lo establecido en los artículos 25 bis, 36 y 37 de la LODYLE; los artículos 103 a 109 del REx; la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios<sup>11</sup>; la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>12</sup>; y por la Instrucción DGI/SGRJ/05/2007, sobre

<sup>11</sup> «BOE» núm. 311, de 27 de diciembre de 2012. Última actualización publicada el 28 de abril de 2015.

<sup>12</sup> «BOE» núm. 236, de 2 de octubre de 2015. Última actualización publicada el 23 de septiembre de 2020.

la incorporación, a los expedientes de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, de determinados informes que tendrán la consideración de medios de prueba del cumplimiento de determinados requisitos reglamentarios, sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho y en su Adenda.

Sus principales requisitos son, en primer lugar, no ser ciudadano de un Estado de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, o familiar de ciudadanos de estos países a los que les sea de aplicación el régimen de ciudadano de la Unión. En segundo lugar, no encontrarse irregularmente en territorio español. Tercero, carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español. Cuarto, no tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Quinto, no encontrarse, en su caso, dentro del plazo de compromiso de no retorno a España que el extranjero haya asumido al retornar voluntariamente a su país de origen. Sexto, cumplir los requisitos que la legislación vigente exige para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada. Séptimo, poseer la cualificación profesional exigible o experiencia acreditada, suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como en su caso la colegiación cuando así se requiera. Octavo, poder acreditar que la inversión prevista sea suficiente y la incidencia, en su caso, en la creación de empleo. Y, por último, poder documentar que cuenta con recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento, una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad.

### **3. El impacto asimétrico de la crisis de la COVID-19 en el mercado laboral español**

Desde que irrumpió en el escenario internacional, la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de la COVID-19 está generando un fuerte impacto en la economía y la sociedad de la denominada “Aldea global” (MCLUHAN, 1971), afectando tanto a la actividad productiva como a la demanda y al bienestar de la ciudadanía y marcando un profundo punto de inflexión en el mercado laboral nacional, europeo e internacional.

En nuestro país, la situación de emergencia sanitaria impelió al Gobierno central a aprobar el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se

declaró el estado de alarma<sup>13</sup> y se adoptaron una serie de medidas urgentes y excepcionales sobre la limitación de la movilidad de las personas, y en relación a las actividades sociales y económicas de nuestro país. Medidas que perseguían *ab initio* un triple objetivo: reforzar la lucha contra la pandemia, la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos más vulnerables, y apoyar la continuidad en la actividad productiva del tejido empresarial y el mantenimiento del empleo.

El marco normativo de estas medidas fue establecido inicialmente con el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19<sup>14</sup>. Fue fruto del primer Acuerdo Social en Defensa del Empleo alcanzado entre los agentes sociales y el Gobierno central, el día 8 de mayo de 2020. Según se establece en su Exposición de motivos, su principal objetivo era “facilitar la transición de las empresas de una situación de repliegue e hibernación a una situación de restablecimiento gradual y paulatino, diferenciado por sectores y zonas geográficas, pero permitiendo a un tiempo, a través de un mecanismo de flexibilidad inédito en nuestro ordenamiento jurídico laboral, el mantenimiento de una situación con capacidad de respuesta ágil y adecuada que permitiese la reversión y evitase impactos desproporcionados e irreversibles en la actividad económica y el empleo”<sup>15</sup>.

Posteriormente, los nuevos Acuerdos adoptados con los agentes sociales cristalizaron en el Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial<sup>16</sup> (con idénticos presupuestos y objetivos que su predecesor); y en el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> «BOE» núm. 67, de 14 de marzo de 2020, páginas 25390 a 25400 (11 págs.).

<sup>14</sup> «BOE» núm. 73, de 18 de marzo de 2020, páginas 25853 a 25898 (46 págs.).

<sup>15</sup> Puede ser consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-11416&p=20201104&tn=1>

<sup>16</sup> «BOE» núm. 178, de 27 de junio de 2020, páginas 45244 a 45273 (30 págs.). Última actualización publicada el 30 de septiembre de 2020. En <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-6838>

<sup>17</sup> «BOE» núm. 259, de 30 de septiembre de 2020. Fue convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, publicado por Resolución de 15 de octubre de 2020 [BOE-A-2020-12691] y redactado conforme a la corrección de errores publicada en BOE núm. 272 de 14 de octubre de 2020 [BOE-A-2020-12213]. Última actualización publicada el 4 de noviembre de 2020. Legislación consolidada, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-11416>

Ambos supusieron un impulso para la adopción de medidas reforzadas para amortiguar los efectos socioeconómicos provocados por la pandemia y la salvaguarda del empleo. Incluyen un conjunto de mecanismos tendentes a garantizar un marco de protección jurídica adecuado a los complejos escenarios y entornos que está originando la crisis sanitaria actual. Bien sean motivados por la diferente afectación del sector de actividad, por el grado de impacto de las decisiones adoptadas en el ámbito sanitario, o por el acontecer de causas de diversa naturaleza que fundamenten la adopción y mantenimiento de medidas de suspensión o reducción de la jornada laboral.

Asimismo, el Real Decreto-ley 30/2020 pretende arbitrar cuantas medidas complementarias de protección del empleo sean necesarias para garantizar la estabilidad laboral, previstas en los artículos 2 y 5 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral por los efectos causados por el COVID-19<sup>18</sup>, y en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo<sup>19</sup>.

Dentro del marco constitucional, estos se dictaron al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1. 7<sup>a</sup>, 8<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup>, 17<sup>a</sup> y 25<sup>a</sup> de la Constitución Española, que atribuye al Estado las competencias exclusivas en las materias de legislación laboral; de legislación civil y sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos; de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social; así como de bases del régimen energético.

### **3.1. Repercusiones en la concesión de autorizaciones de trabajo a extranjeros a nivel nacional**

Las medidas de confinamiento y las restricciones que se han venido adoptando para hacer frente a la pandemia ocasionada por el coronavirus se han traducido en una caída considerable de las cifras de empleo, provocando un impacto muy negativo, sobre todo en los colectivos de trabajadores más vulnerables, entre los que se encuentran los trabajadores extranjeros.

En este sentido, y junto a las recientemente arbitradas a través del marco

<sup>18</sup> «BOE» núm. 86, de 28 de marzo de 2020. El 30 de septiembre fue publicada su última actualización. En: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4152>

<sup>19</sup> «BOE» núm. 134, de 13 de mayo de 2020. Última actualización, de 27 de mayo de 2020. Disponible: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4959>

jurídico expuesto, el Gobierno de España ha adoptado medidas paralelas de apoyo a los ciudadanos extranjeros que residen en España con fines laborales<sup>20</sup>. Bien sean trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena, titulares de una tarjeta azul, – entre otros –, y que forman parte del conjunto de trabajadores afectados por estas caídas de la demanda laboral.

A través de la Orden SND/421/2020, de 18 de mayo<sup>21</sup>, – en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo –, se procedió a la prórroga automática de autorizaciones temporales de residencia y/o trabajo, autorizaciones de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, y tarjetas de identidad de extranjero concedidas y expedidas en virtud de estas autorizaciones, cuya vigencia hubiese expirado durante el estado de alarma y sus prórrogas, o en los noventa días naturales anteriores al 14 de marzo de 2020, fecha en que se decretó el estado de alarma. La prórroga se hizo efectiva desde el día siguiente al de caducidad de la autorización y hasta los seis meses desde la finalización del estado de alarma. Su principal objetivo: otorgar seguridad jurídica ante esta extraordinaria situación a aquellos extranjeros que, durante el estado de alarma y en los noventa días naturales previos a su declaración, habían visto cómo perdían vigencia sus autorizaciones. De esta forma, se pretendía evitar que, una vez se levantase el estado de alarma, los extranjeros pudieran encontrarse en una situación de irregularidad sobrevenida.

En base al artículo 1.3 de esta Orden “Esta prórroga automática será de aplicación a las autorizaciones referidas en el apartado 1 con independencia de que se hubiesen presentado solicitudes de renovación, prórroga o modificación con anterioridad a la entrada en vigor de esta orden, siempre y cuando las mismas no se hayan resuelto expresamente. Dicha prórroga quedará sin efecto cuando la resolución que recaiga en el procedimiento iniciado fuera más favorable para el interesado”. Con respecto a la solicitud de reno-

<sup>20</sup> El conjunto total de medidas legales arbitradas, a nivel nacional y europeo (a fecha 28/01/2021), se encuentran recogidas en el documento BOE (2021). *Códigos electrónicos. Covid 19: Derecho Europeo y Estatal* (Edición actualizada a 27 de enero de 2021). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/codigos/codigo.php?id=355&modo=2&nota=0](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355&modo=2&nota=0).

<sup>21</sup> *Cfr.* Orden SND/421/2020, de 18 de mayo, por la que se adoptan medidas relativas a la prórroga de las autorizaciones de estancia y residencia y/o trabajo y a otras situaciones de los extranjeros en España, en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. «BOE» núm. 142, de 20 de mayo de 2020. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/o/2020/05/18/snd421/con>.

vaciones de las autorizaciones prorrogadas, según el artículo 1.6, estas podrían presentarse “en cualquier momento durante la vigencia de la prórroga o hasta los noventa días naturales posteriores a la fecha de finalización de su vigencia”.

De forma paralela, pese a la relevancia de esta medida, subrayamos la necesidad de adoptar conjuntamente mecanismos que permitan flexibilizar las condiciones para que un extranjero pueda renovar su autorización de residencia y/o trabajo, que vayan más allá de la vía arbitrada en el artículo 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, relativa a la elaboración del “informe positivo de esfuerzo de integración”, por parte de una Comunidad Autónoma. El cual certifica la asistencia a las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de la LODYLE. Para que no en todos los casos sea necesaria su presentación; ya que podría suponer en la práctica una carga adicional no solo al ciudadano, – al tener que ser solicitado expresamente por el mismo –, sino también para las administraciones públicas encargadas de su expedición. Ello conllevaría, además, trasladar las novedades adoptadas en el marco de la crisis de la COVID-19 relativas al derecho del trabajo a materia de extranjería. Nos referimos, sin ir más lejos, a aquellos procedimientos de suspensión de contratos (conocidos como ERTes) y de prestaciones extraordinarias por cese de actividad, a través del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

Al mismo tiempo, con el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19<sup>22</sup> se establecieron aquellas encaminadas a proteger el empleo y a ayudar a las personas más vulnerables. Entre ellas, el colectivo de empleadas y empleados del hogar, con una fuerte presencia de mano de obra femenina extranjera. En base a la Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social regulado en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, aquellas personas que se encuentren dadas de alta en la Seguridad Social y que hayan sido despedidas o que hayan visto reducidos sus ingresos por la crisis sanitaria tienen derecho a solicitar el subsidio extraordinario. En caso de producir-

<sup>22</sup> «BOE» núm. 91, de 1 de abril de 2020. La última actualización fue publicada el 20 de enero de 2021 y está disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4208>



se una reducción, total o parcial, en la jornada laboral, la relación laboral se mantendrá al igual que la situación de alta en el Sistema Especial de Empleados de Hogar.

De forma paralela, y con respecto a los trabajadores autónomos o por cuenta propia, el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, estableció una prestación extraordinaria por cese de actividad. Inicialmente, con una duración de un mes, que podía ser ampliada, en su caso, hasta el último día del mes en el que finalizase el estado de alarma, en el supuesto de que este se prorrogase y tuviese una duración superior al mes. Además, se entendía como cotizado el tiempo de su percepción, al no existir obligación de cotizar y no reducir los períodos de prestación por cese de actividad a los que la persona beneficiaria pudiese tener derecho en el futuro.

Por otro lado, con el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo<sup>23</sup>, se establece una nueva prestación no contributiva de la seguridad social: el ingreso mínimo vital. Su objeto es garantizar un nivel mínimo de renta a aquellas personas que se puedan encontrar en situación de vulnerabilidad económica.

#### **4. Discusión y conclusiones**

Llegados a este punto, y tras el análisis expuesto sobre la evolución del marco sociolaboral de protección de los trabajadores extranjeros en España- a la luz de las autorizaciones de trabajo- es momento de verificar o refutar las hipótesis de investigación que nos hemos planteado en este capítulo.

Con respecto a la primera de ellas, y en base a los argumentos expuestos, podemos afirmar que el marco normativo nacional y comunitario que regula el fenómeno de la inmigración para lograr la plena integración sociolaboral de las personas extranjeras en la España constitucional (1978-2021) (PENNÁ, GONZÁLEZ Y RUBIO, 2018) ha sido insuficiente. Especialmente, a partir de la década de los ochenta, cuando se produce una auténtica “mutación” o “revolución” del fenómeno migratorio, adquiriendo una gran relevancia y complejidad. No solo a nivel europeo, sino también nacional y regional. Hasta entonces, con carácter general, los Estados eran los únicos y principales actores en materia migratoria. Esta competencia exclusiva venía avalada por los respectivos textos constitucionales y por unas leyes de extranjería que no

<sup>23</sup> *Cfr.* Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. «BOE» núm. 154, de 1 de junio de 2020. Última actualización publicada el 23 de diciembre de 2020. En: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5493>

cuestionaron la soberanía estatal hasta ese momento. También las regiones y, en menor medida, las ciudades y municipios, que emergían como actores centrales para la integración socio-laboral del inmigrante en sus respectivos territorios.

Dicha distribución competencial en materia migratoria ha venido definida por el artículo 149.1. 2ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva con respecto a la “Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”; o lo que es lo mismo, la ordenación del régimen jurídico de entrada, permanencia y salida en España. El resto de competencias pueden ser asumidas por el Estado o por las Comunidades Autónomas en base a las funciones que les correspondan o tengan asumidas, conforme a la Ley 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España para su integración laboral, mientras que en la legislación laboral o de Seguridad Social, solo tiene competencia legislativa el Estado.

Esta “parquedad constitucional” y su complejo sistema de reglas de distribución competencial, junto al fuerte impacto de la inmigración laboral en la estructura socio-demográfica nacional y en su contexto económico y socio-laboral, ha urgido a los poderes políticos constituidos a desarrollar un nuevo marco legislativo y a promover un conjunto de políticas públicas para el fomento de la plena integración socio-laboral de los extranjeros, capaz de adaptarse a las acuciantes necesidades y exigencias que plantea el fenómeno de la inmigración. En especial, en momentos de crisis financiera internacional (a partir del año 2004) y sanitaria, como la actual, causada por la pandemia del coronavirus. Ello ha impulsado al Gobierno central a adoptar una pléyade de medidas legislativas económicas para paliar los efectos perniciosos de la crisis sanitaria en el mercado laboral español. Entre otras muchas, con los Reales Decretos-leyes 6/2020, 7/2020, 8/2020, 9/2020, 11/2020, 13/2020, 15/2020, 18/2020, 20/2020, 24/2020 ó 30/2020. Algunos de las cuales hemos analizado por su directa imbricación con el fenómeno migratorio, ya sea de forma más directa o más tangencial. Y sobre cuyo balance de resultados se podrán extraer nuevas conclusiones con el desarrollo de futuras investigaciones.

De forma paralela, la segunda pregunta que nos hacíamos a través de esta investigación es si el impacto de la inmigración sociolaboral ha tendido a ser negativo o no en el mercado laboral español, en momentos de crisis financiera y sanitaria. Una hipótesis que podemos verificar a la luz de los resultados obtenidos tras el análisis de las autorizaciones de trabajo concedidas a ex-

trajeros en el periodo que abarca entre 2008 y septiembre de 2020<sup>24</sup>. Junto a otras variables centrales del mercado de trabajo nacional de extranjeros, como son los datos de afiliación, contratación o desempleo.

De forma breve, y si nos centramos en las autorizaciones concedidas a trabajadores extranjeros (por ser nuestro objeto de estudio), podemos comprobar cómo las cifras comienzan a descender drásticamente a partir de 2008 (año en el que más autorizaciones se otorgaron, con un total 790.205). De forma específica, 370.275, en 2009; 301.418, en 2010; 234.707, en 2012; 180.259, en 2013; 141.315, en 2014; 120.890, en 2015; 111.902, en 2016; 104.261, en 2017; y 107.307, en 2018; siendo 2011 y 2019 las únicas anualidades en las que se produjeron ligeros repuntes, con respecto a las anteriores, con 314.149 y 114.841, respectivamente. Lo cual significa que en el periodo de estudio (2008-2019) ha habido un descenso porcentual en la concesión de autorizaciones del -85,47%<sup>25</sup>.

Si nos centramos en año 2021, con el objeto de medir el azote de la crisis sanitaria de la COVID-19 en el mercado de trabajo nacional de extranjeros, y en base a las estadísticas disponibles, podemos comprobar cómo el total de autorizaciones de trabajo concedidas a trabajadores extranjeros por cuenta ajena y por cuenta propia, de enero a septiembre de 2020 (datos provisionales) (siendo este de -83.528) se ha reducido un 1,8%, con respecto el mismo período del año anterior. Exactamente, con el cómputo de 1.510 autorizaciones menos.

Según actividad laboral, ha afectado en mayor medida (y con carácter general) a trabajadores extranjeros por cuenta propia (-22,8%) y, por sexos, especialmente, a mujeres extranjeras (-2,9%), (mientras que para los varones representó un descenso del -0,7%). Por nacionalidades, ha afectado mayoritariamente a trabajadores procedentes de Bolivia, con una reducción del -26,1%; seguidos de China (-25,1%), Pakistán (-14%) y Senegal (-10,1%)<sup>26</sup>.

Para finalizar, y a la luz de los resultados obtenidos, también hemos podido verificar la tercera hipótesis de investigación, y es que la construcción de las diferencias, desde el punto de vista jurídico y sociolaboral, se ha incrementado en épocas de recesión económica y crisis sanitaria internacional,

<sup>24</sup> Total, incluyendo autorizaciones de residencia temporal y trabajo que permiten realizar tanto una actividad por cuenta ajena como por cuenta propia.

<sup>25</sup> *Vid.* “Anuario de Estadísticas del Ministerio”, Ministerio de Empleo y Economía Social, años 2008 a 2019, disponibles en <http://www.mites.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>, [fecha de consulta: 28/01/2021].

<sup>26</sup> *Vid.* “Estadística de autorizaciones de trabajo a extranjeros. Avance mensual”. <https://www.mites.gob.es/estadisticas/pte/welcome.htm>, [fecha de consulta: 28/01/2021].

al convertir a la inmigración en el chivo expiatorio en la lucha por los recursos económicos y las prestaciones socio-laborales en España y en la Unión Europea. Entre otros motivos, por el hecho de que muchas personas extranjeras no pudieron acceder (con carácter general) a una información transparente sobre las oportunidades reales que podía ofrecer el mercado laboral nacional, generando –en torno a este colectivo– una alta inestabilidad y precariedad laboral.

En el contexto europeo, si bien la crisis financiera de 2007 llevó a una mayor coordinación en política monetaria y económica en la UE (a pesar de la situación crítica de la política migratoria europea y la reacción tardía ante la llegada de refugiados, especialmente a partir de 2015-2016), actualmente la cuestión migratoria se presenta como un “reto que invalida la teoría funcionalista” (IMAZ, 2020, p. 1508). En lugar de ayudar a ahondar en las competencias de la UE, ha avivado movimientos euroescépticos y nacionalistas que impiden una mayor integración europea (GARCÍA, 2020, p. 1064) y, por lo tanto, una política migratoria común, con un claro impacto en el marco normativo regulador del fenómeno inmigratorio en nuestro país (LOBERA, 2020). Como resultado final, el acceso al mercado laboral de los trabajadores extranjeros no se ha producido en igualdad de condiciones que los nacionales, sino de un modo más limitado y restringido, provocando una desigualdad de facto en el reconocimiento al derecho al trabajo de este colectivo. Conclusiones que, como hemos mostrado, obtenemos tras el análisis de los datos sobre autorizaciones de trabajo concedidas a trabajadores extranjeros en España, en la última década y hasta el momento actual y que, indefectiblemente, invitarán al desarrollo de futuras investigaciones sobre el fenómeno de la inmigración laboral en España en un contexto post COVID-19.

### Referencias bibliográficas

- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA (2019). *La Inmigración en España: Efectos y Oportunidades* [Informe 2/2019]. Colección Informes, 2. Madrid. <http://www.ces.es/documents/10180/5209150/Inf0219.pdf>
- COSIDÓ GUTIÉRREZ, I. (2020). Inmigración, ¿problema u oportunidad? Claves para una nueva política migratoria. *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, 8, 1-9.
- ESPINOSA NAVAS, F. (2018). La inmigración irregular: su evolución y prospectiva en España. *Cuadernos de estrategia*, 198, 115-144.

- FÀBREGUES, F. Y FARRÉS, O. (2019). La inmigración en España - La inmigración en Europa. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, [en línea], 320-35. <https://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/article/view/361007>
- GARCÍA-CALABRÉS COBO, F. (2006). *Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios*. Junta de Andalucía. Sevilla.
- GARCÍA MORENO, L. (2020). Constitucionalismo global en tiempos de pandemia [Recuso electrónico]. En Instituto Europeo de Estudios Estratégicos (ieee). Ministerio de Defensa. *Documento de opinión*, 18, abril / junio, 1057, 1070.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (2006). Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: Los efectos de su carencia. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 63, 101-138.
- IMAZ CHACÓN, C. (2020). La política migratoria europea: entre la seguridad y la humanidad. *Boletín IEEE*, 18, 1506-1524.
- LOBERA, J. (2020). Migrants and Patria. The imagined community of the radical left in Spain. *Teknokultura. Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, 17(1), 59-68.
- MCLUHAN, M., FIORE, Q. Y AGEL, J. (1971). *Guerra y paz en la Aldea Global*. Martínez Roca. Barcelona.
- MORENO-MANZANARO, N. (2020). De la extranjería a la diversidad: 35 años de inmigración en España. *Jueces para la democracia*, 97, 5-14.
- PENDÁS GARCÍA, B. (Dir.), González Hernández, E. y Rubio Núñez, R. (Coords.) (2018). *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- PUERTA VÍLCHEZ, J. M. (2009). El papel de las autorizaciones en la integración de los extranjeros (pp. 103y ss.). En S. Sánchez Lorenzo (Ed.). *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*. Atelier. Barcelona.
- TOMÁS LÓPEZ, A. (2017). *La inmigración laboral en Castilla-La Mancha y su impacto en el mercado de trabajo nacional y regional* [Documento de trabajo]. Seminario Permanente de Ciencias Sociales, (pp. 3-39). Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha.



LE DECLINAZIONI DELLA COESIONE SOCIALE  
E DELLA RESPONSABILITÀ INTERGENERAZIONALE  
NELL'AMBITO DEL *NEXT GENERATION EU*  
E DEGLI STRUMENTI NAZIONALI DI RILANCIO.  
CONSIDERAZIONI COMPARATISTICHE SULL'ESPERIENZA  
ITALIANA, SPAGNOLA E FRANCESE  
ALL'INTERNO DEL CONTESTO EUROPEO

CLAUDIA MARCHESE

SOMMARIO: 1. La crisi pandemica e l'emersione di nuove asimmetrie economico-sociali. – 2. La coesione sociale: un concetto di matrice sociologica assimilato dagli ordinamenti giuridici. – 3. Le declinazioni della coesione sociale nell'ambito del *Next Generation EU* e dei piani nazionali per la ripresa e la resilienza predisposti dall'Italia, dalla Spagna e dalla Francia. – 4. Le scelte di lungo periodo in nome della coesione sociale e della responsabilità intergenerazionale.

## **1. La crisi pandemica e l'emersione di nuove asimmetrie economico-sociali**

La crisi pandemica legata alla diffusione del Covid-19 ha accomunato tutti gli ordinamenti nella necessità di fronteggiare una situazione emergenziale che si protrae ormai da un anno e che si connota, in *primis*, come un'emergenza sanitaria, ma che presenta conseguenze altrettanto significative sotto il profilo economico, finanziario e sociale.

Tale rilievo può essere comprovato agevolmente analizzando l'esperienza maturata nel corso del 2020 dai singoli ordinamenti europei. Infatti, nel panorama europeo ciascuno Stato si è trovato a dover adottare sia le misure necessarie al fine di contenere il dilagare dell'epidemia sia misure volte a tutelare le diverse categorie colpite dalle conseguenze economico-sociali della crisi pandemica e delle misure restrittive disposte a livello statale al fine di contrastarne l'avanzata<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Per una panoramica in relazione agli interventi disposti a livello statale v. CUOCOLO (2020); BARTOLUCCI (2020). Sia, altresì, consentito rinviare a MARCHESE (2021). Sembra, poi, opportuno precisare che in questo studio saranno richiamate esclusivamente le misure previste a livello statale in Italia, Spagna e Francia dall'inizio della crisi pandemica sino al mese di febbraio 2021, dedicando particolare attenzione a quanto previsto dai piani nazionali di ripresa e resilienza.

La necessità di affrontare problematiche comuni ha reso, peraltro, evidente sin dai primi mesi della crisi pandemica l'esigenza di predisporre strategie condivise tra gli Stati membri dell'Unione europea in relazione a specifiche problematiche e di individuare meccanismi di assistenza finanziaria e strumenti per il rilancio economico e sociale<sup>2</sup>.

Tuttavia, se è vero che lo Stato ha assolto un ruolo centrale sin dai primi mesi della crisi pandemica al fine di tutelare i soggetti maggiormente colpiti dalle conseguenze della stessa, è altresì vero che la tipologia e l'entità delle misure adottate si presentano divergenti. Al fine di comprovare quest'ultima affermazione è possibile richiamare brevemente alcune esperienze paradigmatiche che pongono bene in rilievo l'adozione di differenti strategie di intervento nel panorama europeo.

È infatti possibile rilevare come all'interno dello scenario europeo l'ordinamento tedesco si sia connotato sin dalle prime fasi della crisi pandemica per una intensa tutela del tessuto imprenditoriale, non avendo mai disposto – neanche nei mesi più critici della crisi pandemica – la sospensione delle attività produttive ed avendo adottato nel mese di giugno 2020 quello che è stato definito alla stregua del “più grande piano di assistenza finanziaria dal secondo dopoguerra”<sup>3</sup>. L'entità di tale piano di sostegno al tessuto imprenditoriale può essere desunta dall'istituzione dell'*Economic Stabilization Fund*, il cui impiego è stato previsto per la ricapitalizzazione diretta delle imprese ed al fine di fornire garanzie per consentire il rifinanziamento sul mercato, nonché dal ruolo assolto dalla *Kreditstat für Wiederaufbau*, che a decorrere dal 30 giugno 2020 sta provvedendo ad erogare finanziamenti alle imprese che svolgono la propria attività in Germania per un importo complessivo pari a 600 miliardi. A favore delle piccole e media imprese il governo federale ha, poi, previsto due ulteriori strumenti: il *Federal Emergency Aid* ed il *Corona Recovery Package*<sup>4</sup>.

Sembrano, invece, caratterizzarsi per una maggiore attenzione alla salvaguardia della sfera sociale le misure adottate nell'ordinamento spagnolo. In Spagna la crisi pandemica sembra aver rappresentato l'occasione per un ri-

<sup>2</sup> In relazione agli interventi definiti in sede europea si consulti <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/coronavirus/>. Si veda, altresì, la nota n. 44/15 del SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *L'epidemia Covid-19 e l'Unione europea* (aggiornata al 24 Luglio 2020). In dottrina, *ex multis*, v. MOSTACCI (2020); FASONE (2020); TOSATO (2020); SALMONI (2020).

<sup>3</sup> Così, VALENTINO (2020).

<sup>4</sup> In relazione alle misure disposte nell'ordinamento tedesco si veda per tutti WOELK (2020).



pensamento dei meccanismi di assistenza e di previdenza sociale. Su tale profilo si tornerà nel prosieguo, sia sufficiente per il momento evidenziare come, unitamente alle misure a sostegno delle imprese e dei lavoratori, la pandemia ha rappresentato l'occasione per l'introduzione nell'ordinamento spagnolo dell'*Ingreso Mínimo Vital* quale prestazione assistenziale, definita dallo stesso *Ministerio de Derechos Sociales* alla stregua del «*mayor avance en los derechos sociales en nuestro país desde, al menos, la aprobación de la Ley de Dependencia*», destinata a radicarsi in maniera permanente nell'ordinamento spagnolo<sup>5</sup>. Segnatamente, l'*Ingreso Mínimo Vital* ha ad oggetto l'erogazione di un reddito minimo in favore del soggetto richiedente che dimostri di avere un reddito inferiore alla soglia predeterminata a livello legislativo.

Oltre all'introduzione dell'*Ingreso Mínimo Vital* altre innovazioni significative adottate nell'ordinamento spagnolo in occasione della crisi pandemica si rinvencono nella riforma della disciplina dell'*Expediente de Regulación Temporal de Empleo* (ERTE), quale misura che consente di accedere ad una indennità erogata in favore dei dipendenti a tempo determinato o indeterminato in caso di sospensione temporanea dei contratti di lavoro o di riduzione delle ore di lavoro, nonché nella previsione di sussidi di disoccupazione speciali e temporanei in favore di categorie professionali che sino ad ora non erano ammesse a fruirne, tra cui i professionisti dello spettacolo ed i lavoratori domestici<sup>6</sup>. Un simile ampliamento della legittimazione a fruire dei sussidi di disoccupazione rappresenta un'importante novità in quanto costituisce un primo riconoscimento in favore di categorie di lavoratori che sino ad ora si erano trovate in una situazione di particolare vulnerabilità<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> L'*Ingreso Mínimo Vital* è stato previsto dal Real Decreto-ley 20/2020. In argomento v. CARMONA CUENCA (2020).

<sup>6</sup> L'introduzione di misure volte a salvaguardare i lavoratori in Spagna è avvenuta ad opera del Real Decreto-ley 17 marzo 2020, n. 8 *de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19*, del Real Decreto-ley 27 marzo 2020, n. 9 *por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del Covid-19*, del Real Decreto-Ley 21 aprile 2020, n. 15 *de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo*. Il sussidio temporaneo di disoccupazione in favore dei lavoratori domestici è stato introdotto ad opera del Real Decreto-ley 29 marzo 2020, n. 10 *por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el Covid-19*. Per quanto concerne, invece, i sussidi disposti in favore dei lavoratori del settore artistico occorre far riferimento al Real Decreto-ley 5 maggio 2020, n. 17 *por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19*.

<sup>7</sup> In relazione alle ulteriori misure disposte nell'ordinamento spagnolo al fine di arginare

Il modello di intervento spagnolo appare assimilabile a quello adottato nell'ordinamento italiano. Quest'ultimo, però, si caratterizza – tra le varie misure adottate – per la previsione di una serie di indennità di cui si prevede un'erogazione temporanea, senza che la crisi pandemica abbia per ora rappresentato il momento per una riflessione più matura sulle riforme da intraprendere<sup>8</sup>. In particolare, il modello italiano ha previsto, a partire dal d.l. 17 marzo 2020, n. 17 (c.d. decreto Cura Italia) e dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto Rilancio), un articolato sistema di indennità erogate dal mese di marzo 2020 in favore dei soggetti colpiti dagli effetti delle misure restrittive disposte e non ammessi a fruire né della cassa integrazione guadagni né di

le conseguenze della crisi pandemica è possibile evidenziare come il Governo abbia destinato ingenti risorse all'Istituto de Credito Oficial per l'erogazione di nuove linee di credito in favore dei lavoratori autonomi e delle piccole imprese, nonché sia stata prevista già a partire dal Real Decreto-ley 29 marzo 2020, n. 10 l'erogazione di un bonus sociale per i lavoratori autonomi. Quanto alla salvaguardia dell'iniziativa economica, è possibile notare una particolare attenzione alla tutela delle piccole e medie imprese, con la previsione di nuove linee di finanziamento, la prestazione di garanzie da parte dello Stato ed il posticipo dei termini per il rimborso dei prestiti concessi dalla *Secretería General de Industria y Pequeña y Mediana Empresa*. Per un approfondimento sulla libertà di iniziativa economica nell'ordinamento spagnolo durante la vigenza dello stato di allarme v. CIDONCHA MARTÍN (2020). Per una panoramica esaustiva delle misure di sicurezza sociale disposte in Spagna in occasione della pandemia da Covid-19 è possibile consultare la *Guía de facilitación de acceso a las medidas urgentes en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19* in <https://www.mscbs.gob.es/ssi/covid19/guia.htm>.

<sup>8</sup> Per quanto concerne le ulteriori misure adottate nell'ordinamento italiano è possibile rinviare a quanto disposto dai successivi d.l. 14 agosto 2020, n. 104 recante “Misure urgenti per il sostegno ed il rilancio dell'economia”, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (c.d. decreto Ristori), il d.l. 9 novembre 2020, n. 149 (c.d. decreto Ristori-bis), il d.l. 23 novembre 2020, n. 154 (c.d. decreto Ristori-ter) ed il d.l. 30 novembre 2020, n. 157 (c.d. decreto Ristori-quater). Tra le misure adottate sin dai primi mesi della crisi pandemica è, altresì, possibile richiamare l'estensione dell'ambito di applicazione della cassa integrazione guadagni in deroga sull'intero territorio nazionale a prescindere dal settore produttivo di appartenenza, nonché la previsione del blocco dei licenziamenti. Oltre agli interventi posti a tutela dei lavoratori, un significativo impegno è stato riservato a salvaguardare il tessuto imprenditoriale immettendo liquidità nel sistema economico ed ampliando il novero di garanzie di cui possono fruire le imprese. Si pensi, a tal riguardo, all'ampliamento dell'operatività del Fondo Centrale di Garanzia per le piccole e medie imprese disposto dal d.l. n. 18/2020 e dal d.l. n. 23/2020, alla previsione di una moratoria sui prestiti alle micro, piccole e medie imprese per un ammontare complessivo di 220 miliardi di euro, alla costituzione presso la Cassa depositi e prestiti s.p.a. di un patrimonio destinato al rilancio delle imprese denominato per l'appunto “Patrimonio Rilancio”. Per un quadro esaustivo delle misure adottate nell'ordinamento italiano al fine di fronteggiare le conseguenze della crisi pandemica sia consentito rinviare a MARCHESE (2020).

altra prestazione previdenziale<sup>9</sup>. Tramite una serie di indennità corrisposte mensilmente si è cercato di fornire tutela ad un novero eterogeneo di soggetti tra cui professionisti, co.co.co. aderenti al sistema della gestione separata, artigiani, commercianti, coltivatori diretti, professionisti dello spettacolo. In favore dei soggetti non rientranti nell'ambito di tali categorie è stata poi prevista dal decreto Cura Italia l'istituzione del Fondo per i redditi di ultima istanza e del reddito di emergenza (REM), quale forma di sostegno straordinario ai nuclei familiari in difficoltà.

Un modello di intervento intermedio rispetto a quelli appena richiamati è riconducibile all'ordinamento francese. Infatti, la Francia, per un verso, analogamente a quanto avvenuto in Germania non ha mai disposto nel corso della crisi pandemica la sospensione delle attività produttive, per altro verso, similmente a quanto previsto in Italia ed in Spagna ha provveduto ad estendere il novero dei soggetti aventi diritto a prestazioni di sicurezza sociale<sup>10</sup>.

In relazione a quest'ultimo profilo, è sufficiente evidenziare come sia stata ampliata la platea dei lavoratori ammessi ad accedere all'indennizzo per le mancate ore di lavoro in caso di svolgimento di attività solo parziale (i c.d. *salariés en chômage partiel*), nonché sia stata ampliata la platea dei percettori dell'indennità di disoccupazione prevedendo che ne possano fruire tutti coloro i quali possano dimostrare ottantotto giorni di lavoro consecutivi. Le misure maggiormente significative disposte in relazione alla sfera lavorativa concernono, però, l'inserimento lavorativo dei giovani, essendo questi ultimi stati considerati tra i soggetti maggiormente colpiti dalle conseguenze economiche della pandemia.

In particolare, il 23 luglio 2020 il Governo francese ha presentato il piano “*1 jeune, 1 solution*”, che persegue l'obiettivo di formare 200.000 giovani in settori specifici e di costruire un percorso per l'impiego per 300.000 giovani. Quest'ultimo percorso è sostenuto tramite incentivi, sotto forma di compensazione fiscale, alle imprese per l'assunzione di soggetti di giovane età con contratto a tempo indeterminato o determinato di almeno tre mesi.

I profili richiamati in relazione alle misure disposte dai singoli ordinamenti consentono di evidenziare come le strategie che hanno sorretto l'adozione di misure per far fronte nell'immediato alle conseguenze della crisi pandemica siano state divergenti. Una simile differenza nella strategia di

<sup>9</sup> Il modello basato sull'erogazione di una serie di indennità è stato confermato anche dai successivi d.l. n. 104/2020 e dal d.l. n. 137/2020.

<sup>10</sup> Per un quadro completo degli interventi disposti in Francia a sostegno del tessuto economico v. <https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/A13995>.

intervento appare suscettibile di produrre i propri effetti non solo nel breve, ma anche nel lungo periodo. Anzi, proprio nel lungo periodo le differenze tra i percorsi intrapresi dai singoli ordinamenti potrebbero divenire ancora più marcate tenendo conto altresì delle misure previste dai piani nazionali di ripresa.

L'emergere di significative asimmetrie tra gli ordinamenti in conseguenza della crisi pandemica è stato posto in rilievo anche dalle Istituzioni europee. In particolare, è possibile fare riferimento al report della Commissione europea "European Economic Forecast – Summer 2020" pubblicato nel mese di luglio 2020 in cui si afferma: «*Looking forward to the second half of the year and 2021, the European economy is expected to bounce back, but with bigger and more persistent differences across Member States than expected in spring*»<sup>11</sup>. L'emergere di nuove e durature asimmetrie costituisce un profilo meritevole di particolare attenzione all'interno del cammino per la ripresa. Peraltro, nuove asimmetrie appaiono delinearsi non solo all'interno dello spazio europeo tra i vari Stati membri, bensì anche all'interno dei singoli ordinamenti.

Richiamando le stime effettuate dalla Commissione europea, già nel mese di luglio era attesa una diminuzione del PIL in relazione all'anno 2020 del 7,4%, con la prospettiva di una ripresa solo parziale nel 2021. Le conseguenze di tale contrazione in termini di perdita di posti di lavoro appaiono significative: secondo le stime europee il livello di disoccupazione nell'area euro salirà al 9,5%, mentre si attesterà al livello del 9% se si considera l'intera Unione europea. Tra i Paesi che subiranno maggiori perdite di posti di lavoro la Commissione europea ha collocato l'Italia, la Francia e la Spagna. Appare evidente come un simile contesto sia suscettibile di incidere sul tessuto sociale, incrementando le diseguaglianze, creando nuovi emarginati e ledendo ulteriormente categorie di soggetti già qualificati come vulnerabili.

Peraltro, tali effetti andranno ad incidere su un tessuto sociale già fortemente provato dalle conseguenze della crisi economica del 2008. Vale, infatti, la pena ricordare come nell'eurozona il tasso di popolazione in condizione di povertà prima della crisi economica del 2008 era pari al 21,7%, mentre nel 2017 si registrava il raggiungimento di un livello pari al 23,1%. Similmente il tasso di popolazione a rischio povertà dal 2008 al 2017 è passato dal 5,9% al 6,6% della popolazione dell'eurozona<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> La versione integrale del report può essere consultata in [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip132\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip132_en.pdf).

<sup>12</sup> Tali dati possono essere consultati nel report della Corte dei Conti, Rapporto 2018 sul

Al fine di arginare un ulteriore impoverimento del tessuto sociale ed un aggravamento delle diseguaglianze sociali, le misure per la coesione sociale adottate a livello nazionale ed europeo appaiono assumere un'importanza centrale. La coesione sociale rappresenta, infatti, un'importante voce all'interno dei piani per la ripresa definiti a livello nazionale al fine di poter accedere alle risorse stanziare nell'ambito del programma europeo *Next Generation EU*. Pertanto, nei successivi paragrafi ci soffermeremo proprio sul valore della coesione sociale e sul suo ruolo nell'ambito degli strumenti predisposti per la ripresa al fine di comprendere in che maniera si intenda porre un argine alle crescenti asimmetrie economico-sociali all'interno degli ordinamenti europei e se sia possibile riscontrare una comune progettualità europea in relazione alla sfera sociale.

## **2. La coesione sociale: un concetto di matrice sociologica assimilato dagli ordinamenti giuridici**

Prima di esaminare le modalità attraverso le quali la coesione sociale opera nell'ambito del programma europeo *Next Generation EU* e dei piani nazionali di rilancio sembra opportuno delineare il concetto stesso di coesione sociale ed individuare il suo fondamento giuridico.

Invero, il concetto di coesione sociale presenta una indiscussa matrice sociologica, essendo stato enucleato dal pensiero di Émile Durkheim<sup>13</sup>. Nel pensiero di quest'ultimo la coesione sociale è intesa quale condizione di equilibrio di un sistema in cui la crescente divisione del lavoro determina sia l'incremento del benessere collettivo sia la competizione tra individui. Infatti, l'aumento della competizione tra gli individui e gli accresciuti livelli di benessere se non mitigati da interventi volti a realizzare la coesione sociale porterebbero ad un accaparramento dei beni ed a situazioni di conflitto. Da tale riflessione sociologica emerge una caratteristica rilevante della coesione sociale: la sua attitudine a costituire un fattore di equilibrio. Ulteriore elemento che emerge nel pensiero del Durkheim è il nesso tra coesione sociale, istanze

coordinamento della finanza pubblica, pubblicato in [www.corteconti.it/attivita/uffici\\_centrali/sezioni\\_riunite\\_sede\\_controllo/rapporto\\_finanza\\_pubblica](http://www.corteconti.it/attivita/uffici_centrali/sezioni_riunite_sede_controllo/rapporto_finanza_pubblica).

In dottrina sul tema del costante aumento della povertà e delle diseguaglianze sociali v. PIANTA (2017); CASAMASSIMA, VIVALDI (2018).

<sup>13</sup> V. DURKHEIM (1893).

solidaristiche ed eguaglianza, concepita quale principio posto alla base della mobilità sociale.

Il nesso individuato a livello sociologico tra coesione sociale, solidarietà ed eguaglianza in senso sostanziale costituisce un fattore imprescindibile anche al fine di riconoscere rilevanza giuridica alla coesione sociale. Tale nesso appare particolarmente evidente a livello interno, tuttavia esso è ricostruibile anche a livello europeo con conseguenze significative alla luce dell'attuale contesto pandemico in cui il principio di solidarietà si pone alla base degli strumenti di assistenza disposti<sup>14</sup>.

Volendo procedere con ordine nel fornire un inquadramento giuridico alla coesione sociale, è possibile evidenziare come la coesione sia testualmente richiamata nella Costituzione italiana all'art. 119, c. 6, là dove sancisce che «per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni»<sup>15</sup>. Tale previsione, che richiama istanze di coesione, è riconducibile a finalità di perequazione che hanno, poi, trovato attuazione a livello legislativo nella L. n. 42/2009 e nel D.Lgs. n. 88/2011.

Nonostante il puntuale richiamo dell'art. 119, c. 6, Cost. alla coesione non è possibile affermare che essa limiti il proprio ambito di operatività alla materia finanziaria. Al contrario, è possibile ritenere che il riconoscimento a livello giuridico della coesione sociale discenda da diverse disposizioni costituzionali<sup>16</sup>. In particolare, è possibile riconoscere la rilevanza giuridica della coesione sociale sulla base del principio di eguaglianza in senso sostanziale di cui all'art. 3, c. 2, Cost. Invero, là dove tale articolo riconosce «il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», esso persegue la realizzazione di una società maggiormente coesa. Tale coesione non deve pe-

<sup>14</sup> In relazione alla sfera di operatività del principio di solidarietà nell'ambito delle misure europee predisposte in occasione della crisi pandemica v. ROSANÒ (2020); NEERGAAD, DE VRIES (2020); MARCHESE (2021).

<sup>15</sup> In dottrina per un commento a tale disposizione v. GALLO (2002); CORALI (2010); DI MARIA (2013).

<sup>16</sup> Sulla rilevanza costituzionale della coesione sociale in dottrina v. per tutti CAMERLENGO (2015).

rò essere intesa alla stregua di un livellamento tra i consociati giacché una simile interpretazione si porrebbe in contrasto con la piena realizzazione della personalità dei singoli individui, bensì quale riconoscimento di pari opportunità attraverso la rimozione degli ostacoli ed il contrasto a forme di esclusione e di emarginazione.

In questa prospettiva la coesione sociale diviene garanzia di dinamismo e di mobilità sociale in favore dei soggetti maggiormente capaci e meritevoli. È, dunque, possibile riconoscere rilevanza giuridica al concetto di coesione sociale sulla base di una lettura costituzionalmente orientata. Tuttavia, come già precisato la coesione sociale ha acquisito rilevanza sul piano giuridico non solo a livello interno, bensì anche europeo<sup>17</sup>.

A livello europeo la coesione sociale era richiamata già dal Trattato istitutivo della Comunità europea all'art. 158 là dove prevedeva che «per sancire uno sviluppo armonioso dell'insieme della Comunità, questa sviluppa e prosegue la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economica e sociale. In particolare, la Comunità mira a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite o insulari, comprese le zone rurali». Tale previsione in materia di coesione è stata ampliata a seguito del Trattato di Lisbona che all'art. 174 TFUE ha disciplinato non solo la coesione economica e sociale, ma anche territoriale avendo riguardo alle zone rurali, alle zone interessate da transizione industriale ed alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali. La coesione, declinata sotto il profilo sociale, economico e territoriale, rappresenta dunque un obiettivo consolidato delle politiche dell'Unione. Essa è perseguita attraverso i fondi strutturali e fondi *ad hoc*, tra cui è possibile richiamare il Fondo sociale europeo in materia di occupazione ed il Fondo europeo di sviluppo regionale.

Le politiche di coesione, pur essendo consolidate nello scenario europeo, hanno subito un'importante evoluzione nel corso degli anni più recenti. In particolare, a partire dal 2014 l'erogazione dei fondi destinati a realizzare le politiche di coesione è stato legato al rispetto dei parametri contenuti nel *Six Pack* in tema di riduzione del deficit e del debito pubblico<sup>18</sup>.

Un'ulteriore evoluzione delle politiche di coesione può essere registrata

<sup>17</sup> In dottrina sulla coesione sociale nell'ordinamento europeo v. PREDIERI (1996); BALBONI (2001); URSINO (2000); ALES (2007); SPAGNUOLO (2010); NOTARMUZI (2014); CARCHIDI (2013).

<sup>18</sup> Il *Six Pack* è costituito dall'insieme dei Regolamenti 1173, 1174, 1175, 1176 e 1177/2011 e dalla Direttiva 2011/85/UE.

in occasione della crisi pandemica. La coesione sociale ricopre infatti un ruolo importante all'interno degli strumenti previsti dalle Istituzioni europee per la ripresa post-pandemica e, in specie, nell'ambito del *Next Generation EU*. L'attenzione dedicata alle politiche di coesione da parte di quest'ultimo programma sarà oggetto di approfondimento nel successivo paragrafo, ciò che vale qui la pena evidenziare è come sin dai primi mesi seguenti la dichiarazione dello stato di pandemia da parte della Organizzazione Mondiale della Sanità sia stata chiara alle Istituzioni europee la necessità di intervenire al fine di garantire la coesione sociale a fronte del rischio di crescenti asimmetrie e nuovi fenomeni di emarginazione<sup>19</sup>. Alla luce di quanto fin qui osservato appare, inoltre, possibile evidenziare come la coesione sociale da concetto di matrice sociologica sia ormai divenuto un concetto stabilmente acquisito dagli ordinamenti giuridici, presentando uno stretto legame tanto con il principio di solidarietà quanto con il principio di eguaglianza.

### **3. Le declinazioni della coesione sociale nell'ambito del *Next Generation EU* e dei piani nazionali per la ripresa e la resilienza predisposti dall'Italia, dalla Spagna e dalla Francia**

Le politiche volte a realizzare una maggiore coesione sociale assumono, invero, una peculiare rilevanza nell'ambito degli strumenti predisposti in sede europea al fine di promuovere la ripresa in fase post-pandemica<sup>20</sup>. In particolare, la coesione sociale rientra tra le finalità perseguite dal *Next Generation EU*, quale programma per il rilancio dello spazio europeo nel lungo periodo adottato dalle Istituzioni europee<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> In relazione alla necessità manifestata dalle Istituzioni europee di intervenire al fine di garantire la coesione sociale si veda il documento elaborato nel mese di aprile 2020 dalla Commissione europea, *Una tabella di marcia per la ripresa. Verso un'Europa più resiliente, sostenibile ed equa*, consultabile in [https://www.consilium.europa.eu/media/43414/20200421-roadmap--recovery\\_it.pdf](https://www.consilium.europa.eu/media/43414/20200421-roadmap--recovery_it.pdf).

<sup>20</sup> In tema, v. OTTAVIANO (2020).

<sup>21</sup> Il *Next Generation EU* è stato disposto dalle Istituzioni europee a seguito di un lungo e complesso iter che ha portato alla sua definizione. In particolare, a seguito della riunione del Consiglio europeo del 26 marzo 2020 l'Eurogruppo è stato invitato a presentare delle proposte per fronteggiare la crisi pandemica. A fronte di tale sollecitazione, l'Eurogruppo nella riunione del 7-9 aprile 2020 ha individuato una serie di strumenti al fine di realizzare un pronto intervento, tra i quali è stata per la prima volta proposta l'istituzione di un fondo per la ripresa europea nel lungo periodo. Le proposte dell'Eurogruppo sono state accolte all'esito della riunione del Consiglio europeo del 23 aprile 2020. In particolare, all'esito di tale vertice il Consi-



Il richiamo alla coesione sociale nell'ambito di tale programma appare particolarmente significativo considerando che il *Next Generation EU*, ancorando l'erogazione delle risorse alla realizzazione di investimenti e riforme durature in ambito economico e sociale, costituisce espressione di una comune progettualità europea.

Le direttrici di tale progettualità sono delineate nell'ambito delle iniziative in cui si articola tale programma, avente un importo complessivo di 750 miliardi di euro. Volendo schematizzare, al *Next Generation EU* appaiono riconducibili tre linee di investimento. Una prima linea è volta a finanziare la realizzazione di riforme ritenute prioritarie. Ad essa sono riconducibili il *New Recovery and Resilience Facility*, l'iniziativa *REACT-EU*, il *Just Transitional Fund* e l'*European Agricultural fund for Rural Development*. Ad una seconda linea di finanziamento, volta a sostenere le imprese, sono riconducibili il *Solvency Support Instrument*, il fondo *InvestEU* e lo *Strategic Investment Facility*. Infine, rientrano in una terza linea di finanziamenti le misure necessarie per rafforzare la tutela della salute, come il programma *EU4Health*, e gli investimenti nel settore della ricerca realizzati tramite il programma *Horizon Europe*.

In relazione al tema della coesione sociale le linee di finanziamento che vengono in rilievo sono riconducibili al programma *REACT-EU* ed al *New Recovery and Resilience Facility*. La denominazione *REACT-EU* costituisce, per l'appunto, l'acronimo di *Recovery Assistance for Cohesion and the Territories of Europe*. Tale linea di finanziamento si propone di essere un sostegno, in *primis*, per l'erogazione di servizi sanitari, per i lavoratori e per le piccole e medie imprese. Nell'ambito di tale iniziativa le Istituzioni europee hanno provveduto a stanziare 47,5 miliardi di euro in favore degli Stati membri e delle Regioni più duramente colpite dal Covid-19.

Le politiche volte a perseguire la coesione sociale hanno, altresì, trovato riscontro nell'ambito del *New Recovery and Resilience Facility*. Tale programma, interamente finanziato da prestiti contratti dalla Commissione europea sui mercati finanziari e garantiti dal bilancio UE 2021-2027, si propone

glio europeo ha conferito l'incarico alla Commissione europea di articolare entro la data del 27 maggio 2020 una proposta concernente un piano di aiuti per la ripresa. Pertanto, la Commissione europea ha proposto un programma di ampio respiro per la ripresa, denominato *Next Generation EU*, per un importo pari a 750 miliardi di euro. A fronte della proposta presentata dalla Commissione europea alla fine del mese di maggio, solo al termine del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 è stato possibile raggiungere un accordo al fine di procedere all'istituzione del programma *Next Generation EU* e, nell'ambito di questo, del *Recovery and Resilience Facility*.

di sostenere la realizzazione di piani di riforme nazionali che perseguano gli obiettivi individuati dal Semestre europeo e contribuiscano al rilancio economico, al rafforzamento della coesione sociale, alla transizione ecologica ed a quella digitale<sup>22</sup>.

L'erogazione delle risorse presenta, dunque, un nesso di condizionalità con la realizzazione delle riforme indicate dai piani di ripresa nazionali<sup>23</sup>. Tali piani, nella loro formulazione definitiva, dovranno essere presentati alle Istituzioni europee entro il 30 aprile 2021 e saranno oggetto di valutazione da parte della Commissione europea entro due mesi dalla presentazione e successivamente di approvazione ad opera del Consiglio a maggioranza qualificata.

In particolare, la Commissione europea sarà chiamata a valutare l'effettiva attitudine dei piani nazionali a perseguire gli obiettivi prefissati. Di particolare interesse in relazione a tale profilo si presenta la valutazione dell'idoneità a realizzare gli obiettivi individuati dal Semestre europeo. Tale richiamo, infatti, ribadisce quel nesso che le Istituzioni europee hanno inteso creare tra il *Next Generation EU*, il bilancio europeo ed il Semestre europeo al fine di garantire la sostenibilità dei piani di rilancio presentati dagli Stati membri<sup>24</sup>. In questa prospettiva il rispetto degli impegni finanziari sembra

<sup>22</sup> Nell'ambito del *New Recovery and Resilience Facility* è possibile distinguere sei obiettivi: la *green transition*, la *digital transformation*, la crescita sostenibile e inclusiva, la coesione sociale e territoriale, la tutela della salute e le politiche a favore delle generazioni future.

A tal riguardo, vale la pena richiamare le parole impiegate dalla Commissione europea nella sua proposta del 28 maggio 2020 di regolamentazione del *Next Generation EU* secondo cui: «*The facility will offer large-scale financial support for investments and reforms that make Member State economies more resilient. Crucially, it will ensure that these investments and reforms focus on the challenges and investment needs related to the green and digital transitions. It will help Member States to address economic and social challenges that are even more critical in the aftermath of the crisis, in various areas such as social, employment, skills, education, research, innovation and health, but also in areas related to the business environment, including public administration and the financial sector*».

<sup>23</sup> La previsione di una condizionalità legata al perseguimento di specifiche finalità, seppure accompagnata dalla previsione di controlli sulle modalità di spesa delle risorse trasferite, sembra rispecchiare il pensiero di quella dottrina che auspicava per il *Next Generation EU* l'introduzione di una condizionalità basata su obblighi di *disclosure* circa l'allocazione delle risorse, limitazioni quanto al loro utilizzo, nonché «l'individuazione di strategie trasparenti e ragionevolmente fondate affinché la spendita dei fondi ricevuti vada a vantaggio della capacità del sistema economico di partecipare alla competizione sui mercati europei» (così, MOSTACCI (2020).

<sup>24</sup> Il nesso tra il *Next Generation EU* ed il bilancio europeo è talmente stretto che nell'incipit del documento che riassume le conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 è possibile leggere quanto segue: «Next Generation EU e Quadro Finanziario Plurienna-

convertirsi in uno strumento per una piena attuazione di un progetto comune di riforme e di crescita dello spazio europeo.

Oltre ad una valutazione prodromica da parte della Commissione e del Consiglio in relazione agli interventi previsti dai piani nazionali di ripresa, è stato definito un articolato sistema di controlli sull'utilizzo delle risorse erogate e sugli avanzamenti nella realizzazione delle misure enunciate nei piani di riforme<sup>25</sup>. A tal riguardo, si prevede che due volte l'anno in sede di Semestre europeo gli Stati membri riferiscano sui livelli di attuazione dei piani di ripresa. Nell'ambito delle procedure di controllo è stato poi previsto un “*recovery and resilience dialogue*” tra Parlamento europeo e Commissione europea sulla base del quale ogni due mesi la Commissione può essere invitata dal Parlamento europeo a discutere gli avanzamenti dei piani nazionali. Nel caso in cui siano rilevati gravi inadempimenti nell'attuazione dei piani di ripresa, su proposta della Commissione, il Consiglio può sospendere l'erogazione dei finanziamenti.

Simili controlli sono volti a garantire una corretta allocazione delle risorse ed una effettiva realizzazione delle misure previste dai piani nazionali. Tra gli obiettivi perseguiti dal *New Recovery and Resilience Facility*, come già detto, rientra la coesione sociale. Invero, gli investimenti per la coesione sociale rappresentano una priorità per lo spazio europeo in ragione dei crescenti divari economici e sociali, delle forme di emarginazione e di impoverimento determinati dalla crisi pandemica. Come già precisato, infatti, la Commissione europea già nel mese di luglio 2020 aveva stimato una perdita dei posti di lavoro nello spazio dell'Unione europea pari al 9%. A fronte di questi dati, l'adozione di misure volte a contrastare simili effetti appare imprescindibile.

Dunque, sebbene nell'ambito del *New Recovery and Resilience Facility* il 37% delle risorse trasferite siano vincolate al perseguimento di obiettivi climatici ed un ulteriore 20% sia destinato alle spese per la *digital transition*, indubbiamente gli investimenti per la coesione sociale costituiscono un'importante voce di spesa.

In questo contesto devono essere collocate le misure dei piani nazionali

le sono indissociabili. Abbiamo bisogno dello sforzo per la ripresa per rispondere con rapidità ed efficacia a una sfida temporanea, ma questo potrà dare i risultati auspicati ed essere sostenibile soltanto se associato e in armonia con il tradizionale QFP, che dal 1988 plasma le nostre politiche di bilancio e offre una prospettiva a lungo termine».

<sup>25</sup> Per tale disciplina v. Regolamento UE/2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

per la ripresa e la resilienza volte a promuovere la coesione sociale. Al fine di comprendere attraverso quali strumenti gli Stati membri intendono attuare l'obiettivo della coesione sociale occorrerà, dunque, analizzare quanto previsto dai piani nazionali per la ripresa. A tal riguardo, nel prosieguo, procederemo a comparare gli interventi in tema di coesione sociale disposti dal piano per la ripresa spagnolo, da quello francese e dal piano per la ripresa italiano nella sua più recente formulazione<sup>26</sup>.

Nei richiamati ordinamenti, infatti, grande attenzione alla sfera sociale è stata dedicata sin dalle prime fasi della crisi pandemica tanto per quanto riguarda la tutela dei lavoratori sia per quanto concerne la previsione di misure di assistenza e di previdenza sociale. Appare, pertanto, interessante verificare se i piani nazionali per la ripresa si siano posti in linea di continuità o meno con le misure adottate nella prima fase della crisi pandemica.

Nell'ordinamento spagnolo l'impiego delle risorse derivanti dal *New Recovery and Resilience Facility* è stato definito dal *Plan España Puede - Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, a cui sono stati affiancati il *Plan España Digital 2025*, il *Plan de modernización de la Formación Profesional*, il *Plan de choque para la ciencia y la innovación*, il *Plan de impulso para el sector turístico*, il *Plan de impulso de la cadena de valor de la industria de la automoción*.

Nell'ambito di tali piani di riforme il *Plan España Puede* assume un ruolo portante<sup>27</sup>. Esso raccoglie le conclusioni presentate il 22 luglio 2020 dalla Commissione parlamentare per la Ricostruzione Sociale ed Economica, costituita in seno al *Congreso de los Diputados*.

In via preliminare tale piano, oltre ad evidenziare l'impatto economico-finanziario della pandemia nell'ordinamento spagnolo, illustra i criteri che ne hanno guidato la redazione. Nell'ambito di questi ultimi un ruolo centrale è rivestito dalla giustizia intergenerazionale: quest'ultima, infatti, impone che l'aumento del debito pubblico sia funzionale alla realizzazione di investimenti e sia suscettibile di produrre utilità future<sup>28</sup>. Un simile approccio appare

<sup>26</sup> Per quanto concerne il piano di ripresa e resilienza italiano sono attualmente allo studio le modifiche da apportarvi a seguito dei rilievi avanzati dalle Istituzioni europee e dei recenti accadimenti politici che hanno condotto il Prof. Mario Draghi ad assumere la carica di Presidente del Consiglio dei Ministri. Pertanto, nel prosieguo si svolgeranno limitate osservazioni con riguardo alla formulazione del piano nazionale di ripresa e resilienza oggetto di approvazione da parte del Consiglio dei Ministri in data 12 gennaio 2021.

<sup>27</sup> Tale piano può essere consultato in <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/espana-puede.aspx>

<sup>28</sup> In tema di giustizia intergenerazionale v. BIFULCO (2008). Sul rapporto tra debito pubblico e responsabilità intergenerazionale v. da ultimo BARTOLUCCI (2020).

più che ragionevole, avrebbe infatti poco senso limitarsi all'adozione di misure con effetti nell'immediato ma senza alcuna prospettiva futura.

Quanto agli obiettivi perseguiti il piano spagnolo individua quattro linee guida: la transizione digitale, la transizione ecologica, l'uguaglianza di genere, la coesione sociale e territoriale.

Analizzando le misure attraverso le quali tali obiettivi sono soddisfatti è possibile evidenziare come la coesione sociale sia perseguita non solo attraverso misure appositamente disposte, bensì anche tramite le azioni intraprese al fine di realizzare la transizione digitale e l'uguaglianza di genere. Quest'ultima, infatti, pur costituendo un autonomo obiettivo del piano spagnolo appare inscindibilmente connessa alla coesione sociale.

Per quanto concerne il nesso tra azioni volte a realizzare la transizione digitale e politiche di coesione sociale, sembra importante porre in rilievo come il miglioramento del livello di digitalizzazione del Paese sia suscettibile di contribuire ad una maggiore coesione sociale in quanto agevola i collegamenti, favorisce la prestazione di servizi e crea nuove opportunità di lavoro nelle zone spopolate e rurali del Paese. La transizione digitale, dunque, contribuisce a realizzare una maggiore coesione sociale.

La trasversalità del tema della coesione sociale emerge, altresì, esaminando le azioni previste in relazione all'obiettivo dell'uguaglianza di genere. Il piano per la ripresa spagnolo si propone, infatti, di perseguire l'uguaglianza di genere attraverso il contrasto alle discriminazioni, che sono declinate sia come discriminazioni nei confronti delle donne sia quali discriminazioni nei confronti dei giovani. Le donne ed i giovani sono infatti individuati alla stregua di categorie rese ancor più vulnerabili dalle conseguenze della crisi pandemica.

Le misure di contrasto alle discriminazioni si propongono di incidere tanto sulle discriminazioni sociali quanto sulle discriminazioni in ambito lavorativo. In relazione a quest'ultimo profilo sia consentito rilevare come le misure volte ad incentivare l'inserimento nel tessuto economico-produttivo delle donne e dei giovani si traducono in ultima istanza in misure volte a favorire la coesione sociale, arginando situazioni di vulnerabilità e di dipendenza economica.

Per quanto concerne, invece, le misure disposte specificamente in relazione all'obiettivo della coesione sociale è possibile distinguere quattro ambiti di intervento: il settore dell'istruzione, la sanità, la sicurezza sociale e l'assistenza agli anziani.

In relazione a questi quattro ambiti di intervento la sicurezza sociale costituisce il settore nel quale si registrano gli interventi di maggior rilievo. Se-

gnatamente, il modello spagnolo si caratterizza per aver ricompreso nel *Plan España puede* talune misure disposte nei primi mesi della crisi pandemica. In particolare, sono ricondotti al piano per la ripresa l'*Ingreso Mínimo Vital*, nonché le misure tramite le quali si è inteso riformare l'*Expediente de Regulación Temporal de Empleo*. La riconduzione di simili misure al piano per la ripresa nazionale, per un verso, garantisce la possibilità di sostenere il loro finanziamento, per altro verso solleva interrogativi in merito al rispetto del principio enunciato in apertura del piano spagnolo secondo il quale le misure che determinano un ulteriore indebitamento devono essere funzionali a creare utilità future. Ad ogni modo, la riconduzione al *Plan España puede* di misure introdotte sin dai primi mesi della crisi pandemica evidenzia come tali piani abbiano rappresentato lo strumento per stabilizzare le misure ritenute maggiormente efficaci.

Profili comuni a quelli evidenziati in relazione al piano di rilancio spagnolo si riscontrano nel piano francese per la ripresa e la resilienza. Il 3 settembre 2020 il Primo Ministro francese ha presentato il piano "*France Relance*", definendolo come un piano «verde, sociale e territoriale»<sup>29</sup>. Le priorità individuate dal piano di rilancio sono: l'ecologia, la competitività e la coesione. Ciascuna di tali linee direttrici trova, poi, concretizzazione in specifici interventi.

Tra le tre richiamate linee di intervento, tuttavia, la coesione costituisce la finalità per la cui realizzazione sono state previste misure più articolate. Entrando nel dettaglio delle misure previste dal piano francese nell'ambito della coesione, è possibile segnalare lo stanziamento di ingenti investimenti nel settore sanitario, la riproposizione delle misure già previste dal piano "*1 jeune, 1 solution*", la previsione di forme di sostegno rafforzate per i soggetti diversamente abili, la maggiorazione dell'importo erogato nell'ambito dell'*Allocation pour le rentrée scolaire*, la predisposizione di piani di sostegno per le persone senza fissa dimora e, più in generale, di piani di contrasto alla povertà.

Come è possibile notare, le misure riconducibili all'obiettivo della coesione determinano un rafforzamento della tutela sociale, anche in ragione dei più elevati livelli di povertà causati dalla crisi economica seguita alla pandemia. Tali misure hanno iniziato a trovare attuazione già a partire dal mese di settembre 2020.

Analizzando le misure di coesione previste dal piano francese è poi possibile rilevare che sono state ricondotte a tale finalità non solo misure indivi-

<sup>29</sup> Il piano *France Relance* può essere consultato in <https://www.gouvernement.fr/france-relance>.

duate *ex novo*, bensì anche taluni interventi adottati durante i primi mesi della pandemia. È questo, per esempio, il caso del programma “*1 jeune, 1 solution*” volto a promuovere l’occupazione giovanile, nonché della maggiorazione dell’importo dell’*Allocation pour le rentré scolaire* (ARS) quale prestazione volta a far fronte alle spese scolastiche sostenute dai nuclei familiari in situazione di difficoltà<sup>30</sup>.

Analogamente a quanto previsto dal piano per la ripresa spagnolo, è inoltre possibile riscontrare una significativa attenzione rivolta ai giovani. Invero, la coesione nell’ambito del piano *France Relance* ha seguito una duplice declinazione: una coesione intergenerazionale ed una coesione territoriale. L’obiettivo di realizzare una maggiore coesione intergenerazionale nasce dalla constatazione che i giovani, da un lato, costituiscono una delle categorie maggiormente colpite dalle conseguenze economico-finanziarie della pandemia, ma dall’altro lato sono i soggetti chiamati ad essere tra i principali attori della ripresa.

Per quanto riguarda, invece, il piano italiano di rilancio, denominato per l’appunto Piano nazionale di Ripresa e Resilienza, esso è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 gennaio 2021, tuttavia in ragione delle osservazioni pervenute dalle Istituzioni europee e delle vicissitudini politiche che hanno portato alle dimissioni del Presidente del Consiglio Giuseppe Conte ed al conferimento di un nuovo incarico al Prof. Mario Draghi se ne prevede una parziale riformulazione<sup>31</sup>.

Al momento, dunque, sarà possibile svolgere esclusivamente qualche breve riflessione comparativa in relazione al testo del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza approvato dal Consiglio dei Ministri nel mese di gennaio.

<sup>30</sup> La maggiorazione di tale prestazione era stata già disposta dal Governo a mezzo del Décret 5 agosto 2020, n. 985.

<sup>31</sup> L’elaborazione del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza italiano, alla luce degli ultimi accadimenti politici, presenta invero dei ritardi rispetto alla definizione del piano nazionale per la ripresa spagnolo ed a quello francese, resi pubblici rispettivamente già nel mese di ottobre e di settembre 2020. In relazione all’iter che ha condotto all’approvazione da parte del Consiglio dei Ministri del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza il 12 gennaio 2021 è possibile rilevare che dal mese di agosto 2020 il coordinamento dei lavori per la stesura del PNRR era stato assunto dal Comitato interministeriale per gli Affari Europei (CIAE), che aveva a sua volta incaricato il Comitato Tecnico di Valutazione (CTV) di gestirne operativamente i lavori. Nel mese di settembre, il CIAE ha approvato una proposta di Linee Guida per la redazione del PNRR, che è stata sottoposta all’esame del Parlamento italiano. Conseguentemente, il 13 e 14 ottobre 2020 le Camere si sono pronunciate con un atto di indirizzo, che ha invitato il Governo a predisporre il Piano, garantendo un ampio coinvolgimento anche del settore privato e degli enti locali.

Tale piano si sviluppa lungo tre assi: digitalizzazione, transizione ecologica e inclusione sociale. Attraverso le misure riconducibili a tali linee di intervento si persegue l'obiettivo di intervenire su aspetti ritenuti prioritari per la ripresa nazionale, quali la parità di genere, l'accrescimento delle competenze, della capacità e delle prospettive occupazionali dei giovani, il riequilibrio territoriale e la coesione sociale, con particolare attenzione al Mezzogiorno. In maniera significativa, infatti, il Piano rileva come in relazione alle donne, ai giovani e al Sud si registrino le «maggiori disuguaglianze di lungo corso e i maggiori fabbisogni di investimento».

Il nesso di strumentalità tra le misure individuate nell'ambito della digitalizzazione, della transizione ecologica e della inclusione sociale e gli obiettivi concernenti la parità di genere, le prospettive occupazionali dei giovani ed il riequilibrio territoriale vale ad evidenziare una particolare attenzione alla coesione sociale e territoriale all'interno del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza. La coesione è infatti perseguita non solo attraverso le misure disposte in relazione all'asse dell'inclusione sociale, bensì anche tramite gli interventi previsti nell'ambito della digitalizzazione e della transizione ecologica. Tale profilo non deve sorprendere, considerando che valutazioni analoghe sono state compiute dal piano di rilancio spagnolo per quanto concerne gli effetti della digitalizzazione sullo sviluppo e sul recupero delle aree rurali e spopolate della Spagna.

Per quanto concerne la struttura del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, è possibile evidenziare come esso si presenti articolato su più livelli rispetto al piano spagnolo ed a quello francese. In particolare, il piano italiano prevede che i tre assi strategici (digitalizzazione, transizione ecologica e inclusione sociale) siano perseguiti attraverso sei missioni, che a loro volta raggruppano sedici componenti funzionali a realizzare gli obiettivi economico-sociali definiti nella strategia del Governo. Le componenti, a loro volta, si articolano in quarantotto progetti. Come appare evidente si tratta di un agenda di riforme particolarmente articolata.

Considerata la possibilità che siano apportate significative modifiche al Piano in ragione dei mutamenti politico-istituzionali in atto non sembra opportuno approfondire i singoli progetti, mentre vale la pena svolgere qualche considerazione in relazione alle sei missioni. Queste ultime sono articolate per aree "tematiche" di intervento e sono enucleabili come segue: digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione; salute.

Dunque, sebbene la coesione, come detto, sia perseguita in maniera tra-



sversale dalle differenti misure predisposte nel Piano, è possibile riscontrare una missione *ad hoc* nell'ambito della quale sono previsti interventi volti a riformare il mercato del lavoro al fine di migliorare le opportunità di occupazione delle donne, dei giovani e in generale dei soggetti vulnerabili, a supportare le famiglie e la genitorialità, nonché le persone con forme di disabilità. Inoltre, alla missione dell'inclusione e della coesione sono riconducibili interventi finalizzati a realizzare investimenti infrastrutturali nelle aree maggiormente svantaggiate del Paese.

Quali principali destinatari delle misure in tema di coesione sociale sono individuati, in maniera analoga a quanto previsto dal piano spagnolo, le donne ed i giovani. Tuttavia, rispetto alle misure previste dal piano spagnolo e da quello francese è possibile evidenziare come il piano italiano non dia luogo a riforme di sistema in tema di coesione sociale. Ulteriore caratteristica che vale a distinguere il piano italiano da quello spagnolo e da quello francese è la mancata riconduzione allo stesso di misure adottate in occasione della crisi pandemica. Quest'ultimo profilo rinviene la propria spiegazione nel carattere puntuale e temporaneo delle misure adottate dal Governo italiano al fine di fare fronte alle conseguenze della crisi pandemica.

In definitiva, la tutela della coesione sociale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, pur essendo perseguita in maniera diretta e indiretta attraverso una vasta trama di misure, potrebbe essere ulteriormente rafforzata considerando sia le risorse specificamente destinate alla stessa sia l'opportunità di operare riforme di ampio respiro.

#### **4. Le scelte di lungo periodo in nome della coesione sociale e della responsabilità intergenerazionale**

Giunti alla conclusione di questo studio sembra opportuno svolgere qualche riflessione finale in relazione al ruolo riconosciuto alla coesione sociale nell'ambito del *Next Generation EU* e dei piani nazionali per la ripresa e la resilienza.

La coesione sociale, alla luce di quanto esposto, sembra connotarsi quale profilo centrale tanto nell'ambito delle misure adottate al fine di contrastare nell'immediato le conseguenze della crisi pandemica quanto nei piani di ripresa volti a definire il percorso dello spazio europeo nel lungo periodo. Le ragioni della centralità della coesione sociale sono agevoli da intuire e trovano un riscontro immediato nelle stime elaborate dalle Istituzioni europee in relazione alle conseguenze della crisi pandemica sul PIL dei singoli Stati, sui

livelli di disoccupazione nell'eurozona, sul tasso di popolazione in stato di povertà ovvero a rischio di povertà.

Al fine di arginare le conseguenze economico-sociali della crisi pandemica la coesione sociale diviene, dunque, un tema centrale ed in quanto tale si caratterizza alla stregua di un tema trasversale nell'ambito dei piani nazionali per la ripresa. Il carattere trasversale della coesione sociale è agevolmente comprensibile là dove si rifletta sugli effetti che sono suscettibili di produrre, per esempio, le misure volte ad incentivare la digitalizzazione delle imprese o la realizzazione di nuove infrastrutture. Simili investimenti volti a sostenere il tessuto economico presentano un innegabile impatto anche a livello sociale, consentendo altresì il recupero dei territori più svantaggiati.

Ulteriore caratteristica che emerge dall'analisi svolta, concerne la tendenza manifestata dall'ordinamento spagnolo e da quello francese a stabilizzare all'interno dei piani nazionali per la ripresa le misure poste a tutela del tessuto sociale adottate a livello statale nei primi mesi della crisi pandemica. I piani di ripresa si pongono, quindi, in linea di continuità con un cammino di riforme iniziato già nei primi mesi della pandemia.

In relazione a tale profilo è possibile evidenziare come nell'ordinamento italiano gli interventi per fronteggiare la crisi pandemica si siano caratterizzati per essere interventi puntuali e con effetti limitati nel tempo, mentre le prospettive di lungo periodo sono state interamente affidate al piano nazionale per la ripresa. A tal riguardo, vale la pena evidenziare come il *Next Generation EU* ed i piani di ripresa nazionali rappresentino delle significative opportunità al fine di operare riforme di ampio respiro ed eventualmente attuare un ripensamento dei sistemi di sicurezza sociale.

Ancora, all'esito dell'analisi svolta in relazione ai piani nazionali per la ripresa è possibile rilevare come questi individuino al medesimo tempo quali destinatari delle misure disposte e principali attori della ripresa le donne ed i giovani. Una simile individuazione dei destinatari appare particolarmente interessante in quanto tali categorie sono individuate tra i soggetti maggiormente lesi dalle conseguenze della crisi pandemica, eppure è attribuito loro un ruolo centrale al fine di attivare una ripartenza economica e sociale.

A tal riguardo, viene in rilievo il tema della responsabilità intergenerazionale. Tale tema, in realtà, è sotteso all'intero impianto del *Next Generation EU* e dei piani nazionali di rilancio. Nell'ottica della responsabilità intergenerazionale, infatti, si richiede che le risorse trasferite siano impiegate al fine di determinare utilità future e, dunque, siano spese allo scopo di realizzare riforme ed investimenti. Il tema della responsabilità intergenerazionale costituisce, poi, l'interrogativo di fondo sotteso a simili piani.

La domanda di fondo concerne, infatti, il modello di Unione europea che si intenda delineare per le future generazioni. Emerge qui la dimensione di una comune progettualità europea sottesa al programma *Next Generation EU* ed ai piani nazionali per la ripresa e la resilienza. Nell'ambito di tale comune progettualità la coesione sociale assume un ruolo centrale al fine di intraprendere il cammino per la realizzazione di uno spazio europeo maggiormente coeso ed attento alle istanze sociali.

### Riferimenti bibliografici

- ALES, E. (2007), *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 251;
- BALBONI, E. (2001), *Il principio della coesione economica e sociale nell'ordinamento comunitario e nella recente esperienza dell'Unione*, in *La difficile Costituzione europea*, a cura di U. DE SIERVO, Bologna: Il Mulino, 19;
- BARTOLUCCI, L. (2020), *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 8 aprile 2020;
- BARTOLUCCI, L. (2020), *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso generazioni future*, Padova: Cedam, 2020;
- BIFULCO, R. (2013), *Diritto e generazioni future: problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano: FrancoAngeli;
- CAMERLENGO, Q. (2015), *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, 2;
- CARCHIDI, C.R. (2013), *La "coesione" sociale nell'Unione europea*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 44, 46;
- CARMONA CUENCA, E. (2020), *El derecho a mínimo vital, la renta básica y las rentas mínimas de inserción*, in *Agenda Pública*, 28 aprile 2020;
- CASAMASSIMA V., VIVALDI E. (2018), *Ius existantiae e politiche di contrasto alla povertà*, in *Quad. cost.*, 1, 115;
- CIDONCHA MARTÍN, A. (2020), *Coronavirus y libertad de empresa*, in *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, a cura di P. Biglino Campos, F. Durán Alba, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad;
- CORALI, E. (2010), *Federalismo fiscale e Costituzione*, Milano: Giuffrè;
- CUOCOLO, L. (2020) (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, aggiornato al 5 maggio 2020,

- DI MARIA, R. (2013), *Autonomia finanziaria e decentramento istituzionale: principi costituzionali, strumenti e limiti*, Torino: Giappichelli;
- DURKHEIM, È (1893), *De la division du travail social*, Parigi;
- FASONE, C. (2020), *Le conclusioni del Consiglio europeo straordinario del 21 luglio 2020: una svolta con diverse zone d'ombra*, in *diritticomparati.it*;
- GALLO, F. (2002), *Prime osservazioni sul nuovo art. 119 Cost.*, in *Rass. Trib.*, 590;
- MARCHESE, C. (2020), *La garanzia dei diritti alla prova della pandemica. Considerazioni comparatistiche sull'intervento statale alla luce del contesto europeo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2;
- MARCHESE, C. (2021). *Il ruolo dello Stato a fronte dell'emergenza pandemica e le risposte elaborate in sede europea: la garanzia dei diritti ed il rilancio economico alla luce del rapporto tra condizionalità e solidarietà*, in *Rivista AIC*, 1, 232;
- MOSTACCI, E. (2020), *La terza onda. L'Unione europea di fronte alle conseguenze economiche della pandemia*, in *DPCE online*, 2;
- NEERGARD U., DE VRIES S. (2020), *"Whatever is necessary... will be done" – Solidarity in Europe and the Covid-19 Crisis*, in *EU Law live*, 24 aprile 2020;
- NOTARMUZI, C. (2014), *Le politiche di coesione e la gestione dei fondi strutturali europei nella programmazione 2014-2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 563;
- OTTAVIANO, I. (2020), *Il ruolo della politica di coesione sociale, economica e territoriale dell'Unione europea nella risposta alla COVID-19*, in *Eurojus*, 3, 123;
- PIANTA, M. (2017), *Diseguaglianze: le ragioni del loro aumento, le politiche che mancano*, in *costituzionalismo.it*;
- PREDIERI, A. (a cura di) (1996), *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione europea*, Milano: Giuffrè;
- ROSANÒ, A. (2020), *Le conseguenze economiche del Coronavirus e la battaglia sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027: alla ricerca di un principio di solidarietà europea*, in *federalismi.it*, 24;
- SALMONI, F. (2020), *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *federalismi.it*, 20;
- SPAGNUOLO, F. (2010), *Attualità, tendenze e prospettive della politica di coesione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 845;
- TOSATO, G.L. (2020), *The Recovery Fund: legal issue*, in *Policy Brief*, 23;

VALENTINO, P., *Coronavirus, il piano eccezionale di Merkel: 550 miliardi per le imprese*, in *Corriere della Sera*, 13 marzo 2020;

WOELK, J. (2020), *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das"*, in *DPCEonline*, 2;

URSINO, C. (2000), *Coesione economica e sociale come politica europea*, in *Dem. dir.*, 151.



INTORNO AL *CRISIS MANAGAMENT* EUROPEO:  
RIFLESSIONI COSTITUZIONALI SUL FUTURO  
DELL'UNIONE A PARTIRE DELLA TUTELA DEI DIRITTI SOCIALI

LUCA DELL'ATTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. I diritti sociali in Europa alla prova dell'emergenza pandemica. – 2. I diritti sociali nella Costituzione e nel diritto primario europeo fra differenze genetiche ed ideologiche. – 3. La gestione europea delle crisi: verso una flessione solidaristica della *governance* economica? – 4. Sciogliere l'antinomia: nel segno di un'Europa politica e sociale.

**1. Introduzione. I diritti sociali in Europa alla prova dell'emergenza pandemica**

L'Unione Europea sta affrontando, per via dell'epidemia da CoVid-19, una delle più gravi crisi dacché esiste come entità sovranazionale. Oltre alla forte pressione cui sono sottoposti i sistemi sanitari di molti Stati europei e ai drammatici numeri di decessi causati – o comunque fortemente favoriti – dal virus, le misure di *lockdown* e di *social distancing* applicate con notevole varietà di intensità e tipologia dai vari governi hanno assestato un duro colpo ai sistemi produttivi di molti Paesi membri, quanto meno paralizzando l'andamento crescente dei relativi cicli economici.

Nonostante la dimensione sventuratamente globale del contagio, la pandemia ha posto in Europa talune criticità davvero peculiari, se raffrontate con altre aree del mondo, in ragione di alcune caratteristiche di quella che si può qualificare come civiltà giuridica europea. Così, la posizione centrale dei diritti cdd. di prima generazione – che senza dubbio inferiscono diffusamente le tradizioni costituzionali europee – ha posto, più intensamente che altrove, il problema autenticamente costituzionale del bilanciamento fra le ragioni di salute pubblica da un lato, e, dall'altro, le libertà fondamentali di circolazione, riunione e associazione e i diritti economici legati alle attività d'impresa, costringendo i governi dei Paesi più colpiti a cercare soluzioni proporzionate volte a contenere il rapido diffondersi del contagio salvaguardando ad un tempo la sfera individuale ed il tessuto produttivo. Molti ordinamenti europei, inoltre, conoscono un solido catalogo di diritti sociali la cui tutela effettiva corrisponde a sistemi di *welfare* difficilmente

eguagliabili che rappresentano il portato più avanzato del costituzionalismo contemporaneo.

Proprio con riguardo ai diritti sociali – già messi duramente alla prova in diversi Stati membri dalla crisi finanziaria ed economica di un decennio fa – l'emergenza pandemica ha esacerbato talune punte di criticità: la difficoltà di tenuta dei sistemi sanitari nazionali nei Paesi più colpiti dal contagio ha mostrato i danni provocati dal depauperamento sistematico del comparto realizzato nell'ultimo decennio; il diffuso ricorso alla cd. didattica a distanza in quei Paesi che hanno optato per la chiusura di scuole e università ha posto il drammatico problema del *digital divide*; i contrasti diffusi fra sindacati e grandi imprese e relative associazioni di categoria hanno posto nuova luce sul problema della sicurezza sul lavoro; lo stop imposto a molte attività ha reso più evidente di quanto non sia in tempi ordinari l'assenza o la debolezza di efficaci strumenti di sostegno al reddito, specialmente per quelle categorie di lavoratori privi di garanzie che popolano la foresta delle forme contrattuali del cd. lavoro flessibile, particolarmente in auge da circa un ventennio.

Non è certo questa la sede per svolgere una completa disamina dell'impatto dell'emergenza sui diritti sociali in Europa, ciò che esigerebbe altro tipo di analisi da un punto di vista teorico e metodologico. Né può tacersi la ricchezza che colora il ventaglio di quelle posizioni giuridiche qualificabili tradizionalmente nel novero dei diritti sociali, una cui prima classificazione di massima fra diritti sociali di prestazione e diritti sociali di libertà rende già la complessità del tema e la varietà con cui gli stessi eventi economici e i medesimi fenomeni politici e giuridici possono impattare su di esse.

Nel riferirsi ai diritti sociali, pertanto, non si avrà riguardo ad un preciso catalogo di singoli diritti ma al complesso di quelle situazioni giuridiche tutelate il cui affiancarsi ai diritti classici di libertà ha determinato il tratto più qualificante della transizione dallo Stato liberale a quello democratico-sociale; ciò che ha determinato, insomma, la consacrazione giuridica – pur senza imbrigliarlo del tutto – del conflitto fra lavoro e capitale, offrendo al primo una tutela rafforzata e incaricando lo Stato di ri-equilibrare, tramite politiche re-distributive, gli eccessi del libero mercato. Quanto all'Unione Europea, dal canto suo, i notevoli sforzi a più riprese perpetrati per approfondirne in termini squisitamente giuridici la vocazione sociale non hanno impedito quella svolta neoliberista impressa al processo d'integrazione comunitaria che ha trovato la sua più vivida concretazione nelle politiche di *austerity* poste in essere per contrastare gli effetti della grave crisi dello scorso decennio.



In considerazione di quanto detto poco sopra circa l'impatto della pandemia da CoVid-19, lo stato dei diritti sociali in Europa appare, allora, una lente ottimale attraverso cui guardare alle prospettive evolutive dell'assetto sociale europeo tramite l'analisi comparata del *crisis management* europeo della crisi della scorsa decade e di quella attuale, nella consapevolezza che, essendo l'ultima in pieno svolgimento, non potranno che offrirsi riflessioni "allo stato degli atti".

Un'analisi che consentirà, di seguito, di discutere della rilevanza cruciale di un piano di garanzia uniforme dei diritti sociali su scala continentale nel segno della costruzione di una "vera cittadinanza europea". A tal fine, apparirà utile dedicare brevi riflessioni alla questione della sovranità, nella convinzione della co-essenzialità del discorso sui diritti sociali e sulla sovranità (FERRAJOLI, 2001), e del futuro comune dell'Europa politica e dell'Europa sociale.

## **2. I diritti sociali nella Costituzione e nel diritto primario europeo fra differenze genetiche ed ideologiche**

Le riflessioni costituzionali che si vogliono offrire per comparare le diverse modalità di gestione delle crisi esigono un breve inquadramento volto a segnalare la distanza, rispetto al contenuto sociale, del diritto primario europeo e della Costituzione italiana. Quest'ultima rappresenta senza dubbio un modello rispetto ad altre costituzioni europee successive, come la spagnola, la portoghese, la greca, che pure si qualificano per un contenuto sociale particolarmente avanzato. In effetti, acuta dottrina, nello svolgere un raffronto fra gli standard di tutela dei diritti sociali predisposta dalle costituzioni europee, ha individuato nelle costituzioni (per così dire) mediterranee un gruppo di carte fondamentali contenenti un catalogo ampio e plurale di diritti sociali i quali, inoltre, godono di protezione costituzionale immediata, paragonabile a quella più diffusamente attribuita ai diritti civili e politici (GAMBINO, 2012b).

Al livello sovranazionale, invece, nonostante risalenti tentativi di dare una più spiccata attenzione alla coesione sociale, posizioni giuridiche soggettive qualificabili, *quoad substantiam*, come diritti sociali compaiono solo con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata col Trattato di Nizza ma come noto elevata anni dopo, dal Trattato di Lisbona, al rango di diritto unionale primario; posizioni che, oltretutto, pagano il prezzo di una certa confusione nella loro codificazione, ad esempio visibile nella colloca-

zione del diritto al lavoro nel capo dedicato alla libertà, assieme alla libertà di attività economica, e non in quelli relativi all'eguaglianza, alla dignità o alla solidarietà (CIOLLI, 2012); posizioni la cui tutela effettiva, in ogni caso ed a maggior ragione dopo la crisi dello scorso decennio, "appare ancora vincolata dall'attuazione del Mercato interno e dalle esigenze prevalenti della stabilità economica" (FARINA, 2018, 147)<sup>1</sup>.

In stretta connessione vanno anche ricordate, nel riparto di competenze fra Unione Europea e Stati membri, l'assenza, in capo alla prima, di attribuzioni esclusive in materia di politiche sociali e la limitatezza di quelle di sostegno, coordinamento e completamento. Un fattore strutturale, questo, che pone limiti di natura istituzionale ad un considerevole avanzamento sul piano sociale delle politiche unionali e che varrebbe altresì, come si è scritto, a depotenziare il tentativo di riaprire il dibattito sul tema *de quo* con la proclamazione interistituzionale del Pilastro europeo dei diritti sociali di Göteborg del 17 novembre 2017 (BALDUZZI, 2018; GIUBBONI, 2017b).

Ma, al di là di queste note considerazioni e nella consapevolezza del funzionamento integrato di un sistema di tutela dei diritti multi-livello, pare qui utile osservare, piuttosto, seguendo autorevoli ricostruzioni dottrinali, la diversa genesi dei cataloghi di diritti sociali statali ed europei: i primi, la cui consacrazione nella Costituzione repubblicana accanto ai diritti cdd. di prima generazione è l'esito di quei processi di rivendicazione sociale che hanno popolato la prima metà del secolo scorso, in cui i partiti di massa d'ispirazione marxista o, comunque, a vocazione sociale e i sindacati hanno svolto un ruolo centrale; i secondi, emersi, invece, dal lavoro delle corti europee, di certo nel tentativo di ampliare (o, per meglio dire, riequilibrare) il novero dei diritti protetti dall'ordinamento comunitario, ma con i limiti propri di un assetto sovranazionale votato a logiche di fondo mercantiliste.

Così, la genesi storico-politica dei primi, che descrive quel poderoso processo costituzionale che segna la transizione dallo Stato liberale a quello democratico-sociale, tratto più qualificante del costituzionalismo moderno, si contrappone alla genesi giurisprudenziale dei secondi che finiscono per essere, allora, diritti a-storici ed a-politici, svincolati da processi storicamente e politicamente condizionati e, pertanto, "diritti senza costituzione" (AZZARITI, 2011, 6-7)<sup>2</sup>. Ne segue, ulteriormente, che, se i primi hanno una profonda connessione con le comunità politiche di riferimento e la loro tutela è primariamente affidata alle istituzioni politiche statali, i secondi, sprovvisti di tali

<sup>1</sup> FARINA, (2018), p. 147.

<sup>2</sup> AZZARITI, (2011), pp. 6-7.

legami, trovano protezione essenzialmente nella giurisdizione (REPETTO, 2016, 12-3)<sup>3</sup>.

La ragione di questa differenza genetica può, a sua volta, essere rintracciata nel diverso fondamento ideologico che, in linea di massima, connota i due processi di codificazione normativa in commento e che ha una vivida proiezione sugli obiettivi più profondi dei relativi assetti istituzionali e, pertanto, sulla loro tensione teleologica di fondo. Da un lato, il più alto compito cui la nostra Costituzione intitola le istituzioni repubblicane consiste – secondo la lettera dell’art. 3, cpv. Cost. – nella rimozione de “gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Di qui la posizione centrale ed il rango di diritti fondamentali attribuito ai diritti sociali che diventano lo strumento giuridico volto alla realizzazione progressiva dell’eguaglianza sostanziale (PINELLI, 2009; LUCIANI, 1995) e, allo stesso tempo, costituiscono altresì il limite di espressione ed esercizio dei diritti proprietari e della libertà economiche. Dall’altro lato, in dottrina si è dato atto del ruolo svolto dalle teorie degli ordo-liberali della Scuola di Friburgo – e, dunque, della loro particolare declinazione delle teorie più genericamente neo-liberiste – nella costruzione delle comunità europee e, specialmente, nella torsione impressa al processo d’integrazione europeo (LUCARELLI, 2019 e 2016; SOMMA, 2018 e 2014), culminata col diritto europeo dell’emergenza dello scorso decennio, ma iniziata ben prima con l’introduzione dei parametri di convergenza fra indicatori macroeconomici, l’unificazione della politica monetaria sceverata da quelle fiscali ed economica, la centralità assiologica della stabilità dei prezzi e della libera concorrenza. Una traccia ideologica di fondo che avrebbe piegato le istituzioni comunitarie prima ed unionali poi alla realizzazione dell’“economia sociale di mercato” (*soziale Marktwirtschaft*) che postula, diversamente dalle più tradizionali dottrine del *laissez faire*, un ruolo attivo del pubblico potere non nel realizzare direttamente politiche re-distributive con cui modificare gli effetti allocativi del libero mercato ma nel perseguire la stabilità dei prezzi e garantire la piena concorrenza, dai quali obiettivi primari dovrebbero derivarne naturalmente effetti re-distributivi. Si tratta, dunque, di una dottrina pur sempre “sociale” perché anela al benessere sociale il quale, tuttavia, non è realizzato direttamente dallo Stato, ma dal mercato concorrenziale. Ecco che, nelle teorie ordo-liberali, “la finalizzazione dell’intervento pubblico

<sup>3</sup> REPETTO, (2016), pp. 12-3.

acquista un significato assai diverso, se non rovesciato, rispetto a quello suggerito dall'art. 3, comma secondo, della nostra Costituzione" (CHESSA, 2016, 21)<sup>4</sup>.

Tali processi – analizzabili in quel filone di studi che osserva la trasformazione dello Stato da “fiscale”, in “debitore” e, poi, “consolidato” (STREECK, 2013) – si collocano perfettamente nel più ampio processo di “ammorbidente delle tecniche di governo che va sotto il nome di *governance*: una modalità adatta a corrispondere a bisogni nuovi, non più tanto di natura politica, ma anche e soprattutto di natura economica” (FERRARESE, 2013, 105)<sup>5</sup>, volto a sostituire progressivamente i “modelli di governo democratico della società, per puntare su modelli in cui la competenza tecnica affianca, fino quasi a esautorarla, la legittimazione politica del potere pubblico” (GUAZZAROTTI, 2020b, 1-2)<sup>6</sup>. Un processo che, sul piano dell'assetto istituzionale dell'UE, ha la sua più chiara ricaduta nell'assetto di governo tecnocratico e formalmente indifferente alle pressioni del decisore politico (continentale o nazionale che sia) della moneta unica.

Delle dinamiche appena riassunte una concreta ricaduta giurisprudenziale è riscontrabile in talune controversie decise dalla Corte di Giustizia dell'Unione alla vigilia dell'approdo in Europa della crisi economico-finanziaria. Si tratta dei noti casi Viking, Laval, Rüffert, e Commissione c. Lussemburgo<sup>7</sup>, copiosamente commentati (ad es. CARABELLI, 2011; BALLESTRERO, 2008; BRONZINI, 2008), con cui la Corte ha bilanciato il diritto di sciopero con la libertà d'impresa non già in ragione di una indicazione giuridica di tendenziale prevalenza del primo sulla seconda (indicazione, del resto, inesistente nell'ordinamento giuridico europeo), ma sulla base di un “indeterminato principio di proporzionalità” (AZZARITI, 2011, 11)<sup>8</sup>. Se si considera che l'affermazione del principio di neutralità fra diritto di sciopero e libertà d'impresa, oltre a rappresentare il cuneo teorico per poter affermare la mancata prevalenza aprioristica dei diritti sociali sulle libertà mercatali o, più ancora, per “non considera[re] i diritti sociali al pari dei diritti dell'uomo” (GAMBINO, 2013, 16)<sup>9</sup>, rimette, in termini concreti, la definizione

<sup>4</sup> CHESSA, (2016), p. 21.

<sup>5</sup> Così FERRARESE, (2013), p. 105.

<sup>6</sup> GUAZZAROTTI, (2020a), pp. 1-2.

<sup>7</sup> Viking, C-438/05 (s.n. 438, 11/12/2007); Laval, C-341-05 (s.n. 341,18/12/2007); Rüffert, C-346/06 (s.n. 346, 3/4/2008); Commissione c. Lussemburgo, C-319/06 (s.n. 319, 19/06/2008).

<sup>8</sup> AZZARITI, (2011), p. 11.

<sup>9</sup> GAMBINO, (2013), p. 16.

del bilanciamento alla decisione *case by case* del giudice, appare evidente la sua rilevanza rispetto alle considerazioni sin qui svolte, poiché contribuisce a smobilitare il momento politico del bilanciamento fra valori in conflitto a corollario di quella progressiva tecnicizzazione e neutralizzazione dei processi decisionali di cui si è detto.

### **3. La gestione europea delle crisi: verso una flessione solidaristica della governance economica?**

Taluni diritti sociali, su tutti quelli alla salute e all'istruzione, in tanto posso dirsi soddisfatti in quanto consistono nella prestazione pressoché gratuita di determinati servizi ai titolari degli stessi. Si tratta, dunque, di posizioni giuridiche soggettive dotate – nel nostro ordinamento – di sicuro rango costituzionale che esigono, per essere effettivamente soddisfatti, un non irrisorio impegno da parte della finanza pubblica. Di qui la ragione per cui, pur nella consapevolezza di avere a che fare con diritti fondamentali, la dottrina ne ha tradizionalmente discusso la natura di diritti finanziariamente condizionati (cfr: SPADARO, 2012; PANZERA, 2011; D'ALOIA, 2008).

Sotto questo specifico aspetto il rilievo dell'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea è ulteriore e diverso – benché connesso – rispetto ai profili considerati nel paragrafo precedente. La svolta neoliberalista impressa al processo d'integrazione europea è passata, fra l'altro, dalla fissazione di limiti di svariato tenore che comprimono, in punto di diritto, la possibilità degli Stati di ricorrere all'indebitamento, (anche) allo scopo di procurarsi le risorse necessarie al finanziamento del proprio assetto di *welfare*.

In altri termini, i concreti ostacoli ad una poderosa spesa pubblica in deficit che derivano dalle regole europee in materia di bilanci pubblici e debito sovrano, poiché si traducono nell'adozione di politiche di contenimento della spesa, finiscono per incidere non di poco sui diritti sociali “costosi”, mettendone a repentaglio l'effettività.

Come si è efficacemente scritto, “Quest'ultimo aspetto interessa, in particolare modo, chi cerca di studiare non solo quali siano i diritti sociali garantiti a livello comunitario, ma anche quale significato assumano e in che modo arricchiscano o, al contrario, *scolorino* i diritti affermati dalle Costituzioni nazionali e tutelati davanti giudici nazionali” (TEGA, 2012, 30)<sup>10</sup>.

Un tale ordine di cose ha mostrato il suo lineare dipanarsi nella legisla-

<sup>10</sup> Così TEGA (2012), p. 30, corsivo dell'A.

zione emergenziale europea varata per fronteggiare la crisi dapprima finanziaria, poi economica degli anni successivi al 2008. Basti qui ricordare il Patto di stabilità e crescita che ha, fra l'altro, creato il vincolo giuridico dell'equilibrio di bilancio, poi rifluito nel nostro testo costituzionale con la l. cost. 1/2012 ed il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), frutto dell'accorpamento dei vari fondi cdd. salva Stati, composto di soli prestiti e strutturalmente attraversato da diffuse logiche di condizionalità degli "aiuti" ivi previsti a riforme statali fiscali e all'adozione di politiche austeristiche.

Invece, gli strumenti che, nei tempi attuali, si stanno ideando e varando per gestire la crisi ingenerata dalla pandemia da CoVid-19 paiono animati da uno spirito in parte diverso, aperto ad evoluzioni maggiormente solidaristiche (GIUBBONI, 2020). In tal senso può farsi riferimento: all'attivazione – per la prima volta – della clausola di sospensione prevista dal Patto di stabilità e crescita; alla parziale riforma del MES, pur non del tutto sceverato dalla condizionalità, il cui Consiglio dei Governatori dovrà, ad esempio, interloquire col Parlamento cui presentare una relazione annuale, colorando di una qualche politicità di scala europea uno strumento che era stato adottato con un trattato internazionale ed interamente sottratto al controllo delle istituzioni d'indirizzo politico; alla creazione di un fondo europeo di contrasto alla disoccupazione (cd. SURE); al dirottamento dei fondi strutturali al contrasto alla crisi mediante rinuncia alle restituzioni dei prefinanziamenti non spesi. Viene in rilievo, soprattutto, il *Next Generation EU*, il poderoso piano ideato dalla Commissione – col decisivo ruolo propulsivo del Governo Conte II – per sostenere e rilanciare la sanità e l'economia dei Paesi membri più colpiti dal contagio che presenta più di un profilo di innovatività. In tal senso, ci si può riferire al ricorso ad un debito propriamente europeo, oltretutto attenuato dalla previsione di una imposizione europea diretta; alla previsione non solo di prestiti ma anche – e, numericamente, soprattutto – di sussidi a fondo perduto; all'applicazione della procedura ordinaria di co-decisione (che chiama paritariamente in causa Parlamento e Consiglio dell'Unione) all'approvazione del più rilevante dei programmi di finanziamento ivi compresi (il *Recovery and Resilience Facility*, RRF); al criterio di riparto dei fondi, che non è quello classico del "*juste retour*", proporzionato al *quantum* contributivo di ciascuno Stato al bilancio unionale, ma quello del fabbisogno del Paese richiedente, ciò che apre uno spiraglio per l'abbandono delle tecniche di trasferimento di fondi proprie del federalismo fiscale neo-liberista, incentrate sulla capacità contributiva dei territori, e l'adesione a moduli perequativi maggiormente solidali (GUAZZAROTTI, 2020b).

Qualche dubbio è stato, in effetti, sollevato a proposito della effettiva in-

novatività degli strumenti cui si è fatto cenno, ad esempio rispetto ad una qualche conservazione delle logiche di condizionalità (SOMMA, 2020) o di sostanziale debolezza del potere fiscale diretto dell'Unione (CONTALDI, 2020). D'altra parte è chiaro che si tratta di soluzioni di compromesso, inevitabili in un assetto istituzionale complesso che, proprio sugli interventi da adottare per contrastare le conseguenze della pandemia da CoVid-19 sulle economie dei Paesi membri, ha visto contrapporsi un fronte cd. frugale composto dai Paesi nordici accompagnati, in un secondo momento, da quelli orientali del Gruppo di Visegrád ed un fronte – costituito dai Paesi centrali e meridionali, in cui l'Italia ha avuto un ruolo di primo piano – aperto a soluzioni nuove.

Ebbene l'impressione è che i due distinti approcci tradiscano una ben diversa idea del futuro sociale dell'Europa e del ruolo di questa, intesa come pubblico potere, nell'economia: da un lato, la conservazione del modello dell'economia sociale di mercato in cui la *governance* economica europea – venata com'è di un vivido tono tecnocratico – sorveglia il mercato perseguendo la libera concorrenza e la stabilità dei prezzi, in un contesto di disallineamento fra politiche monetaria, fiscale ed economica; dall'altro, l'adesione ad un modello pseudo-federale, caratterizzato da un maggiore rilievo delle istituzioni politiche su quelle tecniche e da un ruolo interventista dell'Unione, in grado di ricorrere ad un proprio debito e ad una propria tassazione.

Su tali ultime questioni, certa dottrina ha recentemente individuato taluni strumenti normativi attivabili “a Trattati invariati”: in materia fiscale, ad esempio, “l'istituzione di nuove categorie di risorse proprie, quali [...] la tassa sul digitale e sulle emissioni di carbonio (art. 311 TFUE) [...], disposizioni che riguardino l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte (art. 113 TFUE), od anche l'avvio di una sovranità digitale europea, a partire dal progetto franco-tedesco GAIA X, rendendo l'UE indipendente dai cloud provider americani”. Sul piano delle politiche monetarie, poi, “sempre nell'ambito delle regole europee (art 123, comma 2 TFUE) è possibile immaginare che la Banca centrale europea finanzia direttamente istituti creditizi pubblici o si istituisca un fondo pubblico europeo di emergenza sanitaria, con finanziamento diretto della Banca centrale europea, o ancora consentire alla BCE di esercitare il ruolo di banca centrale pubblica, comprando direttamente i titoli di Stato emessi dai Paesi per far fronte all'emergenza sanitaria, sociale ed economica” (LUCARELLI, 2020, 23)<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> LUCARELLI, (2020), p. 23.

Si tratterebbe di importanti passi in avanti. Parimenti, le iniziative messe in campo sul movente dell'eccezionalità che l'Unione e i suoi membri si sono trovati inopinatamente ad affrontare aprono senz'altro uno spiraglio verso un assetto relazionale maggiormente solidaristico. E tuttavia è proprio la declinazione della solidarietà fra Stati membri offerta dai Trattati ad impedire di “modificare la conclusione per cui la solidarietà intesa in senso riequilibratorio [...] non sia (ancora) un diritto assoluto per gli Stati in difficoltà e un correlato obbligo per gli altri Stati e per la stessa UE”, la quale sarebbe allora in grado di “mostrare solo la solidarietà che i Trattati le permettono di mostrare e alle condizioni previste, nonostante gli alti richiami solidaristici che in questi ultimi pur vengono fatti”. Ragione per cui “ogni auspicio o ‘forzatura’ del dibattito scientifico e pubblico, sì giustificati dall'eccezionalità del momento, rischia di scontrarsi con l'angusto dato normativo” (MORGESE, 2020, 113)<sup>12</sup>.

#### **4. Sciogliere l'antinomia: nel segno di un'Europa politica e sociale**

Le osservazioni da ultimo richiamate consigliano, in conclusione, di ampliare la prospettiva di riflessione, declinando il problema del futuro (e del presente) dell'Europa sociale non solo in termini congiunturali, vale a dire alla luce dell'emergenza pandemica, ma strutturali.

Commentando le soluzioni adottate a livello sovranazionale per fronteggiare la crisi dello scorso decennio, sotto il profilo delle tecniche normative, vi è chi criticava il ricorso a strumenti non di diritto europeo ma di diritto internazionale, con esplicito riferimento al cd. *fiscal compact* e al MES, adottati con trattati internazionali, desumendone la “inesistenza, al livello della Ue, di adeguate forme istituzionali di governo della crisi [...] surrogate [...] da discutibili (in quanto interessate) forme di accordo intergovernativo fra singoli governi e singoli Stati europei” (GAMBINO, 2013, 8)<sup>13</sup>. E proprio l'assenza di uno spazio di decisione politica di dimensione europea avrebbe acuito il deficit di consenso dei cittadini europei, specialmente nei Paesi maggiormente colpiti dalla crisi e dalle ricette austeristiche che avrebbero dovuto combatterne le conseguenze, rivelando, con drammatica evidenza, la strutturale precarietà del compromesso fra pratiche neo-liberiste e democrazia sociale (GIUBBONI, 2017a).

<sup>12</sup> MORGESE, (2020), p. 113.

<sup>13</sup> GAMBINO, (2013), p. 8.



Ecco, dunque, che il raffronto fra modelli di gestione della crisi sopra effettuato consente di avviare il lavoro alle conclusioni chiamando in causa la (mai del tutto dipanata) questione della sovranità nell'ambito dei rapporti fra Unione Europea e Stati membri. Una questione complessa il cui rimando in questa sede, con particolare riferimento alle opinioni considerate, non vale affatto a compendiare il complesso dibattito sul tema, ma appare utile per inquadrare nel dovuto contesto teorico le prospettive future del processo di integrazione europea.

Quest'ultimo ha, nel tempo, eroso progressivamente la sovranità statale – di certo non in modo surrettizio, ma nell'alveo di processi formalmente legali alla stregua delle costituzioni statali – senza, tuttavia, procedere in parallelo alla speculare costruzione di una sovranità politica di scala continentale (SOMMA, 2017). Efficace l'immagine cui ricorre di recente acuta dottrina: “La sovranità, come la verginità, può essere persa senza che nessuno l'acquisti al posto del soggetto che la perde. Nessun super stato europeo, dunque, nessun ‘vampiro’ delle sovranità nazionali, le quali, una volta cedute a piccole dosi, non vengono a ri-agglutinarsi attorno a una sovranità ‘di risulta’, quella ‘sovranaazionale’ europea” (GUAZZAROTTI, 2020a, 133)<sup>14</sup>. Più o meno similmente Lucarelli ha parlato “di una sovranità finanziaria senza Stato”, per esplicitare la quale ha fatto ricorso al concetto di “antisovrano”, elaborato da Massimo Luciani già negli anni '90 del secolo scorso per descrivere quel conglomerato opaco di poteri pubblici e privati che, esercitando un potere privo di legittimazione democratica, mette in discussione il circuito democratico della spettanza del potere sovrano definito dalle costituzioni, poiché l'unica istanza praticamente e concettualmente in grado di esercitare la sovranità è, ancora, lo Stato costituzionale (LUCARELLI, 2019, 19; LUCIANI, 1996). Ancora utile la trattazione di Carlo Galli che descrive una “situazione intermedia” in cui tanto lo Stato quanto l'euro – e non, si badi, l'Unione Europea – spiegano effetti sovrani senza, tuttavia, esserlo del tutto. Uno stato di sovranità sovrapposta e confusa che, nelle considerazioni dell'Autore, è una delle ragioni della disaffezione popolare alle scelte di matrice europea poiché “molti Stati dell'eurozona [...] non riescono a far collimare le esigenze dell'euro con quelle del consenso interno e della democrazia” (GALLI, 2019, 236-40).

Ecco, dunque, il corto circuito cui l'ordinamento sovranazionale europeo va incontro: l'assenza di diritti sociali propriamente detti e la disattenzione ai doveri di solidarietà ne fa una comunità essenzialmente non politica (LUCIA-

<sup>14</sup> GUAZZAROTTI, (2020a), p. 133.

NI, 2000), caratteristica che ha una marcata proiezione istituzionale nella diffusione di meccanismi decisionali flessibili e tecnocratici, privi di uno schema chiaro di allocazione di responsabilità e di controllo democratico. Sicché la risalente questione del deficit democratico dell'Unione finisce per essere strettamente connessa alla constatazione per cui l'Europa politica e sociale rimane, allo stato degli atti, solo un miraggio (BALDUZZI, 2018).

Se ne può concludere che la costruzione di una “vera” cittadinanza di dimensione continentale – che non sia solo la somma di ventisette cittadinanze nazionali e, dal punto di vista del cittadino *uti singuli* considerato, il compendio di talune libertà di circolazione declinate in chiave economicistica – esige un piano diffuso ed uniforme di quei diritti che rappresentano la più elevata finalità del costituzionalismo sociale, ragione per cui l'unica via – per qualche aspetto già tracciata – per risolvere quell'antinomia assiologica di fondo fra Stato democratico-sociale e ordinamento europeo di cui si è detto a più riprese pare essere quella di spingere le tendenze evolutive del secondo verso la tradizionale ispirazione sociale del primo.

Emerge, allora, il sicuro interesse per la costituzionalistica delle (se pur timide) aspirazioni solidaristiche dimostrate dall'Unione nel fronteggiare l'emergenza pandemica. Un'emergenza che, del resto, ha messo nuovamente in luce i limiti delle risposte solitarie nazionali e, di conseguenza, l'esigenza che il processo d'integrazione europea non collassi su stesso.

E tuttavia, il confronto fra la gestione europea delle due crisi ha mostrato che la soluzione non può essere, di nuovo, quella del “riduzionismo neoliberale”: se il rilancio del progetto europeo “deve avvenire per vie tecnocratiche, perché non è possibile attendere il consolidamento di una sfera pubblica autenticamente europea a supporto di istituzioni democratiche sovranazionali, il rischio è di ripetere, su più ampia scala, gli errori del passato” (GUAZZAROTTI, 2020b, 8)<sup>15</sup>.

Le considerazioni svolte, insomma, valgono non già a spingere l'analisi scientifica a battere in ritirata trincerandosi in apologia di un limitante e probabilmente impossibile sovranismo costituzionale, ma ad individuare nella dimensione sociale della nostra Costituzione (come di altre) un punto di riferimento obbligato per “una efficace prospettiva di risocializzazione dell'integrazione europea”, la quale non può che passare per “una radicale riconfigurazione – politica e costituzionale – del rapporto che questa ha finito per instaurare con lo Stato sociale nazionale” (GIUBBONI, 2017a, 586)<sup>16</sup>. Si

<sup>15</sup> Così GUAZZAROTTI, (2020b), p. 8.

<sup>16</sup> GIUBBONI, (2017a), p. 586.

tratta, in altri termini, di “riequilibrare [il] modello di economia europea che negli ultimi venti anni ha subito una torsione mercantile e finanziaria, estranea alla nostra cultura costituzionale, [...] al fine di ricondurre il mercato a una dimensione sociale e, soprattutto, coniuga[re] la solidarietà, come nella nostra Costituzione, all’eguaglianza sostanziale” (LUCARELLI, 2020, 23)<sup>17</sup>.

### Riferimenti bibliografici

- AZZARITI, G. (2003): *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, in M. Siclari (cur.), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*. Giappichelli. Torino, pp. 61 ss.
- AZZARITI, G. (2011): *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell’Unione Europea*. [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).
- BALDASSARE, A. (1989): *Diritti sociali (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*. Istituto dell’Enciclopedia italiana. Roma, pp. 1 ss.
- BALDUZZI, R. (2018): *Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica*, in *Federalismi.it*, numero speciale 4, 2018, pp. 244 ss.
- BALLESTRERO, M.V. (2008): *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia bilancia il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, pp. 389 ss.
- BARAGGIA, A. (2017): *La “condizionalità” nella governance economica europea: luci ed ombre di uno strumento controverso*, in M. Salerno, M. Ferrara (cur.), *Costituzione economia e democrazia pluralista, Itinerari della Comparazione – Quaderni della Rivista Dpceonline*, n. 1, pp. 193 ss.
- BRONZINI, G. (2008): *Lavoro e tutela dei diritti fondamentali nelle politiche europee del dopo Lisbona*, in *Politica del diritto*, n. 1, pp. 141 ss.
- BUCCI, G. (2020): *Dal governo democratico dell’economia alla crisi come dispositivo di governo*, in *Rivista Aic*, n. 1, pp. 353 ss.
- CARINCI, F.; PIZZOLATO, A. (2000): *Costituzione europea e diritti sociali fondamentali*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, pp. 281 ss.
- CARUSO, C. (2015): *Vincoli di bilancio e dinamica federale europea: itinerari di una comparazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 luglio.
- CHESSA, O. (2016): *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*. Jovene. Napoli.
- CIOLLI, I. (2012): *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 5 novembre.

<sup>17</sup> LUCARELLI, (2020), p. 23.

- CONTALDI, G. (2020): *La solidarietà europea in campo economico ai tempi della pandemia da Covid-19*, in *Ordine internazionale e diritti Umani*, pp. 457 ss.
- D'ALOIA, A. (2008): *Storie 'costituzionali' dei diritti sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di M. Scudiero*. Jovene. Napoli, pp. 689 ss.
- FARINA, B.M. (2018): *Diritti sociali e prospettive di sviluppo del Welfare europeo*, in *Annali 2016-2018*. Università Suor Orsola Benincasa. Napoli, pp. 147 ss.
- FERRAJOLI, L. (2001): *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in E. Vitale (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Laterza. Roma-Bari, pp. 284 ss.
- FERRARESE, M.R. (2013): *La crisi tra liberalizzazione e processi di governance*, in R. Bifulco, O. Rosselli (curr.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*. Giappichelli. Torino, pp. 45 ss.
- GALLI, C. (2019): *Sovranità*. Il Mulino. Bologna.
- GAMBINO, S. (2012a): *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, pp. 533 ss.
- GAMBINO, S. (2012b): *I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in *Federalismi.it*, n. 24, 12 dicembre.
- GAMBINO, S. (2013): *Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell'Unione*, in *La cittadinanza europea*, n. 2, pp. 5 ss.
- GERBASI, G. (2018): *Il 'diritto europeo della crisi' economico-finanziaria e le prospettive future dell'Unione Europea tra teorie economiche e evidenze empiriche*, in *Ianus*, n. 18, pp. 113 ss.
- GIUBBONI, S. (2003): *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*. Il Mulino. Bologna.
- GIUBBONI, S. (2017a): *Stato sociale e integrazione europea. Una rivisitazione teorica*, in *Quaderni fiorentini*, n. 46, I, pp. 553 ss.
- GIUBBONI, S. (2017b): *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, pp. 953 ss.
- GIUBBONI, S. (2020): *Il diritto del lavoro dopo la pandemia: appunti per un'agenda progressista*, in *Questione giustizia*, n. 2.
- GRASSO, G. (2012): *Il costituzionalismo della crisi*. Editoriale Scientifica. Napoli.
- GUAZZAROTTI, A. (2020a): *La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei*, in *Dpce online*, n. 1, pp. 327 ss.
- GUAZZAROTTI, A. (2020b): *Integrazione europea e riduzionismo politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3.
- LUCARELLI, A. (2016): *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*. Editoriale Scientifica. Napoli.

- LUCARELLI, A. (2019): *Le radici dell'Unione Europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna on-line*, n. 1 (speciale), pp. 12 ss.
- LUCARELLI, A. (2020): *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, su *Consulta Online*.
- LUCIANI, M. (1995): *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*. Cedam. Padova, vol. II, pp. 95 ss.
- LUCIANI, M. (1996): *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1, pp. 124 ss.
- LUCIANI, M. (2000): *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 3, pp. 367 ss.
- MORGESE, G. (2020): *Solidarietà di fatto ... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*. Eurojus, numero speciale, pp. 77 ss.
- MORRONE, A. (2014): *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista Aic*, n. 3.
- PINELLI, C. (1994): *Diritti sociali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. Ruggeri (cur.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*. Giappichelli. Torino, pp. 548 ss.
- PINELLI, C. (2012): *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in Id. (cur.), *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985–2011*. Editoriale Scientifica. Napoli, pp. 381 ss.
- RAZZANO, G. (2012): *Lo statuto costituzionale dei diritti sociali*, in *Gruppo di Pisa - La Rivista*, n. 3.
- REPETTO, G. (2016): *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *La cittadinanza europea*, n. 1, pp. 11 ss.
- SAITTO, F. (2017): *“Costituzione finanziaria” ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore»*, in *Rivista Aic*, n. 1.
- SALAZAR, C. (2013): *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista Aic*, n. 4.
- SOMMA, A. (2014): *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*. DeriveApprodi. Roma.
- SOMMA, A. (2017): *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*. Imprimatur. Reggio Emilia.
- SOMMA, A. (2018): *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*. DeriveApprodi. Roma.
- SOMMA, A. (2020): *Come il Mes. Anche il Recovery fund ha le condizionalità*, in *MicroMega online*, 24 luglio.

- SPADARO, A. (2011): *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista Aic*, n. 4.
- STILE, M.T. (2020): *Il MES nella risoluzione delle crisi finanziarie europee. Un paradigma di limitazione della sovranità statale*, in *Rivista Aic*, n. 2, pp. 23 ss.
- STRECK, W. (2013): *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*. Feltrinelli. Milano.
- TEGA, D. (2012): *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economiche*, *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3

LA NECESSITÀ DI UN ECOSISTEMA “*TRUSTWORTHY*”  
NELLA LOTTA EUROPEA AL COVID-19  
MEDIANTE STRUMENTI DI *CONTACT TRACING*

DANIELA MESSINA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *digital contact tracing* nel quadro europeo di tutela dei dati personali. – 3. L’esigenza di un ecosistema “*trustworthy*” nello scenario digitale europeo. – 4. *Contact tracing* e “sfiducia” collettiva: i casi delle app italiana, spagnola, francese e tedesca. – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Il 19 febbraio 2020, nell’alveo del più ampio processo di digitalizzazione in corso nei suoi Stati membri, l’Unione Europea ha annunciato l’avvio della “Strategia europea dei dati” (COM/2020/66 final), finalizzata alla realizzazione di un mercato unico basato sulla libera circolazione e lo scambio inter-settoriale di tali preziose informazioni, con l’obiettivo di creare “l’economia agile basata sui dati più attrattiva, sicura e dinamica del mondo” COMMISSIONE EUROPEA, (2020)<sup>1</sup>. Solo un mese dopo, l’11 marzo 2020, il direttore generale dell’Organizzazione Mondiale della Sanità, dinanzi alla velocità e alla dimensione del contagio da coronavirus SARS-CoV-2, isolato in un mercato alimentare di Wuhan in Cina, annunciava ufficialmente lo stato di pandemia<sup>2</sup>, avviando così una stagione di decisioni emergenziali ad ampio respiro che avrebbe rivoluzionato profondamente e in pochissimo tempo le abitudini di vita e di lavoro di miliardi di persone in tutto il mondo.

<sup>1</sup> COMMISSIONE EUROPEA, (2020).

<sup>2</sup> La pandemia da COVID-19 provocata dal virus SARS-CoV-2 è stata dichiarata ufficialmente dall’Organizzazione Mondiale della Sanità il giorno 11 marzo 2020 in seguito all’intensificarsi a livello internazionale dei casi al di fuori dei confini della Cina, dove, come è noto, è stato documentato il primo focolaio dell’epidemia tra la fine del 2019 e l’inizio del 2020. In precedenza, all’indomani delle prime comunicazioni da parte delle autorità cinesi, il 31 gennaio 2020 l’OMS aveva già dichiarato l’esistenza di un’emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale, ma l’aggravarsi della situazione mondiale ha portato a classificare come pandemica l’attuale crisi sanitaria. Maggiori informazioni sono reperibili sul sito dell’organizzazione <https://www.who.int/> e sul sito del Ministero della Salute <http://www.salute.gov.it/portale/home.html>.

I due avvenimenti, solo apparentemente distanti ed estranei, hanno trovato nel vecchio continente uno storico punto di incontro nella scelta di ampliare celermente, in ogni settore, l'utilizzo degli strumenti messi a disposizione dall'innovazione tecnologica per fronteggiare la crisi sanitaria e individuare un delicato quanto complicato punto di equilibrio tra la tutela del bene vita, primario e prodromico al vivere in comunità, e il sistema di diritti e di libertà fondamentali che definiscono la costellazione delle società democraticamente avanzate.

Come è ormai ampiamente noto, la necessità di arginare l'avanzamento del virus in modo da limitarne l'impatto in termini di vite umane, ha reso indispensabile l'adozione di una serie di misure restrittive e rigorose sotto il profilo della libertà di circolazione, di soggiorno e di riunione; provvedimenti che hanno inevitabilmente e profondamente modificato il normale fluire della vita personale e lavorativa dei cittadini europei. Tali decisioni, tuttavia, sono state accompagnate da un massivo e celere trasferimento all'interno del panorama digitale di una serie di attività normalmente svolte in presenza, che ha consentito di garantirne, seppur con alcune inevitabili difficoltà, la continuità e la fattibilità anche in un momento emergenziale. Dinanzi a soluzioni sostanzialmente "divisive" perché basate sull'uso imprescindibile della mascherina, del distanziamento sociale e sulla chiusura di attività non essenziali nelle fasi più critiche della crisi sanitaria, la tecnologia ha, quindi, offerto una alternativa importante e potente, consentendo di allentare proprio quelle barriere spaziali che i provvedimenti emergenziali adottati dai governi nazionali avevano creato per fronteggiare la situazione emergenziale.

L'ampiezza e l'irrinunciabilità delle trasformazioni accelerate dalla pandemia, tuttavia, ben lungi dal sostanzinarsi in un fenomeno transitorio, vista la pervasività con cui sono penetrate nel tessuto del vivere collettivo, hanno evidenziato come la digitalizzazione rappresenti ormai un processo inarrestabile che richiede di innestarsi nel percorso evolutivo delle società democratiche, condividendo con le stesse i valori e gli obiettivi fondamentali. In un'Europa che mira alla creazione del mercato unico dei dati personali, tale rafforzamento epocale, non previsto, né prevedibile, della dimensione cd. "*onlife*"<sup>3</sup> costituisce, quindi, una imprescindibile sfida regolativa e sociale, dalla cui capacità di fornire risposte efficienti ed efficaci da parte dei regolatori dipenderà inevitabilmente il futuro sviluppo in senso democratico della nuova società digitale.

<sup>3</sup> Il termine "*onlife*" è un neologismo con il quale si fa riferimento alla "dimensione vitale, relazionale, sociale e comunicativa, lavorativa ed economica, vista come frutto di una continua interazione tra la realtà materiale e analogica e la realtà virtuale e interattiva". Per un approfondimento si veda FLORIDI, (2015).



## 2. Il *digital contact tracing* nel quadro europeo di tutela dei dati personali

Tra i molteplici contributi offerti dell’innovazione tecnologica alle attività di contrasto della pandemia, assume particolare rilievo – e per tale motivo è oggetto di animato e diffuso dibattito<sup>4</sup> – il *digital contact tracing*. Con tale termine si fa riferimento a quei sistemi di tracciamento che operano a sostegno dell’attività di anamnesi tradizionalmente svolta dal personale sanitario, velocizzando ed ampliando l’opera di ricostruzione della catena dei contagi al fine di contenere il propagarsi del virus, grazie alle potenzialità offerte dall’innovazione tecnologica.

Sfruttando, infatti, le capacità di interazione degli *smartphones*, tali applicazioni consentono di allertare gli utenti nel caso in cui siano entrati in contatto, in maniera potenzialmente pericolosa, con persone positive. La notifica di un’avvenuta esposizione rischiosa non solo permette al singolo di intraprendere in maniera sollecitata un percorso di diagnosi e, nel caso di effettivo contagio, di cura, ma anche di ripercorrere a ritroso “le tappe” del virus, consentendo al personale sanitario di intercettare possibili focolai e di allertare le persone entrate successivamente in contatto con una precisione ed ampiezza non possibile all’interno di uno scenario non digitale. La tecnologia, infatti, permette di superare i limiti della memoria umana arrivando a coinvolgere nel meccanismo di ricostruzione della diffusione del contagio anche soggetti tra loro sconosciuti, ma dai percorsi di vita casualmente ed inconsapevolmente “connessi” a causa dell’utilizzo del medesimo mezzo di trasporto o a seguito dell’ingresso nello stesso locale o ufficio pubblico.

Pur rappresentando una soluzione estremamente attraente dal punto di vista dell’efficacia e dell’impatto nella lotta alla pandemia, è indubbio, tuttavia, che il *digital contact tracing* presenti delle evidenti criticità in termini di piena e agevole implementazione all’interno di società democraticamente avanzate. Lo stesso termine “tracciamento” evoca, infatti, scenari di controllo e di limitazione delle libertà fondamentali non accettabili in assetti che pongono al centro l’individuo e la tutela della sua dignità. D’altra parte, non è un caso che tali rimedi, supportati dai positivi risultati ottenuti in precedenti esperienze epidemiologiche, siano stati caratterizzate da una più sollecita ed immediata adesione in ordinamenti distanti, vedi il caso della Corea

<sup>4</sup> Sul punto cfr., tra gli altri, FINOCCHIARO, (2020), PIZZETTI, (2020), REELFS, HOHLFELD, POESE (2020), SPAGNOLI, (2020), ZENO-ZENCOVICH (2020), POLLICINO (2020), COFFA (2020); COLAPIETRO, IANNUZZI (2020).

del Sud<sup>5</sup>, o addirittura antitetici, si pensi alla Cina<sup>6</sup>, rispetto a quanto non sia accaduto in paesi democraticamente orientati.

È questo il motivo per cui l'esperienza europea di tracciamento digitale, pur essendo protesa verso lo stesso importante fine ultimo di contenimento del virus, è stata – e lo è ancora – caratterizzata da un particolare e, soprattutto, travagliato sviluppo; inevitabile conseguenza di premesse ordinarie estremamente diverse perché ispirate e sorrette da principi e valori peculiari e radicati nella società europea.

Il *digital contact tracing*, infatti, ha dovuto confrontarsi con il rigoroso impianto normativo in materia di tutela dei dati personali delineato nell'ultimo decennio a livello sovranazionale al fine di garantire il recupero della centralità della persona dinanzi all'ampliamento delle modalità e delle possibilità di trattamento delle informazioni di carattere personale determinato dall'intenso processo di digitalizzazione in atto. Come è noto, infatti, con il primario obiettivo di convogliare le potenzialità delle nuove tecnologie verso nuovi e più elevati livelli di crescita, senza però mai sacrificare i valori fondamentali a cui essa stessa si ispira e che rappresentano causa e fine ultimo della sua esistenza, l'Unione Europea a partire dal 2012 ha intrapreso un lungo percorso normativo finalizzato alla creazione di strumenti di garanzia comuni e meccanismi trasparenti di utilizzo dei dati in modo da impedire che lo sviluppo sempre più penetrante dei sistemi digitali potesse comportare come contraltare una compressione o limitazione dell'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali incompatibili con assetti democratici.

Tale attività è culminata nell'adozione di un rigoroso quadro normativo in materia incentrato sul Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo alla circolazione delle informa-

<sup>5</sup> La Corea del Sud ha realizzato un sistema di tracciamento digitale di tipo pervasivo caratterizzato, tra l'altro, dall'elaborazione e l'incrocio delle informazioni ottenute tramite l'utilizzo dei sistemi di geolocalizzazione, le transazioni effettuate mediante carte di credito e bancomat e le immagini ottenute con i sistemi di videosorveglianza. Base di legittimazione di tale sistema di tracciamento è l'*Infectious Disease Control and Prevention Act* (IDCP Act) adottato dall'Assemblea nazionale il 26 febbraio 2020. Sul punto si veda THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA, (2020).

<sup>6</sup> La Cina, paese in cui si è verificato il primo focolaio al mondo di Covid-19, ha implementato quasi immediatamente sistema di monitoraggio ad ampio spettro implementato comprensivo, tra l'altro, anche di tecniche di riconoscimento facciale. L'app di *contact tracing* incide anche sulle attività quotidiane dei soggetti tracciati: per usufruire dei servizi della metropolitana o entrare, ad esempio, in un centro commerciale è necessario, infatti, esibire il proprio "codice sanitario" in formato QR che una volta scansionato dal personale preposto al controllo consente l'ammissione al luogo di destinazione solo nel caso in cui il dispositivo dimostri che il soggetto sia a basso rischio Covid-19.

zioni personali<sup>7</sup> e sulla direttiva (UE) 2016/680, concernente i settori di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini<sup>8</sup>. Inoltre, ad arricchire il panorama degli interventi in ambito di trattamento dei dati, sono intervenute l'adozione del Regolamento sulla libera circolazione dei dati non personali<sup>9</sup> e del Regolamento in materia di cybersecurity<sup>10</sup>, nonché l'emanazione della direttiva sull'apertura e il riutilizzo dei dati del settore pubblico<sup>11</sup>. Infine, a chiusura del cerchio, come già indicato, la decisione di creare un mercato unico dei tali preziose informazioni per il cui conseguimento è stata presentata formalmente una proposta di Regolamento da parte del Parlamento e del Consiglio proprio al termine del difficile anno 2020<sup>12</sup>.

Alla luce di tale rigoroso e dettagliato impianto, la tutela dei dati personali assurge a diritto fondamentale, così come espressamente sancito dal GDPR e garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea all'art. 8, paragrafo 1<sup>13</sup>, nonché dall'articolo 16, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

<sup>8</sup> Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio con l'obiettivo di sostituire la decisione quadro 977/2008/CE sulla protezione dei dati personali scambiati dalle autorità di polizia e giustizia.

<sup>9</sup> Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

<sup>10</sup> Regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza, e alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013 («regolamento sulla cibersicurezza»).

<sup>11</sup> Direttiva (UE) 2019/1024 Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

<sup>12</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati (Atto sulla governance dei dati) COM (2020) 767 final, 25.11.2020.

<sup>13</sup> La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 8 paragrafo 1 stabilisce, infatti, che “ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica”.

<sup>14</sup> L'articolo 16 (ex art. 286 del TCE) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

In tale ottica, la decisione di implementare il rimedio tecnologico è stata oggetto di un immediato intervento da parte delle istituzioni europee con il precipuo obiettivo di rispettare la penetrante cornice di obblighi e di misure di garanzia previste in materia, al fine di tutelare la dignità dell'individuo, sia come singolo, sia come membro di una comunità organizzata, e al contempo individuare un delicatissimo punto di equilibrio tra le diverse situazioni giuridiche messe duramente alla prova dall'avanzamento del virus.

Grazie, infatti, al sollecito lavoro della Commissione Europea e dell'*European Board of Data Protection*, che ha operato in stretta collaborazione con i Garanti europei nazionali, il digital *contact tracing* si è concretizzato in una soluzione di carattere paneuropeo realizzata alla luce dei parametri tecnici ed organizzativi formalizzati nel *Common EU Toolbox for Member States* approvato il 15 aprile 2020<sup>15</sup> e nelle *Guidelines on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak*, adottate il 21 aprile 2020<sup>16</sup>. Ne consegue che, tutte le applicazioni digitali implementate nel corso della pandemia nei diversi Stati membri presentano oggi le medesime caratteristiche che si sostanziano nella volontarietà dell'utilizzo da parte degli utenti, nell'impiego della tecnologia Bluetooth in luogo della più invasiva tecnica di geolocalizzazione e nel pieno rispetto dei principi essenziali del GDPR consistenti nella limitazione delle finalità, nella proporzionalità e nella trasparenza del trattamento, nonché nella minimizzazione dei dati raccolti e nell'individuazione di uno specifico limite temporale per la conservazione delle informazioni utilizzate.

In questo modo, considerati i rischi potenzialmente connessi all'utilizzo di tecniche di tracciamento di così ampia portata, seppur giustificate dalla crisi sanitaria in corso, la soluzione tecnologica europea è stata incardinata all'interno del rigido quadro di garanzie e di limiti posti a tutela dei dati personali al fine di garantire il perseguimento di un interesse sicuramente collettivo, quale quello di tutelare la salute pubblica, sottoponendo però il relativo utilizzo al vaglio di quell'irrinunciabile bilanciamento tra interessi confliggenti, che si impone come attività imprescindibilmente connessa all'evoluzione democratica delle società moderne, anche e soprattutto nei momenti di emergenza.

stabilisce che "ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano".

<sup>15</sup> EHEALTH NETWORK, (2020). Preceduto dalla *Commission Recommendation on a common Union toolbox for the use of technology and data to combat and exit from the COVID-19 crisis, in particular concerning mobile applications and the use of anonymised mobility data*, 8 aprile 2020.

<sup>16</sup> EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, (2020).

### 3. L’esigenza di un ecosistema “trustworthy” nel processo di digitalizzazione europeo

Nonostante il sollecito intervento dell’Unione Europea al fine di declinare la risposta tecnologica nel tessuto delle regole e degli istituti di garanzia tipici degli assetti democratici e indirizzarne l’impiego verso il pieno e consapevole rispetto dell’utente, destinatario del tracciamento sia come singolo, sia come membro della collettività, il *digital contact tracing*, come è ormai noto, non ha raggiunto gli obiettivi sperati. A livello europeo, infatti, si è registrato un diffuso atteggiamento di diffidenza, se non di vera e propria sfiducia, nei confronti di tale soluzione, che è stato accentuato dalla convinzione che un simile tracciamento potesse risolversi ben presto in un rischio concreto e non proporzionato per l’esercizio di diritti e libertà fondamentali. Il risultato più evidente di tale situazione è rappresentato dal fatto che in nessuno dei ventuno Stati membri in cui è stata adottata tale soluzione<sup>17</sup> le app di *contact tracing* hanno raggiunto il 60% dei download, considerata soglia minima necessaria per la piena efficacia del trattamento<sup>18</sup>.

Tale deludente risultato, secondo una parte della dottrina, avrebbe evidenziato, acuendolo, un particolare fenomeno noto come “paradosso della privacy” e consistente nella tendenziale discrepanza che si osserva tra l’atteggiamento “esterno” degli utenti che decidono di utilizzare piattaforme digitali e il loro comportamento effettivo<sup>19</sup>. Più specificamente, sebbene i destinatari delle nuove tecnologie solitamente dichiarino di essere molto preoccupati per la loro *privacy* genericamente intesa, nella realtà di tutti i giorni risultano essere poco inclini ad assumere atteggiamenti maggiormente responsabili al fine di proteggere i propri dati personali. Ciò appare particolarmente evidente con riferimento all’utilizzo dei *social networks* e delle app di messaggistica: nonostante il più rigoroso impianto normativo previsto dal Regolamento europeo 679/2016, orientato alla creazione di un consenso al trattamento che sia sempre più informato e consapevole, nella maggior parte

<sup>17</sup> La lista completa degli Stati che hanno adottato il sistema di contact tracing è consultabile al seguente link [Mobile contact tracing apps in EU Member States | European Commission \(europa.eu\)](#)

<sup>18</sup> Uno studio condotto presso la *Oxford University* ha evidenziato che, affinché la soluzione tecnologica possa considerarsi efficace e contribuire a porre fine alla diffusione dell’epidemia, l’applicazione di *contact tracing* deve essere utilizzata dal 60% della popolazione ovvero da almeno l’80% dei possessori di uno *smartphone*. HINTCH et. al., (2020). Sul punto v. anche FERRETTI et. al., (2020).

<sup>19</sup> Sul punto si veda BARTH, DE JONG, (2017); NORBERG, HORNE, HORNE, (2017).

dei casi, infatti, gli utenti continuano a soffermarsi ben poco sui moduli informativi che precedono l'utilizzo di tali piattaforme, rendendo di fatto il momento consensuale una pura formalità, ben lontana da quella manifestazione libera, specifica, informata e inequivocabile che dovrebbe costituire oggi il pilastro dell'esperienza digitale alla luce del GDPR<sup>20</sup>.

Tuttavia, seppur riscontrabile in condizioni di normalità, tale contraddizione all'interno dello scenario pandemico ha assunto una sfumatura peculiare ed ulteriore che potrebbe riassumersi eufemisticamente nella definizione di "paradosso del paradosso della privacy". Infatti, dato per assunto il tendenziale contrasto tra quanto dichiarato e quanto concretamente realizzato, la crisi sanitaria ha evidenziato una tendenziale predisposizione favorevole degli utenti nel momento in cui si trovino ad aderire ad una piattaforma digitale di carattere ludico, e al contrario, un comportamento in maggior misura circospetto – se non addirittura di opposizione – nel caso in cui il consenso debba essere fornito per l'utilizzo di applicazioni che si allontanano da quella peculiare sfera, e in maggior misura se le stesse presentano finalità di carattere ultraindividuale, se non di vero e proprio interesse collettivo.

Tale particolare aspetto ha sicuramente rivestito un ruolo importante nel limitato sviluppo europeo delle tecnologie di *digital tracing*, ma da solo non consente di comprendere pienamente le motivazioni che hanno portato a tale condizione così diffusa, soprattutto considerato il contributo che avrebbero potuto offrire tali strumenti in termini di speditezza e di efficacia nella risposta alla diffusione del virus.

Il generale atteggiamento di diffidenza registratosi durante la pandemia, infatti, lungi dal sostanzarsi in un fenomeno estemporaneo e di scarso rilievo, impone al contrario una riflessione ancor più ampia che sia in grado di soffermarsi in particolare sulle molteplici criticità che attanagliano il rapporto tra garanzia dei diritti fondamentali, perno essenziale delle società democraticamente avanzate, ed implementazione delle nuove tecnologie, con particolare riferimento alla tutela dei dati personali. Una valutazione, questa, di non agevole realizzo dal momento in cui, all'interno di un panorama così dinamico, caratterizzato dalla sempre maggiore interdipendenza tra settori tradizionalmente distanti, una simile analisi richiede che il punto di osservazione del giurista si muova dal particolare all'universale in modo da cogliere i punti di interazione che definiscono l'intelaiatura della peculiare trama che contraddistingue la nuova società digitale per poi riflettere sui molteplici elementi di frizione che ancora la caratterizzano.

<sup>20</sup> Sul punto si permetta di rinviare a MESSINA, (2019).

È evidente, infatti, che l’atteggiamento di diffidenza che si è percepito a livello europeo nei singoli Stati non rappresenta altro che il punto apicale di un fenomeno ben più complesso ed esteso, che oltrepassa i confini dell’ambito strettamente giuridico, innestando le proprie radici nell’assenza di un più ampio ecosistema di tipo “*trustworthy*” su cui il rimedio tecnologico avrebbe dovuto innestarsi. Come è noto, tale termine, largamente conosciuto negli studi in materia di intelligenza artificiale, rappresenta il pilastro attorno al quale l’Unione Europea ha inteso costruire la propria strategia digitale in vista dell’utilizzo sempre più intenso di piattaforme e di applicazioni che sono ormai in grado di acquisire enormi quantità di informazioni dall’ambiente esterno e di interpretare dati strutturati e non strutturati in modo da individuare le migliori azioni possibili da intraprendere al fine di conseguire obiettivi complessi<sup>21</sup>. Dinanzi alla diffusione sempre più ampia di strumenti che fondano il proprio funzionamento su avanzati meccanismi di apprendimento di tipo *learning by doing*, potenziati da sofisticate capacità predittive, la necessità di comprendere e anticipare i rischi connessi al loro utilizzo al fine di impedire conseguenze discriminatorie o di limitazione di diritti fondamentali ha imposto, infatti, la necessità di convogliare tale epocale rivoluzione lungo i binari dei principi e dei valori essenziali che caratterizzano le società democraticamente avanzate.

Con tale obiettivo, nell’aprile 2019, come è noto, sono state redatte le prime linee guida in materia da parte dell’*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* nell’aprile 2019, i cui punti cardine risultano essenziali ai fini dell’analisi oggetto del presente lavoro. Dalla lettura di tale documento e dal seguente *assessment list* redatto nel luglio 2020<sup>22</sup>, si evince, infatti, che il termine *trustworthy*, ben lungi dall’invocare una generica affidabilità delle nuove tecnologie digitali, si sostanzia in un principio multiforme che a sua volta si compone di tre anime distinte: la *lawfulness* (liceità), l’*ethics* (eticità) e la *robustness* (robustezza). In tale ottica, affinché l’innovazione tecnologica possa contribuire positivamente al progresso delle moderne società e non

<sup>21</sup> HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, (2019). La più recente definizione di IA può ritenersi la seguente “*Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions*”.

<sup>22</sup> HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, (2020).

operi a detrimento di diritti e libertà fondamentali è necessario che il proprio sviluppo sin dal momento della progettazione avvenga nel pieno rispetto di questi tre parametri.

Più in particolare, la *lawfulness* attiene alla necessità che le nuove tecnologie si innestino all'interno di un tessuto normativo solido che sia in grado di orientarne la relativa implementazione nel rispetto dei principi e valori fondanti gli assetti democratici in modo da prevenire e limitare in maniera prospettica i possibili rischi connessi e fornire al contempo agli utenti gli strumenti necessari per tutelare la propria persona dinanzi ad utilizzi indesiderati ed invasivi degli stessi.

L'*ethics* si riferisce, invece, all'esigenza che le tecnologie siano *humancentric*, quindi che siano caratterizzate da un approccio antropocentrico in modo che le innovazioni siano sempre e solo al servizio dell'individuo, a supporto ovvero ad integrazione delle sue attività e conoscenze, e mai operanti in senso privativo dei suoi diritti e libertà fondamentali. L'obiettivo ultimo consiste nell'evitare che le innovazioni non spingano l'asticella del progresso oltre i limiti eticamente accettabili in una società moderna<sup>23</sup>.

La *robustness* riguarda, infine, la necessità che le tecnologie siano "robuste" sia da un punto di vista tecnico che sociale. Tale aspetto cruciale si sostanzia nell'esigenza che le nuove tecnologie siano progettate ed implementate – mutuando un termine noto in ambito di tutela dei dati – "*by design and by default*" secondo un'ottica di prevenzione dei rischi potenziali, in modo da ridurre al minimo i danni non intenzionali e imprevisti e di rispondere in maniera resiliente in caso di vulnerabilità o criticità. Questo impone che le tecnologie siano sicure non solo sotto il profilo tecnico (si pensi, nel caso del *contact tracing*, alla scelta del Bluetooth, alla creazione di dati crittografati per evitare il riconoscimento dei soggetti positivi e al sistema centralizzato), ma anche da un punto di vista sociale, garantendo che la relativa creazione e diffusione tenga debitamente in conto il contesto e lo scenario di destinazione, in modo da impedire conseguenze indesiderate per la collettività.

È evidente che affinché la *robustness* possa concretamente realizzarsi occorre che i potenziali rischi connessi all'uso delle nuove tecnologie possano essere compresi, valutati e previsti da chi è tenuto materialmente a imple-

<sup>23</sup> Sul punto cfr. anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)) in cui si afferma che "gli sviluppi nel campo della robotica e dell'intelligenza artificiale possono e dovrebbero essere pensati in modo tale da preservare la dignità, l'autonomia e l'autodeterminazione degli individui".



mentare le relative misure di prevenzione e di tutela. In altri termini, è necessario che l’anima più spiccatamente tecnica possa ampiamente confrontarsi con quella giuridica ed etica, creando un vero e proprio virtuoso processo circolare che si fondi sul contemporaneo e coordinato agire di tutti i soggetti variamente interessati.

Un coinvolgimento di così ampio respiro che si estende concretamente a tutti i soggetti direttamente coinvolti nell’innovazione tecnologica è contemplato anche nelle Linee guida in materia di intelligenza artificiale e protezione dei dati redatte dal Comitato consultivo della Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale (Convenzione 108/1981)<sup>24</sup>. Sulla medesima linea ideale, infatti, il testo, approvato a Strasburgo il 25 gennaio 2019, non solo ribadisce all’art. 1 che la tutela della dignità umana e delle libertà fondamentali, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali, assumono un ruolo imprescindibile nello sviluppo e nell’adozione di applicazioni IA, ma mira ad instaurare un dialogo diretto sia con i legislatori e i diversi decisori politici, sia con gli sviluppatori, i produttori e i fornitori di servizi al fine di favorire “un approccio volto a tutelare i diritti umani fin dalla progettazione di tali servizi (“*human rights by design*”) ed evitare qualsiasi potenziale pregiudizio (*bias*), anche involontario o occulto, il rischio di discriminazione o altri effetti negativi sui diritti umani e le libertà fondamentali degli interessati” (CONVENTION 108, 2019)<sup>25</sup>.

Ne consegue che, l’anelito europeo verso un ecosistema *trustworthy* nasce dalla convinzione che le nuove tecnologie, soprattutto nel caso in cui siano caratterizzate da un elevato livello di automaticità e le cui decisioni possano impattare sull’esercizio di diritti e libertà fondamentali, richiedano sempre una chiara e solida base di legittimazione e debbano innestarsi in uno scenario che sia affidabile, sicuro ed eticamente sostenibile. Nel caso in cui ciò non avvenga ovvero manchi anche solo uno degli elementi precedentemente indicati, si concretizza il rischio di esporre l’utente a conseguenze che possono inficiare il pieno e consapevole sviluppo della propria persona, sia come singolo sia come membro di una comunità, oppure al contrario di creare un clima di sfiducia diffusa tale da impedire a strumenti che presentano profili di interesse collettivo di apportare i propri contributi positivi all’evoluzione della società. Proprio quello che è accaduto con il *contact tracing* di carattere europeo.

<sup>24</sup> CONSULTATIVE COMMITTEE OF THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH REGARD TO AUTOMATIC PROCESSING OF PERSONAL DATA (CONVENTION 108), (2019).

<sup>25</sup> CONVENTION 108, (2019), p. 2.

#### 4. *Contact tracing* e “sfiducia” collettiva: i casi delle app italiana, spagnola, francese e tedesca

Analizzando l'esperienza europea alla luce della creazione di uno scenario di tipo *trustworthy*, risulta evidente che la mancata efficacia del rimedio tecnologico sia stata determinata dalla generale incapacità dimostrata dagli Stati membri di avviare quel virtuoso percorso circolare indispensabile per la formazione di un ecosistema pienamente fiduciario e su cui si sarebbe dovuta innestare una tecnologia così importante per l'interesse della collettività in un momento di grave crisi sanitaria.

Al fine di comprendere quali aspetti abbiano impattato maggiormente sul *contact tracing* digitale e quali potrebbero essere le soluzioni da adottare in via prospettica, risulta utile osservare in maniera maggiormente dettagliata alcune delle applicazioni che sono state sviluppate ed implementate dai Singoli stati membri (nel caso specifico si farà riferimento alle soluzioni italiana, spagnola, tedesca e francese) esaminandole però non singolarmente, ma alla luce dei parametri della *lawfulness*, dell'*ethics* e della *robustness*, vale a dire dei tre pilastri che avrebbero dovuto sostenere e garantire il loro pieno e condiviso sviluppo tra la popolazione europea.

Il primo elemento è quello che sicuramente desta i minori problemi di analisi e di valutazione in termini di efficacia all'interno del periodo di crisi emergenziale. Come è noto, infatti, la base di legittimazione dell'utilizzo dei sistemi di *contact tracing* a livello europeo è costituita dal Regolamento (UE) 679/2016 che all'art. 6, paragrafo 1, lett. c) individua esplicitamente tra i motivi che rendono lecito il trattamento dei dati personali in via generale la necessità di “salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica”. Tale disposizione si adegua perfettamente all'emergenza attuale soprattutto se letta in maniera combinata con il considerando 71) in cui si specifica che rientrano in tale ambito l'utilizzo di informazioni necessarie a “tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione o in casi di emergenze umanitarie, in particolare in casi di catastrofi di origine naturale e umana”. Questo vuol dire che il legislatore europeo è stato lungimirante in tale ambito, assumendo esplicitamente come base di legittimazione del trattamento dei dati personali anche esigenze di prevenzione e di gestione di situazioni epidemiologiche. È evidente però che, nella prospettiva di utilizzare un'applicazione finalizzata a ricostruire la storia dei contatti incrociati al fine di individuare i soggetti che sono stati esposti al virus, una tale base di legittimazione risulta essere condizione necessaria, ma non sufficiente. Occorre, infatti, valutare se e come il quadro normativo in materia di

tutela dei dati personali consenta un trattamento di così vasta portata di dati appartenenti a categorie particolari, il cui utilizzo non legittimo potrebbe comportare lesioni importanti nell’esercizio di libertà fondamentali, soprattutto nell’attuale situazione pandemica in cui informazioni connesse allo stato di salute risultano critiche per il ritorno alle normali attività lavorative, nonché alla libera circolazione sul territorio. Come è noto, l’art. 9 del Regolamento, proprio alla luce della delicatezza di tali informazioni personali, stabilisce un divieto in via generale di trattamento degli stessi. Tuttavia, lo stesso articolo prevede deroghe specifiche che si applicano al caso di specie. In particolare, l’art. 9, par. 2, lett. g) stabilisce che il loro utilizzo è legittimo nei casi in cui sia necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell’Unione o degli Stati membri e soprattutto, ai sensi dell’art. 9, par. 2, lett. i), “per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell’assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici”. Ad integrazione di tali disposizioni operano i considerando 52), 53), 54) dai quali si evince esplicitamente che le finalità connesse alla salute, quali “sicurezza sanitaria, controllo e allerta, prevenzione o controllo di malattie trasmissibili e altre minacce gravi alla salute” rappresentano il motivo unico e tendenzialmente incontrovertibile del legittimo utilizzo dei dati sensibili alla luce proprio del beneficio che essi possono arrecare alle persone e all’intera società.

Tale base di legittimazione, come già evidenziato, è stata potenziata nella fase di progettazione ed implementazione delle app di tracciamento dagli specifici requisiti tecnici ed operativi richiesti in via generale dalle istituzioni europee ed in particolare dall’*European Board of Data Protection*. Requisiti, che, come indicato, hanno consentito di inquadrare la soluzione tecnologica nella trama degli istituti di garanzia e di tutela che rappresentano l’ossatura della società europea e che permettono di giustificare e limitare l’introduzione di tali strumenti potenzialmente invasivi esclusivamente entro i confini necessari e temporali della situazione emergenziale, garantendo in questo modo quella fondamentale visione prospettica di ritorno alla normalità che deve necessariamente caratterizzare interventi dettati dalla necessità e dall’urgenza in contesti democratici<sup>26</sup>.

Maggiori criticità sono riscontrabili, invece, con riferimento al parametro dell’*ethics*. La mancata visione antropocentrica ha rappresentato, ad esem-

<sup>26</sup> Sul punto si veda DIMA, (2014) e FIORITTO, (2008).

pio, l'elemento che ha in maggior misura scoraggiato l'uso della soluzione tecnologica in Italia. L'app "Immuni", infatti, ha sofferto della mancanza di un piano strategico dettagliato che coinvolgesse in maniera chiara e puntuale il sistema sanitario mediante la predisposizione di appositi protocolli da attivare lungo tutto il percorso di tracciamento. Questo ha ingenerato un senso di smarrimento e di sfiducia tra gli utenti, i quali in molti casi si sono trovati ad affrontare da soli le conseguenze tipicamente classificate nell'ambito dei c.d. processi decisionali automatizzati *ex art. 22 del GDPR*. L'assenza, infatti, di protocolli specifici che garantissero il coinvolgimento sicuro e celere del fattore umano – *rectius* del personale sanitario – in grado di confrontare l'esito della notifica con le condizioni effettive del paziente ovvero di procedere alla somministrazione immediata di un tampone ha determinato in molti casi delle vere e proprie "discriminazioni da Covid-19". In assenza di adeguate indicazioni sul come affrontare correttamente la situazione, infatti, molti utenti allertati sono stati costretti ad autoisolarsi, senza tempi certi, con evidenti conseguenze in termini di accessibilità ai luoghi di lavoro, di circolazione sul territorio, nonché di gestione delle relazioni familiari ed interpersonali nonostante, è bene sottolinearlo, fossero soggetti solo potenzialmente positivi in attesa della somministrazione di un tampone. Tale problematica diffusa ha costretto il governo italiano a intervenire per ben due volte su tale aspetto, dapprima con l'introduzione dell'obbligo di caricamento per gli operatori sanitari del codice utente sul sistema centrale in caso di accertata positività<sup>27</sup> e successivamente con la creazione di un call center nazionale a supporto anche dei soggetti allertati mediante notifica. Nonostante tali accorgimenti, tuttavia, l'app, che aveva ricevuto al momento del lancio iniziale ben cinque stelle dal MIT *Technology Review* nell'ambito del progetto "Covid Tracing Tracker"<sup>28</sup>, presenta anche all'inizio del 2021 una media nazionale di download piuttosto bassa, pari a solo il 19,3% della popolazione<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 18 ottobre 2020 "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»".

<sup>28</sup> MIT Technology Review's Covid Tracing Tracker DB reperibile al seguente link <https://www.technologyreview.com/2020/05/07/1000961/launching-mitr-covid-tracing>.

<sup>29</sup> Dati aggiornati al 05 febbraio 2021 sul sito ufficiale dell'applicazione consultabile al seguente indirizzo Immuni - I numeri di Immuni (italia.it).

In Francia, invece, la necessità di rendere l’esperienza di tracciamento “più vicina” alle esigenze degli utenti al fine di incentivarne l’utilizzo ha costretto il governo nell’autunno 2020 ad abbandonare la prima versione denominata “Stop Covid” e a rilasciare una nuova e più performante applicazione a cui, preme sottolineare, è stato dato il nome particolarmente evocativo e significativo di “*Tous Anticovid*”, evidentemente diretto a sottolineare la necessità e l’imprescindibilità di una risposta collettiva alla lotta contro il virus. La versione più recente, oltre a fornire il tracciamento digitale facendo leva sulla tecnologia Bluetooth e sullo scambio di informazioni criptate, fornisce infatti una serie di nuove funzionalità connesse alla crisi sanitaria e allo stato di allerta dovuto alla pandemia come “*MesConseilsCovid*”, un questionario attraverso il quale è possibile ottenere un supporto personalizzato in caso di presenza di sintomi, e “*DepistageCovid*”, che fornisce una mappa aggiornata dei centri di *screening* con informazioni sui tempi di attesa forniti dagli stessi utenti<sup>30</sup>. Inoltre, in applicazione dell’art. 4 del decreto n. 2020-1310 del 29 ottobre 2020<sup>31</sup>, l’applicazione è stata integrata con il modulo di autocertificazione necessario per gli spostamenti durante le fasce orarie in cui sono attive le limitazioni agli spostamenti.

L’implementazione di queste nuove funzionalità ha effettivamente determinato un ampliamento del bacino di utenza dell’applicazione consentendo di raggiungere, come testimoniato dalla *Note d’éclairage du Conseil scientifique COVID-19* del 12 dicembre 2020, in poco tempo gli 11 milioni di download<sup>32</sup>.

Sotto il profilo strettamente tecnico, rileva sottolineare, tuttavia, che l’app francese, pur rispettando pienamente i criteri stabiliti a livello europeo dall’*European Board of Data Protection*, è stata realizzata sul modello di tipo centralizzato originariamente previsto dal consorzio tecnico PEPP-PT (*Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing*) e basato sulla presenza di un unico *server* destinato alla creazione dei singoli codici identificativi. Tale soluzione, inizialmente accolta diffusamente tra gli Stati membri, è stata ben presto abbandonata da paesi come la Germania e l’Italia che hanno optato, invece, per un sistema decentralizzato e, quindi, sulla creazione dei codici crittografati da parte dei singoli *device*, ravvisando nella prima soluzione un rischio elevato di reidentificazione dei soggetti risultati positivi, data la com-

<sup>30</sup> MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ, (2020).

<sup>31</sup> Décret n°2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l’épidémie de covid-19 dans le cadre de l’état d’urgence sanitaire.

<sup>32</sup> CONSEIL SCIENTIFIQUE COVID-19, (2020).

presenza all'interno di un unico luogo (il server centrale per l'appunto) sia dei codici identificativi che delle relative chiavi crittografiche<sup>33</sup>.

La differente soluzione tecnica implementata dal governo francese permette di spostare l'analisi sul terzo pilastro del percorso verso la *trustworthiness* e rappresentato dalla *robustness*. In tale ambito, rileva sottolineare preliminarmente che l'impiego di strumenti che prevedono la raccolta su vasta scala di informazioni di carattere personale, sebbene crittografate, richiede sempre e comunque un approccio proattivo di tipo *risk-based*. Come richiesto dal GDPR, infatti, in presenza di tali tecnologie, occorre sempre valutare in un'ottica prospettica gli eventi critici prevedibili, attraverso misure tecniche ed organizzative in un'ottica di *privacy by design* e *by default* ex art. 25, ma anche e soprattutto quelli non prevedibili, prospettando soluzioni da implementare in maniera celere ed efficiente in caso di evento dannoso. Considerare tali attività scevre da pericoli sarebbe al contrario un grave errore. In tal senso assume particolare rilievo la Relazione sui profili di sicurezza del sistema di allerta Covid-19 in cui in Italia il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR), a pochi giorni dal lancio dell'app "Immuni", ha evidenziato la necessità di tenere conto che un tracciamento digitale di tale spessore presenta in ogni caso criticità non solo per gli utenti dal momento in cui la "tecnologia Bluetooth risulta [...] particolarmente vulnerabile a intrusioni i cui effetti, in questo contesto, potrebbero essere tali da diffondere allarme ingiustificato nella popolazione, ad esempio mediante l'invio di messaggi falsi o fraintendibili, relativi, *inter alia*, allo stato di salute o al possibile contagio dei destinatari", ma anche sul piano geopolitico perché il non sicuro trasferimento delle informazioni può "prestarsi a manipolazioni dei dati stessi, per finalità di diversa natura: politica, militare, sanitaria o commerciale" (COPASIR, (2020), p. 13)<sup>34</sup>.

Lette alla luce di tale considerazione, assumono quindi particolare importanza le notizie relative alle violazioni di sicurezza che si sono verificate in Spagna e in Germania nel corso della pandemia. Il Governo spagnolo con un comunicato ufficiale ha dichiarato, infatti, che nel mese di ottobre 2020 è stato necessario procedere ad un aggiornamento dell'applicazione "Radar Covid-19" a causa di una accertata falla nel sistema di tracciamento

<sup>33</sup> Sul punto cfr. MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ, (2020); GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, (2020); ILSOLE24ORE, *L'app Immuni cambia. Seguirà il modello decentralizzato di Apple e Google*, 22 aprile 2020; BBC, *Coronavirus: Why are there doubts over contact-tracing apps?*, 20 aprile 2020.

<sup>34</sup> COMITATO PARLAMENTARE PER LA SICUREZZA DELLA REPUBBLICA (COPASIR), (2020).

che consentiva di risalire agevolmente all'identità dei soggetti positivi<sup>35</sup>. Infatti, dal momento in cui questi ultimi sono gli unici a comunicare al server centrale i propri codici, seppur in maniera anonima, qualsiasi soggetto terzo in grado di monitorare i dati di traffico poteva associare il trasferimento delle informazioni crittografate ad un utente univoco e, quindi, associarne indirettamente lo stato di positività<sup>36</sup>. La criticità, che è stata mitigata mediante l'introduzione di dati di traffico “fittizio” in modo da impedire l'associazione immediata tra dato criptato e soggetto che lo ha immesso<sup>37</sup>, ha comunque avviato una discussione animata connessa al fatto che la vulnerabilità non è stata resa subito pubblica perché ritenuta non di entità tale da integrare una violazione della sicurezza dei dati personali ai sensi dell'art. 33 del GDPR. Tuttavia, a testimonianza della delicatezza di quanto accaduto sotto il profilo della *robustness* dell'applicazione, il Segretario generale ha provveduto comunque a comunicare l'accaduto all'*Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD) e la stessa ha comunicato di aver attualmente in attivo una procedura aperta anche se sulla relativa gravità non si è ancora espressa<sup>38</sup>.

Sotto tale profilo, anche l'applicazione tedesca “Corona-Warn-App”, commissionata dal governo e realizzata dalle società tecnologiche SAP e Deutsche Telekom, ha presentato nel corso di questi mesi una vulnerabilità di carattere tecnico. Tale criticità, che è stata individuata e risolta dal gruppo di GitHub Security Lab, secondo il parere di uno dei ricercatori che ha con-

<sup>35</sup> EL PAÍS, *El Gobierno da finalmente los detalles de la brecha de seguridad de Radar Covid* La vulnerabilidad, considerada de “gravedad alta”, fue definitivamente resuelta el 30 de octubre, 20 novembre 2020 reperibile al link [El Gobierno da finalmente los detalles de la brecha de seguridad de Radar Covid | Tecnología | EL PAÍS \(elpais.com\)](#)

<sup>36</sup> Sul sito GitHub, in cui sono raccolte le specifiche tecniche di quasi tutte le applicazioni di tracciamento implementate a livello europeo, vi è una spiegazione dettagliata di quanto accaduto all'app Radar Covid19. Il link di riferimento è il seguente [Identification and deanonymization of COVID-19 positive users that upload Radar COVID TEKs to the Radar COVID server. · Advisory · RadarCOVID/radar-covid-backend-dp3t-server · GitHub](#)

<sup>37</sup> Il sito GitHub dichiara che la violazione è stata mitigata mediante l'introduzione del traffico fittizio, ma che sussistono ancora delle criticità addizionali da un punto di vista tecnico. Per un approfondimento v. [Identification and deanonymization of COVID-19 positive users that upload Radar COVID TEKs to the Radar COVID server. · Advisory · RadarCOVID/radar-covid-backend-dp3t-server · GitHub](#).

<sup>38</sup> EL PAÍS, *La ‘app’ Radar Covid ha tenido una brecha de seguridad desde su lanzamiento*, 22 ottobre 2020 reperibile al link [La ‘app’ Radar Covid ha tenido una brecha de seguridad desde su lanzamiento | Tecnología | EL PAÍS \(elpais.com\)](#).

tribuito a rilevarla “aveva il potenziale per influenzare l’integrità della risposta COVID-19 della Germania”<sup>39</sup>.

Sotto il versante, invece, della robustezza cosiddetta sociale è necessario evidenziare che la diffusione uniforme del tracciamento digitale in Spagna ha subito un significativo rallentamento determinato dalla peculiare declinazione regionale dell’assetto ordinamentale spagnolo. Infatti, la realizzazione di un fronte comune di carattere digitale nella lotta al virus, almeno nella prima fase della pandemia, è stata ostacolata dalla creazione di singole applicazioni digitali a livello regionale e locale originariamente giustificata dall’organizzazione per autonomie locali del sistema sanitario spagnolo. Come è noto, la *Ley Orgánica* 4/1981<sup>40</sup>, pur attribuendo all’organo esecutivo il potere di dichiarare lo stato d’allarme in caso di “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves” (art. 4, comma 1, lett. b) contempla la possibilità e l’opportunità di agire in maniera coordinata con le comunità autonome. In tale prospettiva, in seguito alla dichiarazione della pandemia, il *Real decreto* 463/2020<sup>41</sup> ha attribuito al governo il compito di gestire l’emergenza, ma al contempo ha confermato il mantenimento delle competenze delle autonomie locali nelle materie previste dal riparto, tra cui rientra anche esplicitamente il settore sanitario ai sensi degli artt. 148 e 149 della Costituzione<sup>42</sup>.

Tale frammentazione non solo ha rallentato il processo di tipo convergente verso un’unica soluzione a livello nazionale<sup>43</sup>, ma ha anche avuto degli strascichi all’indomani dell’adozione dell’app “Radar Covid” dal momento che i diversi modelli di monitoraggio delle informazioni e di condivisione dei codici criptati implementati dalle singole comunità autonome hanno inficiato la corretta e tempestiva comunicazione sia dei dati di utilizzo, sia dell’efficacia dell’applicazione, ingenerando un senso di smarrimento e di confusione tra la popolazione<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> EL PAIS, *La ‘app’ Radar Covid ha tenido una brecha de seguridad desde su lanzamiento*, 22 ottobre 2020 reperibile al link [La ‘app’ Radar Covid ha tenido una brecha de seguridad desde su lanzamiento | Tecnología | EL PAÍS \(elpais.com\)](https://elpais.com/tecnologia/2020-10-22/la-app-radar-covid-ha-tenido-una-brecha-de-seguridad-desde-su-lanzamiento).

<sup>40</sup> Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

<sup>41</sup> Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

<sup>42</sup> Sul punto cfr. SPAGNOLI, (2020).

<sup>43</sup> L’app *Radar Covid*, infatti, è stata lanciata solo a metà agosto del 2020 e attivata in cinque comunità autonome alla fine dello stesso mese.

<sup>44</sup> EL PAIS, *El gran misterio de cuánta gente ha usado realmente Radar Covid*, 15 novembre 2020, consultabile al link <https://elpais.com/tecnologia/2020-11-14/el-gran-misterio-de-cuanta-gente-ha-usado-realmente-radar-covid.html>



## 5. Conclusioni

In un’Europa che pone tra gli obiettivi da conseguire nell’immediato futuro la creazione di un mercato unico dei dati personali, incardinando tale finalità all’interno dell’intenso processo di digitalizzazione in corso, la pandemia da Covid-19 rappresenta un inatteso quanto cruciale banco di prova. L’inevitabile accelerazione dell’implementazione di strumenti digitali imposto dalla crisi sanitaria ha, infatti, permesso di portare alla luce una rilevante criticità sottesa, connessa alla difficoltà di creare un solido scenario di fiducia nei confronti dell’innovazione tecnologica.

La complessa esperienza europea di *contact tracing* ne è la prova più eclatante: pur in presenza di una forte base di legittimazione e di un indiscutibile interesse collettivo, data la necessità di affrontare in maniera sollecita ed efficace l’avanzamento del virus, l’assenza di piani strategici definiti in stretta collaborazione con i sistemi sanitari nazionali e/o locali, l’implementazione di approcci non uniformi, la presenza di falle negli impianti di sicurezza e la diffusa incapacità di trasmettere l’importanza sistemica dello strumento per fronteggiare la crisi pandemica hanno creato un senso di smarrimento e di sfiducia tale da impedire una piena e decisa penetrazione dello strumento tecnologico nella società europea, neutralizzando di fatto il contributo che avrebbe potuto apportare in termini di contrasto dell’epidemia.

Tali criticità, infatti, hanno inficiato la piena e corretta realizzazione di quel virtuoso percorso circolare in senso “*trustworthy*” che avrebbe dovuto necessariamente intraprendere il tracciamento digitale. Un processo che richiede oggi inevitabilmente, una volta garantita la proporzionalità dell’utilizzo di tali strumenti alla luce dell’art. 52 della Carta dei diritti fondamentali e, declinata in ambito di tutela dei dati personali, ai sensi dell’art. 23 del Regolamento europeo, un’attività di coordinamento tra i vari soggetti pubblici e privati variamente coinvolti. È proprio il cortocircuito che si è venuto a creare tra i diversi ambiti di interesse ad aver determinato, infatti, la sfiducia nei confronti dell’efficacia del rimedio tecnologico e la diffusa sensazione di una pericolosa deriva in termini di libertà di autodeterminazione e pieno esercizio della sfera di libertà riconosciute e garantite in assetti democratici. Tale panorama ha creato un terreno scosceso e frammentato su cui non ha avuto modo di innestarsi quello spirito solidaristico che innerva le costituzioni europee<sup>45</sup> e che trova eco a livello sovranazionale nel Trattato sul funzionamen-

<sup>45</sup> Il principio di solidarietà è esplicitamente consacrato nell’art. 2 della Costituzione italiana assumendo la connotazione di un dovere inderogabile che ricade sui consociati in ambito

to dell'UE, in particolare, nell'art. 222 considerato l'attuale scenario pandemico<sup>46</sup>. È mancato, in altri termini, quel dovere di solidarietà che, declinato da un punto di vista sociale e fondato su un forte senso di appartenenza e di condivisione dei valori, avrebbe dovuto costituire il vero motore dell'esperienza di *contact tracing* europeo, consentendo di superare individualismi inevitabilmente controproducenti in un momento di crisi sanitaria.

La pandemia ha, quindi, permesso di evidenziare che in società democratiche, fortemente orientate alla digitalizzazione, l'ingresso di nuove tecnologie potenzialmente in grado di influire sul pieno e consapevole esercizio di libertà e di diritti fondamentali, necessitano di innestarsi sempre all'interno di un ecosistema di tipo *trustworthy*. Affinché si affermino come strumenti al servizio della collettività e mai come mezzi di prevaricazione del singolo, le novità tecnologiche, infatti, non possono mai essere "calate dall'alto", ma al contrario richiedono un processo di osmosi che si instauri "dal basso" e che affondi le proprie radici nella cornice di valori e di principi condivisi dalla stessa comunità a cui sono destinate. Perché ciò sia possibile occorre un dialogo fattivo tra i vari soggetti coinvolti in modo che la fiducia non si sostanzi in una generica affidabilità della singola tecnologia, ma al contrario sia frutto di un intenso confronto tra l'anima giuridica e quella tecnica in modo da creare uno scenario che sia pienamente a supporto dell'innovazione e a tutela dei suoi utenti.

Tale constatazione, invero, non è totalmente aliena al dibattito sovranazionale dal momento in cui la necessità di un momento di confronto tra i diversi protagonisti della digitalizzazione ha trovato una prima piena trasposizione nel ruolo del *Data Protection Officer* ex art. 37 del GDPR che, in ambito di tutela dei dati personali, come è noto, rappresenta il *trait d'union* tra la sfera normativa e quella più spiccatamente tecnica e costituisce, inevitabilmente, un importante passo in avanti nel percorso regolativo connesso alla digitalizzazione.

politico economico e sociale. Nella Costituzione spagnola il principio solidaristico, disciplinato all'art. 2, emerge invece come strumento di coesione tra le regioni autonome che compongono lo Stato per poi assumere una declinazione marcatamente economica all'interno degli art. 138 e 156. Assume, invece, una sfumatura collettiva nell'art. 45 in materia di utilizzo razionale delle risorse naturali. Nella Costituzione francese il termine solidarietà compare nell'art. 87 in materia di *francophonie et des accords d'association*, mentre assume principalmente carattere economico nella legge fondamentale tedesca.

<sup>46</sup> L'art. 222, infatti, recita: "L'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo".

Quello che occorre, pertanto, è proseguire in maniera decisa e celere proprio verso questa direzione dal momento in cui appare incontrovertibile che in uno scenario in cui le innovazioni tecnologiche si fondono sempre più nel tessuto delle attività, personali e collettive, delineando nuovi scenari di azione e differenti esigenze di tutela – o al più dalle sfumature diverse rispetto al passato –, il giurista deve essere in grado di capire “le ragioni” del tecnico per individuare norme che consentano l’utilizzo delle tecnologie senza mettere in discussione i valori e i principi che animano il vivere comune e, al contempo, il tecnico deve conoscere “le ragioni” del giurista per comprendere effettivamente la portata dei rischi potenzialmente connessi a tali strumenti ed intervenire in modo proattivo al fine di minimizzare gli stessi.

Tale confronto, infine, esige anche una visione prospettica di carattere etico che, in presenza di novità tecnologiche avanzate ed orientate verso un contributo artificiale sempre più di tipo “intelligente”, impone un utilizzo delle stesse che sia sempre incentrato sul rispetto della dignità del singolo in modo che tali strumenti siano in grado di operare a supporto e mai a detrimento di quel percorso evolutivo di tipo personale e collettivo che si nutre proprio della pienezza dei diritti e delle libertà sanciti nelle carte costituzionali e che sono fondamento delle società democratiche anche nella loro veste digitale.

### Riferimenti bibliografici

- ACOCELLA, C. (2020). L’epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali. Rileggendo *La Peste* di Camus. *Diritti Regionali*, n.1.
- ACQUISTI, A.; GROSSKLAGS, J. (2005). Privacy and rationality in individual decision making. *Security & Privacy. IEEE*. 3. 26 - 33. 10.1109/MSP.2005.22.
- BARTH, S.; MENNO D.T., DE JONG (2017), The privacy paradox – Investigating discrepancies between expressed privacy concerns and actual online behavior – A systematic literature review. *Telematics and Informatics* 34 1038–1058.
- CARAVITA, B. (2020). L’Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana. *Federalismi.it*.
- COLAPIETRO C.; IANNUZZI A. (2020), App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa tra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali. *Dirittifondamentali.it*. n. 2.
- COFFA S. (2020), The infection of privacy at the height of COVID-19. *Medialaws.eu*.

- CONSULTATIVE COMMITTEE OF THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH REGARD TO AUTOMATIC PROCESSING OF PERSONAL DATA (CONVENTION 108) (2019). *Guidelines on Artificial Intelligence and Data Protection*.
- COMITATO PARLAMENTARE PER LA SICUREZZA DELLA REPUBBLICA (COPASIR), (2020). *Relazione sui profili di sicurezza del sistema di allerta Covid-19 previsto dall'articolo 6 del decreto-legge n. 28 del 30 aprile 2020*.
- COMMISSIONE EUROPEA (2020). Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni. *Una strategia europea per i dati*. COM/2020/66 final.
- CONSEIL SCIENTIFIQUE COVID-19 (2020). *Note d'éclairage du Conseil scientifique COVID-19, Accompagner une fin d'année pas comme les autres*.
- CONTUCCI, P. (2019). Intelligenza artificiale tra rischi e opportunità. *Il Mulino*, n.4.
- D'ALOIA, A. (2020). Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus. *Bio-law Journal, Rivista di Biodiritto*, n. 2.
- DE MINICO, G. (2016). *Costituzione, emergenza e terrorismo*. Jovene. Napoli.
- DIMA, D. (2014). Uso e abuso degli strumenti emergenziali. Alcune (ulteriori) distorsioni in tempo di crisi. *Federalismi.it*.
- EHEALTH NETWORK (2020). *Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID-19, Common EU Toolbox for Member States*. C (2020) 2296 final.
- EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. (2020). *Guidelines on the use of location data and contact tracing tools in the context of the COVID-19 outbreak*.
- GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (2020). *Valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali presentata dal Ministero della Salute relativa ai trattamenti effettuati nell'ambito del sistema di allerta Covid-19 denominato "Immuni"*. Nota sugli aspetti tecnologici [9357972].
- HERING, L. (2020). Covid-19 and constitutional law: the case of Germany. SERNA DE LA GARZA, J. M. (a cura di) *Covid-19 and Constitutional Law. Covid-19 et droit constitutionnel*. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México.
- HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2019). *A definition of AI: main capabilities and disciplines*.
- HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2020). *Assessment List for Trustworthy AI (ALTAI)*.
- FERRETTI L. et. al. (2020). Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing in *Science*. Vol. 368. Issue 6491.
- FINOCCHIARO, G. (2020). *Il punto sull'app Immuni: bilanciamento tra diritti*. *Media-laws.eu*

- FIORITTO, A. (2008). *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*. Il Mulino. Bologna.
- FLORIDI, L. (2015). *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*. Springer. London.
- HINCH et. al. (2020). *Effective Configurations of a Digital Contact Tracing App: A report to NHSX*. Report\_-\_Effective\_App\_Configurations.pdf (theconversation.com)
- LUCIANI, M. (2020), Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza. *Rivista AIC*, n. 2.
- LIANG F. (2020). COVID-19 and Health Code: How Digital Platforms Tackle the Pandemic in China in *Social Media + Society*, July-September. [sagepub.com/journals-permissions](https://sagepub.com/journals-permissions) DOI: 10.1177/2056305120947657.
- MAI; J.E. (2016). Big Data Privacy: The Datafication of Personal Information. *The Information Society*, 32 (3)
- MAYER-SHÖNBERGER, V.; CUKIER, K. (2013). *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*. Houghton Mifflin Harcourt. Boston.
- MEJIAS U.A.; COULDRY, N. (2019). Datafication. *Internet Policy Review*, 8(4).
- MESSINA, D. (2019). Online platforms, profiling, and artificial intelligence: new challenges for the GDPR and, in particular, for the informed and unambiguous data subject's consent. *Medialaws.eu*.
- MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ, (2020), *TousAntiCovid: réponses à vos questions*, [TousAntiCovid: réponses à vos questions - Ministère des Solidarités et de la Santé \(solidarites-sante.gouv.fr\)](https://www.solidarites-sante.gouv.fr)
- NORBERG, PATRICIA A., HORNE, DANIEL R., HORNE DAVID A. (2007). The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions Versus Behaviors. *The Journal of Consumer Affairs* 41, n. 1.
- PAPA, A. (2020). La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa nella Big Data society. *Consulta on line*.
- PIZZETTI, F. (2018). *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*. Giappichelli. Torino.
- PIZZETTI, F. (2020) Pandemia, Immuni e app di tracciamento tra GDPR ed evoluzione del ruolo dei Garanti. *Medialaws.eu*.
- POLLICINO O. (2020), Fighting Covid-19 and protecting privacy. A proposal in the light of the roots of European Constitutional law. *Medialaws.eu*.
- REELFS J. H., HOHLFELD O.; POESE I. (2020). Corona-Warn-App: Tracing the Start of the Official COVID-19 Exposure Notification App for Germany, in *ACM*

*Special Interest Group on Data Communication*,  
<https://doi.org/10.1145/3405837.3411378>.

SHARON, T. (2020). Blind-sided by privacy? Digital contact tracing, the Apple/Google API and big tech's newfound role as global health policy makers. *Ethics and Information Technology*. Springer. London.

SPAGNOLI, F. (2020). L'emergenza Covid 19 in Spagna e negli Stati Uniti: un bilancio comparato. TARCHI R. (a cura di), *L'emergenza sanitaria da Covid 19: una prospettiva di diritto comparato Gruppo di Pisa*, Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale, n. 1.

THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA, (2020). *How Korea responded to a pandemic using ICT Flattening the curve on COVID-19*.

ZENO-ZENCOVICH, V. (2020). I limiti delle discussioni sulle "app" di tracciamento anti-Covid e il futuro della medicina digitale. *Medialaws.eu*.

# LA EDUCACIÓN DIGITAL: DEL ESCEPTICISMO A SU EFECTIVA IMPLEMENTACIÓN EN EL CONTEXTO ESPAÑOL DE PANDEMIA

TAMARA ÁLVAREZ ROBLES

SUMARIO: 1. Educación Presencial: el entorno tecnológico-digital en su relación con el derecho a la educación. – 2. La apertura a la educación digital: génesis y evolución del derecho digital en el marco constitucional español. – 3. Apertura a la educación digital: análisis del artículo 83 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales. Derecho a la educación digital. – 4. La potenciación de la educación digital desde la crisis de la Covid-19. – 5. El futuro del derecho a una educación digital: la Carta de los Derechos digitales. – 6. Conclusiones.

## **1. Educación Presencial: el entorno tecnológico-digital en su relación con el derecho a la educación**

El derecho a la educación es un derecho fundamental internacionalmente reconocido<sup>1</sup> y constitucionalmente previsto en el artículo 27 de la Constitución Española<sup>2</sup>. Podemos decir que el derecho a la educación es un derecho basilar sobre el que se sustenta el Estado Social y Democrático de Derecho y que por ello se asegura como un derecho prestacional, que se completa con la libertad de enseñanza<sup>3</sup>. “Es inequívoca la vinculación del derecho a la

<sup>1</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 26); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13); Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952 (art. 2); Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 14).

<sup>2</sup> Siendo este completado por normativa orgánica a consecuencia de su carácter controvertido: Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación; Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades; Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades; Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Así como por otras leyes ordinarias sectoriales y/o territoriales. Y perfeccionado por la doctrina del Alto Tribunal: SSTC 5/1981; 77/1985; 86/1985; 26/1987; 55/1989; 106/1990; 130/1991; 235/1991; 68/2018; 74/2018; 51/2019; 109/2019; etc.

<sup>3</sup> En la vertiente negativa de tal libertad el Estado habrá de abstenerse de orientar la en-

educación con la garantía de la dignidad humana, dada la trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para establecer una sociedad democrática avanzada”<sup>4</sup>.

Nos encontramos ante un derecho doblemente importante debido a que no sólo hablamos de educación en el sentido de ser receptor de una enseñanza (diferenciando así el derecho a la educación *stricto sensu* y la libertad de enseñanza) sino también de integración y participación en la sociedad. De ahí que se promueva la implicación de todos los poderes públicos para su implementación y desarrollo<sup>5</sup>. Si aceptamos que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad que actualmente es tecnológico-digital podemos entender que la universalización de los derechos, como la educación, se topa con dificultades para lograr su plenitud en cuanto los titulares del mismo presentan diferencias con respecto a otros receptores de este derecho, en este caso debemos referirnos a los colectivos vulnerables, especialmente a la brecha digital. En otras palabras, el ejercicio y garantía del derecho a la educación a todas las personas está condicionado a las circunstancias no sólo sociales (globalidad y digitalización) sino más aún personales del valedor o tenedor del mismo (vulnerabilidad).

señanza en un sentido político, ideológico, religioso, etc. y computa un deber de escolarización en las edades obligatorias, esto es en la enseñanza básica. Mientras que, la libre enseñanza en su vertiente positiva comporta: el Derecho de los particulares o personas jurídicas a crear instituciones educativas; el derecho de los padres a elegir el centro educativo que sea más acorde con sus convicciones ideológicas, morales o religiosas; el Derecho del profesor a la libertad de cátedra conforme al 20.1 c) CE.

<sup>4</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8.

<sup>5</sup> En la Carta Marga, “tras el derecho a la educación (art. 27.1 a) se afirma la libertad de enseñanza (art. 27.1 b); al lado del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que estimen más oportuna para sus hijos (art. 27.3), figuran el derecho a la libertad de cátedra (art. 20.1) y la libertad de conciencia (arts. 14, 16, 20 y 23). Y si se garantiza la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6), también se responsabiliza a los poderes públicos de una programación general de la enseñanza (art. 27.5) orientada a asegurar un puesto escolar a todos los ciudadanos. Finalmente, la ayuda a los centros docentes (art. 27.9) tiene que compaginarse con la intervención de profesores, padres y alumnos en el control y gestión de esos centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7). Corresponde al legislador el desarrollo de estos preceptos, de modo que resulten modelados equilibradamente en su ulterior desarrollo normativo”. Preámbulo de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación.



Si bien, previamente a detenernos en estas cuestiones hemos de conocer qué es y qué no es derecho a la educación:

- Es un derecho de prestación, en tanto que los poderes públicos están sometidos al mandato constitucional tendente a garantizar la efectividad de este derecho, principalmente en los niveles básicos de enseñanza (período de escolaridad obligatoria, STC 86/1985).

- El derecho a la educación no comprende la gratuidad educativa en cualquier centro (STC 195/1989).

- El derecho a la educación en principio no incluía el derecho de los padres a reivindicar que sus hijos reciban íntegramente enseñanza en la lengua que ellos elijan, pues pese a que el Tribunal Constitucional ha señalado [SSTC 195/1989, FFJJ 3 y 5, y 37/1994, FJ 9] que el derecho a la educación reconocido en el art. 27 CE no garantiza el derecho a recibir la enseñanza en una única de las lenguas cooficiales, las novedades legislativas tienden a la posibilidad de que esto cambie en un futuro cercano<sup>6</sup>.

- La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1 b), c) LOE] “[...] “Un principio, por lo demás, que no solo opera como directriz que la Constitución impone a los poderes públicos, y muy singularmente al legislador (arts. 27.2, 4, 5 y 8 CE), sino que integra el contenido de la dimensión prestacional del derecho de los niños a la educación (art. 27.1 CE)”. (STC 133/2010, FJ7.a) y b).

Junto a algunas de las notas que definen el contenido del derecho a la

<sup>6</sup> Para lo cual podemos partir de la STC 31/2010 en cuanto a que considera que “han de ser no sólo objeto de enseñanza, sino también medio de comunicación en el conjunto del proceso educativo, es constitucionalmente obligado que las dos lenguas cooficiales sean reconocidas por los poderes públicos competentes como vehiculares”. Ante esta situación se plantea la posibilidad de que el castellano deje de ser lengua vehicular, esto es, lengua que se utiliza para enseñar, para explicar las distintas materias que hacen parte del currículo, en aquellos territorios que tienen una lengua cooficial, en el actual Proyecto de Ley de modificación de la Ley Orgánica de Educación, conocida por su acrónimo LOMLOE.

educación hemos de conocer cómo este es prestado: así, de forma genérica veremos cómo la enseñanza que se ha venido implementando es preeminentemente presencial y en menor medida a distancia.

En una revisión de la normativa de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE), podemos advertir que se garantiza y protege una educación presencial quedando la educación a distancia, entre la que se encuentra la modalidad online, relevada a circunstancias excepcionales: porque el alumno no pueda asistir regularmente a la clase (art. 3.9 LOE); a los supuestos en que esa enseñanza sea un complemento: por tratarse de materias voluntarias (art. 42.5 LOE), de la formación en idiomas en las escuelas oficiales (art. 60.3 LOE); o por tratarse de educación para adultos o mayores de dieciséis años que tengan un contrato laboral que no les permita acudir a los centros educativos en régimen ordinario o sean deportistas de alto rendimiento (art. 67.2 LOE). De este modo, la regla general es la enseñanza presencial y la excepción es la enseñanza a distancia (en sus distintas modalidades).

Por su parte, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante LOU) contempla en su artículo 4.3, junto a la mencionada enseñanza presencial, la enseñanza no presencial, que puede ser llevada a cabo de manera exclusiva (a distancia *stricto sensu*) o parcial (semipresencial), pudiendo apuntar aquí la citada modalidad online.

A ello hemos de sumarle que el Tribunal Constitucional se muestra favorable a la educación presencial, dejando la educación a distancia relegada a los casos mencionados: excepcionalidad, complementariedad o mayoría de edad y situaciones asimiladas<sup>7</sup>.

En otras palabras, la posibilidad de atender a una educación digital/online, desde la consideración de una enseñanza complementaria o excepcional en la enseñanza regulada por la LOE o en la enseñanza universitaria superior conforme a la LOU y a lo ya apuntado, si bien no se cierra en vistas de nuestro marco normativo ni siquiera en sus niveles básicos, ésta se verá condicionada a situaciones de subsidiariedad, en tanto que se cumpla con la finalidad de pleno desarrollo de la personalidad humana, de forma-

<sup>7</sup> Así mismo, el derecho a la educación, más aún cuando la modalidad no es presencial, debe cumplir unos requisitos mínimos: “por un lado, que su finalidad obedezca al pleno desarrollo de la personalidad humana y, por otro, que esté asegurada la suficiencia de contenidos, ya que es principio constitucional la habilitación a los poderes públicos para homologar e inspeccionar el sistema educativo” (STC 133/2010, FJ1).

ción en el conocimiento y respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Así, “a la vista del art. 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE)”, (STC 133/2010, FJ 9). Si bien, como mencionamos, esa flexibilidad habrá de “garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos” (STC 133/2010, FJ 8 b). Siendo que el Tribunal Constitucional puede llegar a dudar de que ello se consiga eficientemente en aquellos modelos que no comportan prespecialidad cuando analiza el *home-schooling*: “una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización”, (STC 133/2010, FJ 8 b).

## 2. La apertura a la educación digital: génesis y evolución del derecho digital en el marco constitucional español

La preocupación por la adaptación del sistema educativo español a la realidad social ha estado ciertamente presente en el constitucionalismo español, así podemos ver cómo inquietaba a la Comisión del Senado sobre Redes Informáticas en 1998 la incorporación de las tecnologías en la enseñanza tanto primaria como superior, cómo se preocupaban por la necesidad de formar a los docentes en éste ámbito, dedicando una especial atención al sistema universitario, del que advierte su futura virtualidad: “exigirá cambios legislativos y sobre todo de costumbres, ya que habremos de concebir esta institución como algo que no necesariamente funcione de forma exclusivamente síncrona, sino también con criterios de no presencialidad”<sup>8</sup>. Sin embargo, se ha mantenido un cierto recelo a la efectiva implementación de esta modalidad, considerada injustamente de menor calidad, inferior.

El legislador se ha interesado por la adaptación de los currículos de los

<sup>8</sup> Acuerdo del Pleno del Senado por el que se aprueba el Informe de la Comisión Especial sobre redes informáticas (650/000006), p. 8.

alumnos al contexto tecnológico-digital, esto es, la capacitación de quienes reciben esa enseñanza desde las edades más tempranas, a modo de ejemplo: en la educación primaria se prevé la iniciación para la utilización, el aprendizaje, de las tecnologías de la información y de la comunicación (art. 17 LOE); la educación secundaria obligatoria se propone como objetivo adquirir una preparación básica en el campo de las tecnologías, especialmente las de la información y la comunicación (art. 23.e LOE); en bachillerato el acceso y la crítica a los contenidos científico tecnológicos, junto a los específicos de cada rama (art. 33. i, j, LOE). De igual modo, se ha previsto en la normativa referida a la formación permanente del profesorado el establecimiento de programas específicos destinados al uso de las tecnologías de la información y de la comunicación (art. 102.3 LOE)<sup>9</sup>.

Mientras que la adaptación de la enseñanza a distancia a la digitalización, al modelo online, podemos verla, de forma nítida en el sistema universitario, a modo de ejemplo la Universidad Nacional de Educación a Distancia<sup>10</sup>. Donde la presencialidad irá cediendo paso a las tecnologías de la información y de la comunicación (década de los 90: radio, televisión, materiales digitales) hasta la actual digitalización (utilización de sistemas digitales e internet)<sup>11</sup>.

Estas adaptaciones a la educación digital de calidad responden, en cierta medida, al impulso supranacional positivado en los distintos Planes de Acción de Educación Digital de la UE (Plan 2018-2020<sup>12</sup>, el Plan 2021-2027<sup>13</sup>)<sup>14</sup> así como de las Agendas de la ONU (Agenda de Túnez<sup>15</sup>; Agenda

<sup>9</sup> Junto a esta posibilidad el Proyecto de Ley de Modificación de la Ley Orgánica de Educación (LOMLOE) establece como competencia transversal la educación digital.

<sup>10</sup> Creada en agosto de 1972 y con presencia en regiones sin universidades, manuales en soporte papel

<sup>11</sup> Con sus más de 260.000 estudiantes; con una oferta educativa que abarca 26 títulos de grado, 43 másteres, más de 600 programas de formación continua.

<sup>12</sup> Que tenía los siguientes ámbitos prioritarios: hacer un mejor uso de la tecnología digital para la enseñanza y el aprendizaje; desarrollar competencias y capacidades digitales y mejorar la educación gracias a un mejor análisis de los datos y de las previsiones.

<sup>13</sup> Que se marca como prioridades estratégicas el desarrollo de un ecosistema educativo digital de alta calidad, inclusiva y accesible y el perfeccionamiento de competencias y capacidades digitales para una transformación digital.

<sup>14</sup> De este modo la Comisión ha puesto a recursos educativos a través de sus comunidades educativas online que se enmarcan en dos categorías: educación escolar, con el portal de educación escolar y e-Twinning; y aprendizaje para adultos, con la plataforma EPAL.

<sup>15</sup> Sirva por todos el punto 8. "Reconocemos la magnitud del problema vinculado al cie-

2030<sup>16</sup>) que terminan por dibujar las estrategias nacionales de educación (Agenda España Digital 2025, Plan de educación digital de Cataluña 2023).

Con ello podemos ver que estas previsiones normativas y las políticas públicas son realizadas en aras a adaptar la enseñanza a la realidad omnipresente de las tecnologías de la información y de la comunicación, realidad tecnológico-digital española que condiciona el derecho a la educación<sup>17</sup> en tanto que un 91 y 92,5% de la población se ve influenciada por la Red<sup>18</sup>. En esta realidad, a que le ha de responder el derecho a la educación en su perspectiva más amplia, hemos de conocer que España es el décimo país europeo en digitalización, sin embargo, destaca la falta de capacidades digitales, la brecha digital: pues, en 2018 1/5 parte de los españoles estaban desconectada y casi la mitad de la población Carecían de competencias digitales básicas<sup>19</sup>. Por ello, esa brecha digital, que ha sido tenida en consideración a la hora de defender la prespecialidad en la enseñanza a fin de evitar crear desigualdades entre los estudiantes<sup>20</sup>, es el talón de Aquiles de la educación

re de la brecha digital, que necesitará durante muchos años inversiones adecuadas y duraderas en la infraestructura y los servicios de las TIC, así como en el fomento de capacidades y la transferencia de tecnología”.

<sup>16</sup> En su objetivo 4 se marca como objetivo prioritario el ayudar a los países a movilizar recursos e implementar soluciones innovadoras y adecuadas al contexto para proporcionar una educación a distancia a la vez que se aprovechan los enfoques de alta tecnología, baja tecnología o sin tecnología.

<sup>17</sup> Sabiendo que este a su vez se afecta por un contexto intra, extra y trans-subjetivo de percepción individual-social, político-económico.

<sup>18</sup> Informe de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e infraestructuras digitales (SETELECO) Cobertura de banda ancha en España en el año 2019, de fecha de 30 de abril de 2020; Informe “We Are Social” 2020, Hootsuite; Internet World Stats.

<sup>19</sup> Índice de la Economía y la Sociedad Digitales (DESI) 2018. En 2019, el 94,3 % de la población española disponía de cobertura de banda ancha de 30 Mbps o más, y el 83,6 % de 100 Mbps o más ; en suma, el 91,2 % de los hogares tienen acceso a internet de banda ancha , casi 43 millones de españoles se conectan diariamente a internet (más de un 4% con respecto al año anterior), empleando en torno a 6 horas diarias, 29 millones utilizan diariamente las redes sociales, existen en España más de 54 millones de líneas móvil (94% smartphones), Informe de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e infraestructuras digitales 2020 (SETELECO) cit.

<sup>20</sup> Esto es se pueden producir desigualdades entre aquellos estudiantes que no tienen acceso a internet y/o a las tecnologías de la información y de la comunicación (aun teniendo el conocimiento suficiente para su uso o manejo); ente quienes no tienen capacidades digitales (aun teniendo a su disposición las tecnologías y el acceso necesario) y entre quienes carecen de ambas, frente a quienes disponen de ellas y acceden a completamente a la enseñanza online.

online. Si bien es cierto, las últimas reformas normativas (en especial la LO 3/2018), así como los distintos planes de actuación y agendas de los Ejecutivos (a modo de ejemplo la Agenda España Digital 2025) tienden a eliminar las brechas tecnológico-digitales en todos los ámbitos educativos para que desde la formación y educación en capacidades y competencias digitales se reduzcan las brechas digitales y se conserven los valores democráticos en el entorno virtual<sup>21</sup>. Dicho de otro modo, el legislador basa su concepción de Estado digital en la educación digital de calidad y para ello positiva en la Ley Orgánica 3/2018 el concreto artículo 83 bajo la rúbrica “derecho a la educación digital” y lo hace en un contexto previo a la pandemia de la Covid-19.

### **3. Apertura a la educación digital: análisis del artículo 83 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales. Derecho a la educación digital**

El artículo 83<sup>22</sup> de la Ley Orgánica 3/2018, en estrecha relación con los

Otras de las oposiciones a la enseñanza online (no tanto considerando a la enseñanza a distancia) la encontramos en el Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación de 2016: se pueden ver afectados los valores humanos, no se tienen en cuenta los contextos y necesidades locales, se puede producir una merma en la capacidad crítica de los estudiantes, se corre el riesgo de empeorar la calidad en la educación a incluso advierte la posibilidad de fraude, la comercialización y la privatización de estas enseñanzas a la que se une una pérdida de autonomía del profesor que se convertiría en un mero difusor de contenidos, que en ocasiones no selecciona. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, A/HRC/32/37.

<sup>21</sup> En este sentido hemos de precisar los tres tipos de competencias, de capacidades o habilidades digitales: básicas (las que ha de poseer cualquier ciudadano: utilización de office, acceso a contenidos de internet, etc.); avanzadas (las adquiridas en el sistema educativo en educación primaria y secundaria, en universidad no siendo específicas); y específicas (ciberseguridad).

<sup>22</sup> Art. 83: “1. *El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales.*

*Las Administraciones educativas deberán incluir en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración la competencia digital a la que se refiere el apartado anterior, así como los elementos relacionados con las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red.*

artículos 84, 92 y 97 y con las disposiciones adicional vigésimo primera y finales octava y décima, será el encargado de desarrollar el derecho a la educación digital, esto es, de velar por el cumplimiento del artículo 27 de la Norma Suprema en su íntima relación con las tecnologías de la información y de la comunicación<sup>23</sup>. Siendo los titulares del mismo no solo los alumnos, estudiantes, de todos los niveles educativos (desde infantil hasta educación universitaria), sino también los docentes (que habrán de recibir la formación adecuada y competencias digitales) e incluso los propios funcionarios (desde la selección de los mismos). Mientras que los obligados y responsables de este derecho, de la garantía de la plena inserción en la sociedad digital en su relación con la formación y capacitación digitales, tal y como a continuación expondremos, serán el propio Estado junto con las Comunidades Autónomas, cuyas administraciones educativas deberán velar por lo allí contenido, por las concretas obligaciones positivas que en la norma se establecen.

En otras palabras, el derecho a la alfabetización digital que se nos presenta comporta el conocimiento y la determinación de reducir, cuando no de eliminar, la brecha digital que en el ámbito español se sitúa principalmente en la capacitación, en el conocimiento y manejo de las tecnologías de la información y de la comunicación (frente a la penetración de internet en la cual España está bien posicionada). De este modo, se atiende a uno de los mayores retos: la lucha contra la desigualdad en el disfrute de los derechos económicos, políticos, sociales y culturales.

Este es el motivo por el cual el artículo 83 se marca como objetivo principal la consecución de la inclusión digital<sup>24</sup> entendida como la creación de

2. *El profesorado recibirá las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos referidos en el apartado anterior.*

3. *Los planes de estudio de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado, garantizarán la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet.*

4. *Las Administraciones Públicas incorporarán a los temarios de las pruebas de acceso a los cuerpos superiores y a aquéllos en que habitualmente se desempeñen funciones que impliquen el acceso a datos personales materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y en particular el de protección de datos”.*

<sup>23</sup> ÁLVAREZ ROBLES, T. (2020) “Garantía de los derechos digitales” (comentario al Título X y a los Arts. 79-86), En Villanueva Turnes (coord.). *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de derechos digitales*. Dilex, pp. 287-326.

<sup>24</sup> “Más allá del acceso a herramientas y servicios de TIC e incluso más allá de la alfabetización digital, una política de e-Inclusión debe centrarse en el empoderamiento y la participa-

un mandato a los poderes educativos de implementar los mecanismos necesarios de alfabetización digital, capacitación, aprendizaje, a fin de remover los obstáculos existentes que arrojan los datos sobre brecha digital más significativos en el contexto español, considerando, además, de forma específica a aquellas situaciones que pueden precisar de una mayor intervención pública en tanto que advirtamos una necesidad educativa especial<sup>25</sup>.

Centrándose principalmente en la Administración y en el propio sistema que posibilita efectivamente la educación digital no sólo a nivel obligatorio, sino también en el ámbito de la educación superior. Ésta última precursora de la digitalización en la enseñanza, en tanto que la LOU prevé la modalidad a distancia y semipresencial (art 4.3).

El apartado primero del mismo se orienta a garantizar que el sistema educativo asegure “la plena inserción del alumnado en la sociedad digital”, para lo cual basa el aprendizaje en dos líneas: la seguridad, “el aprendizaje del uso seguro”, en especial la capacidad de actuación ante situaciones de riesgo y violencia; y el respeto a los valores, derechos y libertades constitucionales: “el aprendizaje del respeto a la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales” (art. 18 CE) de los medios digitales<sup>26</sup>.

Así la necesidad de inclusión digital, que apunta la norma desde el derecho a la educación, de e-inclusión, deviene, como hemos señalado anteriormente, de la idea de que “las tecnologías de la información y la comunicación se están convirtiendo en facilitadores clave de la vida moderna”<sup>27</sup>. La inclusión digital supone por tanto la inclusión social, pues las tecnologías de la información y de la comunicación, entre las que se encuentra internet<sup>28</sup>,

ción de las personas en la sociedad del conocimiento y la economía”. Para ello se marca como áreas de actuación: el e-gobierno, la e-administración, la accesibilidad y la usabilidad, el acceso a internet. *Information and communication technology for an inclusive society – Frequently asked questions*. MEMO/06/237. Traducción Propia

<sup>25</sup> ÁLVAREZ ROBLES, T. (2019, a). “La discapacidad en el sistema universitario español desde la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas”. En BLEDA PÉREZ-PEDRERO, E. (dir.). *Derecho a la educación de las personas con discapacidad*. Tirant Lo Blanch. México pp. 93-116.

<sup>26</sup> Art 27.2 particularizando en este supuesto con el art. 18 en tanto que precepto más conexo con el entorno digital

<sup>27</sup> *Information and communication technology for an inclusive society – Frequently asked questions*. MEMO/06/237. *Cit.* Traducción propia.

<sup>28</sup> En este sentido en el derecho de acceso a internet que propongo incorporar al texto



“se utilizan en el trabajo, en las relaciones cotidianas, al tratar con los servicios públicos, así como en la cultura, el entretenimiento, el ocio y la participación comunitaria y política. En este contexto, la inclusión digital trata básicamente de utilizar las tecnologías de la información y de la comunicación para mejorar la inclusión social en la sociedad del conocimiento y de concebirlas sin para que todos puedan utilizarlas. Más allá del acceso a herramientas y servicios de tecnologías de la información y de la comunicación, e incluso más allá de la alfabetización digital, una política de e-Inclusión debe centrarse en el empoderamiento y la participación de las personas en la sociedad del conocimiento y la economía”<sup>29</sup>.

De este modo, el sistema educativo, en el sentido amplio del mismo<sup>30</sup> (educación básica obligatoria y enseñanza superior) ha de conseguir esa inserción digital del alumnado, prestando además un mayor apoyo a las personas con necesidades educativas especiales<sup>31</sup>. Y ello lo habrá de realizar a tra-

constitucional marco como uno de los principios indisponibles la accesibilidad/acceso: que supone en un primer momento la determinación de lucha contra la brecha digital, de modo que se entiende la inclusión digital como obligación de los poderes públicos que han de implantar mecanismos de alfabetización digital, capacitación, aprendizaje y remover los obstáculos existentes. Considerando para ello de forma específica aquellas situaciones que más puedan necesitar de la intervención pública: en función de la existencia de una necesidad especial, de la economía, la edad, el género o la situación geográfica. Para lo cual podría ser suficiente la previsión del principio, esto es, no sería necesaria la explicitación de la totalidad de los colectivos que conforman esa brecha digital o que se encuentran excluidos. El acceso universal que guía nuestro principio de accesibilidad, supone la ruptura de barreras de acceso, a personas con necesidades especiales, relacionadas con discapacidad, siendo importante que figure la inclusión digital.

<sup>29</sup> Para ello se marca como áreas de actuación: el e-gobierno, la e-administración, la accesibilidad y la usabilidad, el acceso a internet. *Information and communication technology for an inclusive society – Frequently asked questions*. MEMO/06/237. *Cit.* Traducción Propia.

<sup>30</sup> La educación, educación va más allá de ser receptor de una enseñanza sino también de integración y participación en la sociedad, como es defendido por el Tribunal Constitucional en STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4: “Para analizar esta cuestión debemos tener presente el marco normativo específico sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad, constituido por el art. 27 CE, que reconoce el derecho de todos a la educación, el art. 14 CE que prohíbe ‘discriminación alguna’ por ‘cualquier circunstancia o condición personal’ y el art. 49 CE que, sin reconocer derechos fundamentales, sí ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de los discapacitados. Estos preceptos, como este Tribunal ha venido afirmando desde la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4, han de ser interpretados, en virtud del art. 10.2 CE”.

<sup>31</sup> Recordemos en cumplimiento de la normativa sobre accesibilidad que derivaría de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 y unámoslo al Real Decreto

vés del compromiso de las Administraciones educativas que habrán de incorporar en el diseño de las distintas asignaturas estas competencias digitales<sup>32</sup>, pese a que el precepto referencie específicamente a las asignaturas de libre configuración. Para lo cual tendrán un plazo de un año desde la entrada en vigor de la propia norma (6 de diciembre de 2019), de acuerdo con la disposición adicional vigésimo primera<sup>33</sup>, plazo ampliamente cumplido. Con todo ello se daría cumplimiento al mandato constitucional del referido artículo 27 de la Norma Fundamental.

En el apartado segundo del artículo 83 se presta una especial consideración al profesorado, que sería el encargado de transmitir esas competencias digitales (básicas, avanzadas y/o específicas) al alumnado, para lo que establece la capacitación y la formación como el principal eje sobre el que pivota el resto del derecho<sup>34</sup>.

1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público, como una de las concretas actuaciones para implementar esa inclusión.

<sup>32</sup> Es por ello que se procede a la modificación de la “disposición final décima y se incluye una nueva letra l) en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que queda redactado como sigue: «l) La capacitación para garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad individual y colectiva». Se recoge ese mismo mandato a la institución universitaria en la disposición final octava y se incluye una nueva letra l) en el apartado 2 del artículo 46 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, con el contenido siguiente: «l) La formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet.»

<sup>33</sup> Disposición adicional vigésima primera. Educación digital. “Las Administraciones educativas darán cumplimiento al mandato contenido en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 83 de esta ley orgánica en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la misma”.

<sup>34</sup> Ciertamente es que, en el horizonte legislativo español se prevén las reformas de las normas de educación básica (LOMCE) y superior (LOU), insistiendo en la necesidad de tener en cuenta el cambio digital que se está produciendo en nuestras sociedades y que afecta a la actividad educativa. que incluyen la atención al desarrollo de la competencia digital de los estudiantes de todas las etapas educativas, tanto a través de contenidos específicos como en una perspectiva transversal. No hemos de perder de vista que la capacitación en lo referente a las tecnologías de la información y de la comunicación ha sido una constante en las distintas normas que regulan el sistema educativo español, tal y como se ha ido exponiendo a lo largo del presente trabajo.

El tercero de los apartados dedicado al ámbito universitario reitera el contenido previo esta vez centrado en la enseñanza superior, que se completa con la disposición final octava, que modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades a fin de incorporar estas previsiones.

Mientras que el apartado cuarto, que sería introducido en la fase de enmiendas, se refiere a la incorporación de tales materias en la fase de las pruebas de acceso a cuerpos superiores o a aquellos cuyas funciones comportan el uso o tratamiento de datos personales.

Este precepto se completa con el artículo 97 que contiene el mandato a los Gobiernos central y autonómicos de desarrollar el Plan de Acceso a Internet en el que figura la educación como objetivo principal: “1. El Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas, elaborará un Plan de Acceso a Internet con los siguientes objetivos: c) fomentar medidas educativas que promuevan la formación en competencias y habilidades digitales básicas a personas y colectivos en riesgo de exclusión digital y la capacidad de todas las personas para realizar un uso autónomo y responsable de Internet y de las tecnologías digitales”. Igualmente, el apartado segundo del artículo 97, establece que se habrá de aprobar “un Plan de Actuación dirigido a promover las acciones de formación, difusión y concienciación necesarias para lograr que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de las redes sociales y de los servicios de la sociedad de la información equivalentes de internet con la finalidad de garantizar su adecuado desarrollo de la personalidad y de preservar su dignidad y derechos” complementando así el derecho a la educación digital.

Desde el artículo 83 se da cumplimiento al mandato constitucional contenido en el precepto 27 CE en tanto que influye en las disposiciones finales sobre la reforma de la normativa de educación y universitaria. Así la disposición final octava modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades al introducir la letra i del artículo 42 esto es “la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet”; mientras que la disposición final décima introduce “la capacitación para garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad individual y colectiva” a través de la letra l) en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Con ello, el artículo 83, y el conjunto de preceptos con éste relacionados, responde a la brecha digital, de un lado, y a la concienciación en seguridad,

de otro, a través de la educación, que se erige como uno de los pilares fundamentales en el ámbito digital<sup>35</sup>.

#### 4. La potenciación de la educación digital desde la crisis de la Covid-19

Si bien es cierto que, conforme a lo ya expuesto, el marco normativo educativo español contenía la previsión del derecho digital, no es menos cierto que la implementación del mismo distaba de los objetivos marcados en la propia norma. Sin embargo, aún alejados de esas previsiones, la apuesta decidida por el desarrollo de los derechos digitales y concretamente el derecho de acceso a internet<sup>36</sup>, el derecho a la ciberseguridad y el derecho a la educación digital ayudaron en el contexto de crisis de la Covid-19 en el cual se suspendieron las clases presenciales y se propuso la educación a distancia, preminentemente en su modalidad online<sup>37</sup>, como solución de continuación, esto es, se flexibilizaría el derecho a la educación a fin de no suprimir materialmente el mismo, pues ello no sería posible observando la normativa que regula el estado de alarma declarado (art. 55 CE y Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio).

A fecha de 14 de marzo de 2020, el Gobierno de España decretó el estado de alarma<sup>38</sup>, esto es, ya pasado el periodo de un año que la norma orgánica preveía para la implementación del derecho a la educación digital. El Decreto propone medidas de contención, de continuidad, en el ámbito educativo y de la formación, como modulación o flexibilización del derecho a la educación y para todos los niveles educativos (siempre que resultase posible), la educación a distancia y la educación online (art. 9.2º). Y lo hace en

<sup>35</sup> Siendo que la brecha digital supone a día de hoy uno de los mayores retos a combatir en aras al disfrute de derechos económicos, políticos, sociales y culturales, como puedan ser la libertad de opinión y de expresión, asociación, educación, al progreso científico y la vida cultural, junto a la seguridad digital que se muestra como una pieza fundamental a fin de garantizar la propia pervivencia de las sociedades digitales.

<sup>36</sup> Cuyo contenido esencial del derecho de acceso a internet en la perspectiva del servicio universal está configurado por el acceso a herramientas básicas de formación y educación, máxime si tomamos en consideración el Anteproyecto de la Ley General de Telecomunicaciones art 37 y ss.

<sup>37</sup> Junto a la posibilidad de programación analógica, de educación televisada e incluso de contextos puntuales con presencia telefónica.

<sup>38</sup> Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

tanto que el derecho a la educación, el artículo 27 CE, no puede suspenderse en ese marco de alarma<sup>39</sup>. A este hemos de unirle el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 por el cual se protege el servicio de acceso universal a internet (arts. 18-20) y por ende se garantiza la educación online.

Ante la situación de confinamiento y pese a los esfuerzos realizados en esos últimos meses del curso se puso de manifiesto la necesidad imperiosa de constitucionalizar el derecho de acceso a internet<sup>40</sup> y la necesidad de implementar seria y decididamente las medidas contenidas en el artículo 83 de la LO 3/2018, esto es se trata de obligar a los ejecutivos a que cumplan con las previsiones contenidas en la norma orgánica, cuanto no en la misma Constitución. Al fin y al cabo se trata de utilizar internet en el contexto educativo como facilitador del derecho, del derecho a la inclusión, al desarrollo económico y social, desde una visión positiva del mismo<sup>41</sup>. Esta situación excepcional, que muestra nuestras debilidades en educación digital, como pueda ser: la falta de conexión en áreas rurales, la falta de capacidades de profesorado y alumnado, la escasa disposición de equipos, de plataformas docentes de calidad, etc. puede ser una excelente oportunidad para obtener y analizar

<sup>39</sup> Tampoco podría suprimirse aunque se hubiese optado por declarar el estado de excepción.

<sup>40</sup> Máxime con el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19. ÁLVAREZ ROBLES, T. (2019, b). "El derecho de acceso a internet en el constitucionalismo español". *Encuentro de investigadores. Escola de Dereito da Universidade do Minho. Braga*. pp. 39-53.

<sup>41</sup> Y en este sentido podemos y hemos de desarrollar las medidas normativas y políticas propuestas en el informe de Internet Society de 2017 "Los legisladores deben tener en cuenta los siguientes pasos para alcanzar este objetivo: Deberían desarrollar un marco regulatorio que estimule la inversión, la competencia y precios más bajos de acceso, quizá incluyendo tarifas de acceso especiales para escuelas y universidades. Deberían revisar programas de acceso y servicio universales para permitir métodos de financiamiento más flexibles e innovadores. Deberían incluir escuelas y universidades, como también Redes nacionales de investigación y educación, en estrategias nacionales de banda ancha y programas de acceso universal. Deberían alentar y apoyar iniciativas de acceso comunitario, redes educativas e iniciativas de búsqueda y desarrollo locales que posibiliten diversos modelos de acceso y uso. Deberían abordar explícitamente el potencial de las TIC para superar las desigualdades de género en la educación y mejorar las oportunidades y los logros de las niñas. Deberían revisar y actualizar las políticas para fomentar una mayor igualdad de acceso a recursos de aprendizaje para grupos en desventaja dentro de la sociedad, como aquellos que habitan en zonas rurales, en situación de pobreza, minoridades étnicas, hablantes de idiomas minoritarios y personas con discapacidades. Deberían asegurarse de que los docentes tengan las habilidades necesarias para hacer un uso eficaz de los recursos de Internet".

los datos, las informaciones, que a lo largo de estos meses de confinamientos, de semipresencialidad en las aulas, se están dando y que van a señalarnos las necesidades que tenemos<sup>42</sup>. En otras palabras, esta situación nos enseña que la educación digital está aquí para quedarse y que es necesario dar efectivo cumplimiento a la norma orgánica en lo tocante al derecho digital en el sentido amplio del término y en lo aquí apuntado.

Entre las medidas que se han ido tomando podemos señalar algunas de las primeras a nivel nacional: la Conferencia sectorial de educación de 25 de marzo de 2020 acuerda cambios en el calendario y en las pruebas de acceso a la Universidad (EBAU) y limitan el número de horas prácticas<sup>43</sup>; el Consejo Escolar del Estado ha propuesto adaptar medidas homogéneas entre las distintas autonomías en fecha 30 de marzo de 2020 y ha elaborado una serie de propuestas educativas para el curso 20/21 que se ha clasificado en los siguientes cinco apartados: “A) Inversión en educación: recursos materiales y humanos. Brecha económica y social/brecha digital. B) Autonomía económica, organizativa y pedagógica de los centros educativos. C) Profesorado: dotación de equipos docentes, metodología y trabajo en equipo. D) Adaptación de los currículos para el nuevo curso 2020-2021 y los siguientes. E) Evaluación, continua y final, paso de curso y éxito educativo en educación infantil, primaria y secundaria, en las enseñanzas establecidas”. La CRUE (Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas) elaboraría diversos informes, sobre protección de datos de carácter personal<sup>44</sup>, sobre “Procedimientos de Evaluación no Presencial”<sup>45</sup>. Igualmente, el Ministerio de Educación ha ido enriqueciendo su web con importante contenido, con multitud de recursos educativos para la enseñanza-aprendizaje a distancia. En suma, se ha diseñado un Plan de Acción de Educación Digital que trata de adaptar la educación y la formación a la era digital<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Siendo una de las más destacables que a fecha de noviembre de 2019 el 21,6% de la población infantil vive en hogares que no pueden permitirse tener un ordenador Boletín informativo digital N° 156, de noviembre de 2019.

<sup>43</sup> Inclusive el borrador de la orden EBAU 2021 contemplaría en un primer momento, en el art. 12.2 la posibilidad de realizar una prueba on-line, si continúa la situación de pandemia.

<sup>44</sup> Guía sobre la protección de datos personales en el ámbito universitario en tiempos del Covid-19.

<sup>45</sup> Informe sobre Procedimientos de Evaluación no Presencial. Estudio del Impacto de su Implantación en las Universidades Españolas y Recomendaciones.

<sup>46</sup> Plan de Acción de Educación Digital (2021-2027). Si bien, ya en 2019 se preveían ciertas adaptaciones al marco digital en los Programas nacionales de reformas de 2019 y 2020.

A nivel internacional hemos de señalar que se sigue la senda marcada por la UNESCO, concretamente la Agenda 2030 previamente mencionada, en la participación de la Coalición Global para la Educación<sup>47</sup> y en la observancia del “aprendizaje digital durante la pandemia de Covid-19”<sup>48</sup>.

Si nos detenemos en la Unión Europea varias fueron las reuniones que se llevaron a cabo en los primeros meses de pandemia: así los responsables de Educación de la Unión Europea se reunieron para analizar las consecuencias de la crisis del Covid-19 a mediados de abril de 2020, donde se produjo un intercambio de ideas y experiencias sobre prácticas de aprendizaje a distancia, organización de la enseñanza virtual, mejora de los sistemas informáticos o formas de garantizar el acceso a los recursos preservando la calidad de la educación y la formación. El Consejo de la Unión Europea se preocuparía por la necesidad de garantizar la inclusión y la igualdad de oportunidades, así como por garantizar el acceso a una educación y formación de alta calidad para todo el alumnado<sup>49</sup>, cuestión que ha dejado recogida en el Plan de acción para la educación digital 2021-2027<sup>50</sup>.

Finalmente hemos de apuntar que el curso escolar, en algunos supuestos, se iniciaría tardíamente, de forma presencial para los estudios básicos y obligatorios mientras que se optaría por la semipresencialidad en la educación superior universitaria. Así mismo, hemos de señalar la pluralidad de Convenios suscritos entre el Ministerio de Educación y Formación Profesional y las administraciones autonómicas conducentes a posibilitar aquellas acciones necesarias para apoyar la transformación digital del sistema educativo.

<sup>47</sup> Tratando de garantizar un aprendizaje continuo, accesible y equitativo, atendería a la movilización de recursos de los distintos Estados y prestaría especial atención a la implantación tecnológica (inexistente, baja, alta) para implantar soluciones innovadoras y adecuadas a los distintos contextos. Global Education Coalition.

<sup>48</sup> Semana del aprendizaje digital”, del 12 al 14 de octubre de 2020.

<sup>49</sup> Conclusiones del Consejo sobre la lucha contra la crisis de la Covid-19 en el ámbito de la educación y la formación. De fecha 16 de junio de 2020.

<sup>50</sup> El Plan de Acción de Educación Digital (2021-2027) describe la visión de la Comisión Europea para una educación digital de alta calidad, inclusiva y accesible en Europa. Es un llamado a la acción para una cooperación más fuerte a nivel europeo para: aprender de la crisis de Covid-19, durante la cual la tecnología se está utilizando a una escala sin precedentes en educación y capacitación y para hacer que los sistemas de educación y formación se adapten a la era digital.

## 5. El futuro del derecho a una educación digital: la Carta de los Derechos digitales

El futuro de la educación digital, que se potencia desde la pandemia del comúnmente denominado Covid-19, se recoge en la Carta de Derechos Digitales<sup>51</sup> que contiene una serie de derechos necesarios para la protección digital del conjunto de la ciudadanía y que trata de situar al Estado español a la vanguardia europea en relación con el desarrollo de una sociedad digital libre, abierta e inclusiva. Esta pretende la consecución de una digitalización humanista a través de la respuesta a los desafíos tecnológico-digitales a los novísimos retos de aplicación e interpretación; del diseño de nuevos principios y políticas; y de la contribución al marco supranacional e internacional en la reflexión del ecosistema digital. Para lo cual se marca una serie de objetivos: el descriptivo de los contextos y escenarios digitales susceptibles de generar conflictos entre derechos, valores y bienes; el prospectivo al anticipar futuros escenarios que pueden ya predecirse; y el prescriptivo al revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura de los derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros; así, se configuran 26 derechos, agrupados en cinco categorías: derechos de libertad (incluye algunos como la protección de datos, el pseudonimato, el derecho a no ser localizado o perfilado, a la seguridad digital o a la herencia digital); derechos de igualdad (protección de menores, personas con discapacidad y mayores); derechos de participación y conformación del espacio público (a la neutralidad de internet, a libertad de expresión e información o a la educación digital, entre otros); derechos de entorno laboral y empresarial; y derechos digitales en entornos específicos (como la investigación, la inteligencia artificial o el entorno digital sostenible). Estos derechos pretenden ser garantizados a través de distintos mecanismos jurídicos, del establecimiento de mecanismos de autorregulación, de un sistema de garantías extrajudiciales (o parajurisdiccionales de la Administración)<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Elaborada por un Grupo de 18 expertos, con perfil preeminentemente jurídico, constituido 15 de junio 2020, sometida a consulta pública desde el 17 de noviembre de 2020 hasta 20 diciembre 2020.

<sup>52</sup> Si bien hemos de celebrar este nuevo impulso a los derechos digitales, y felicitar a quienes formaron parte de tan ardua tarea de configurar la mencionada Carta, cabe, sin embargo hacer alguna crítica constructiva a la misma: el problema de la ausencia de naturaleza jurídica, de carácter jurídico vinculante, de la misma, pese a que sí se infieran efectos jurídicos (soft law) en tanto que sirve de directriz interpretativa, de fuente de inspiración, que se traduce en



Como vemos la educación tiene en el borrador de la Carta un precepto propio, el XVII, situado dentro de los derechos de derechos de participación y de conformación del espacio público. Empero, el mismo no se detiene en ese concreto artículo sino que podemos ver referencias directas e indirectas a la educación en otros tales como:

- El apartado I en tanto que garantiza que los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España están garantizados en el entorno o espacio digital. Por tanto la educación está garantizada en este entorno digital.

- El apartado X.2 en lo referente a la protección de menores en el entorno digital en los centros educativos que desarrollen actividades en entornos digitales. Por tanto, y dadas las previsiones señaladas unas líneas más arriba en cuanto a la digitalización de la enseñanza, en prácticamente la totalidad de los centros. En el punto 6 el contexto digital que habrá de ser analizado en relación a la educación afectivo sexual, a las conductas dependientes, a la igualdad de género, así como a los comportamientos antidemocráticos, racistas y violentos dando lugar a un estudio de impacto en el desarrollo de la personalidad que deberá tenerse en cuenta para diseñar e implementar cuantas medidas sean precisas (educación).

- El apartado XI.1 contiene una referencia a la accesibilidad de las tecnologías y los contenidos en el entorno digital respecto de las personas con discapacidad, que cobra mayor importancia cuando la vinculamos con el concreto derecho que nos encontramos estudiado, así como al hacer referencia en el punto 3 a la garantía del derecho a la educación digital a las personas con discapacidad, entendemos a fin de adaptar el marco del sistema general de educación y con ello a las directrices marcadas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006<sup>53</sup>. Si bien esta referencia debería estar pre-

que no se prevén consecuencias jurídicas directas de la Carta. De igual modo, la falta de uniformidad al atender a los distintos preceptos, algunos llegan a regular cuestiones concretas, véase por todos el apartado XVI derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas, mientras que otros son meros enunciados, a modo de ejemplo el apartado VI relativo al derecho a la seguridad digital. Junto a ello, aunque derivado de la propia naturaleza, podría ser apuntado el sistema de garantías previsto.

<sup>53</sup> ÁLVAREZ ROBLES, T. (2016). Discapacidad y Universidad Española: Protección Del Estudiante Universitario en situación de discapacidad. *Derecho del Estado* n.º 36, Universidad

vista, pues no lo está, en el concreto Apartado XVII dedicado a la educación, en tanto que la educación especial (diferenciada) es subsidiaria a la general (STC 10/2014, FJ 4).

Finalmente el apartado XVII<sup>54</sup> como sabemos dedicado por entero al “derecho a la educación digital” trata de asegurar el derecho a la educación (art. 27 CE) en el entorno tecnológico-digital limando las brechas digitales, centrándose en la capacitación y en la formación de los estudiantes, a excepción de los de la enseñanza superior, universitaria.

Externado de Colombia, enero-junio de 2016, 3-39. doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n36.01>. Id. (2019,a). *op. cit.*

<sup>54</sup> Apartado XV Derecho a la educación digital: “1. *El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales.*

2. *El profesorado recibirá la formación para adquirir las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos referidos en el apartado anterior.*

3. *En particular los poderes públicos con competencia en la materia promoverán:*

a) *Los planes de formación profesional que se ordenarán a la inserción de las personas trabajadoras en los procesos de transformación digital.*

c) *La formación de personas adultas con particular atención a los mayores.*

d) *La educación audiovisual en el entorno digital, con la finalidad de promover la capacidad crítica y afrontar las prácticas de desinformación.*

4. *Se reconoce el derecho a la libertad de acceso a la educación y a la libertad de creación de centros que presten sus servicios a través de entornos digitales, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes respecto al cumplimiento de la normativa educativa y de la obligación de la escolarización presencial en los niveles de educación obligatoria.*

5. *Se impulsará la Educación para la Ciudadanía Digital, porque una parte esencial de la estrategia de digitalización de la educación pasa por el desarrollo de competencias que permitan que el uso de las tecnologías sea beneficioso para cada individuo y para el conjunto de la sociedad. Esta dimensión pasa por cuestiones como:*

a) *Que los estudiantes aprendan a hacer un uso ético de las herramientas digitales en cuestiones como el uso de datos y el respeto a la privacidad ajena; o la identificación de información y comportamientos en la red que puede comprometer su salud o bienestar y la de terceros.*

b) *Fortalecer el desarrollo del pensamiento crítico que les ayude a distinguir hechos objetivos de meras opiniones sin evidencias, que les permitan rechazar estereotipos discriminadores, los discursos de odio o el ciber acoso.*

c) *Fomentar también la capacidad de participar en la generación de información de manera activa, creativa y, sobre todo, responsable.*

d) *Atender la diversidad de talentos y de procesos y ritmos de aprendizaje, particularmente aquéllos que tienen necesidades específicas de apoyo educativo”.*

El punto primero del mismo coincide en su gran mayoría con el art 83.1 párrafo primero de la LO 3/2018 a falta del importantísimo apartado referido a las *actuaciones de carácter inclusivo* que han de ser realizadas en los ámbitos educativos con el especial pronunciamiento recto a los estudiantes con necesidades educativas especiales. Esta referencia a la e-inclusión<sup>55</sup>, a la inclusión digital, debería de mantenerse, pues discapacidad (apartado XI) no es lo mismo que necesidad educativa especial y máxime cuando se refiere a la inclusión de todas las actividades que afecta al conjunto de estudiantes tal y como se establece en artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Si bien es cierto que se menciona este colectivo de estudiantes con necesidades educativas especiales al aludir en el punto 3.b a la estrategia de digitalización de la educación.

El segundo de los apartados se encarga de la capacitación y formación del profesorado al igual que el artículo 83.2 LO 3/2018, manteniendo la misma redacción.

Por su parte el tercer punto contiene una obligación para los poderes públicos con competencia en la materia educativa de promover la formación en este ámbito: concreta en el ámbito de la formación profesional; dirigidos a personas adultas (particularmente a mayores); y personas con discapacidad y colectivos socialmente desfavorecidos o vulnerables. No olvidándose de colectivos tan importantes como el femenino que tan solo tiene una presencia de en torno al 12,44% en las ramas STEM<sup>56</sup>, o del propio ámbito universitario, que sí se recoge en el artículo 83.3 LO 3/2018. A fin de no dejar a nadie fuera del ámbito de planificación formativa y/o de capacitación quizá resulte mejor referir a la brecha digital, concepto amplio, a la cual habrán de dirigirse esos planes y a lo más especificar colectivos vulnerables tales como: estudiantes con necesidades educativas especiales, género, ramas de educación.

El penúltimo punto “reconoce el derecho a la libertad de acceso a la educación y a la libertad de creación de centros que presten sus servicios a través de entornos digitales, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes respecto al cumplimiento de la normativa educativa y de la obligación de la escolari-

<sup>55</sup> ÁLVAREZ ROBLES, T. (2020), *op. cit.*, p. 314.

<sup>56</sup> Según datos del Global Gender Gap Report 2020, del World Economic Forum. P. 318. Distinto es la mencionada LOMLOE que sí establece entre sus desafíos el conseguir despertar las vocaciones especialmente de las chicas en las ramas STEM.

zación presencial en los niveles de educación obligatoria”. De forma tal que nos remite a las consideraciones ya apuntadas en los primeros apartados del presente trabajo. Nos remite sin más a la normativa vigente en cuyo caso podemos cuestionarnos la necesidad de este inciso al estar ello previsto, como apuntamos unas líneas más arriba en el propio apartado I que garantiza que los derechos fundamentales contenidos en el marco constitucional (art. 27 y su relación con el art. 10.2).

El quinto punto de este apartado XVII desarrolla, en cierto modo, el segundo apartado del artículo 83.1 LO 3/2018, en tanto que prevé la implementación de ciertas competencias digitales en el plan de estudios: aprendizaje de los derechos digitales y de un uso ético de las herramientas digitales; desarrollo de un pensamiento crítico que ayude a distinguir hechos objetivos de meras opiniones, noticias falsas y desinformación y a rechazar estereotipos de género y discriminatorios, discursos de odio o el ciberacoso; fomento de la capacidad de participar en la generación de información.

En suma, se presta atención a la diversidad de talentos y de procesos y ritmos de aprendizaje, máxime en casos de encontrarnos ante necesidades específicas de apoyo educativo.

Este precepto se cierra con una importante garantía, un deber al poder público al recoger que el sistema educativo garantizará, conforme a la normativa aplicable, la accesibilidad universal y facilitará el acceso del estudiantado de todos los niveles a dispositivos, materiales y recursos didácticos digitales.

## 6. Conclusiones

Ante una sociedad digital, en un Estado que se encuentra en una profunda transformación tecnológico-digital, el derecho a una e-educación se instaura como fuerza centrífuga que irradia hacia el resto de derechos económicos, sociales, políticos y culturales. Dicho de otro modo, a través del derecho a una educación digital se posibilitará un status de ciudadanía, máxime si ésta se adjetiva digital (junto con el derecho de acceso a las tecnologías y al entorno digital). Es por ello que debemos señalar la importancia que el sistema educativo tiene en y frente a la digitalización del Estado, en la transformación digital y en la configuración misma de la sociedad digital que ya está presente.

La e-educación no puede dejar al margen a ninguno de los niveles del sistema educativo, tampoco a ninguno de los partícipes en el mismo. La educación digital, en el más amplio de los sentidos, debe ser transversal y alcanzar a la colectividad (ámbitos públicos y privados, profesores, alumnos, padres, etc.).

Más aún, la educación digital ha de ser un hecho que elimine las brechas digitales, que iguale desde la e-inclusión a todas las personas, para que todos gocemos de los mismos derechos y libertades, para que nos podamos desarrollar nuestra personalidad y convivir en sociedad, sociedad digital.

Esta educación digital, esa capacitación y formación que aquí se defiende, va más allá de una concreta metodología o modalidad a distancia u online, pretende el desarrollo de la personalidad.

Es por ello que los poderes públicos educativos han de responder a este mandato de e-educación, el Estado ha de garantizar que las Comunidades Autónomas cumplan, en el diseño de sus planes educativos, con este derecho. Más aún, el conjunto de los poderes públicos se ven comprometidos a eliminar los obstáculos que configuran la brecha digital.

Solo cuando se consiga un correcto desarrollo y una efectiva implementación del derecho a la educación digital podremos atender a un Estado digitalizado, podremos atender realmente a derechos digitales plenos.

Es por ello que el impulso legislativo y político (presupuestario) junto con la previsión de un efectivo sistema de garantías se precisa necesario a fin de conseguir una sociedad inclusiva y no excluyente en lo tocante al entorno tecnológico-digital.

## Referencias bibliográficas

- ÁLVAREZ ROBLES, T. (2016). Discapacidad y Universidad Española: Protección Del Estudiante Universitario en situación de discapacidad. *Derecho del Estado* n.º 36, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2016, 3-39. doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n36.01>
- ID. (2019, a). “La discapacidad en el sistema universitario español desde la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas”. En Bleda Pérez-Pedrero, E. (dir.). *Derecho a la educación de las personas con discapacidad*. Tirant Lo Blanch. México
- ID. (2019, b). “El derecho de acceso a internet en el constitucionalismo español”. En: *Encuentro de investigadores*. Escola de Dereito da Universidade do Minho Braga.
- ID. (2020) “Garantía de los derechos digitales” (comentario al Título X y a los Arts. 79-86). En Villanueva Turnes (coord.). *Comentarios a la Nueva Ley de Protección*

*de Datos: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de derechos digitales. Dilex.*

APP DI TRACCIAMENTO DIGITALE  
E MODELLI DI GESTIONE DEL COVID-19:  
ESPERIENZE GIURIDICHE A CONFRONTO

LIVIA SAPORITO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Modelli normativi di *contact tracing*, nuove tecnologie e tutela dei dati personali. – 3. L’approccio “paneuropeo” e la risposta dei paesi membri. – 4. Il modello “Oriente”. – 5. La risposta “anticipata” di Singapore. – 6. App di tracciamento e Social Credit Systems: la Repubblica Popolare Cinese e la Corea del Sud. – 7. L’esperienza israeliana: tecnologia e stato di diritto nell’orientamento della Corte Suprema. – 8. Conclusioni.

## 1. Introduzione

I termini “Epidemia” e “pandemia” indicano qualcosa che si diffonde rapidamente e capillarmente attraverso diversi territori e popolazioni (*démoi*). Non a caso l’Iliade di Omero, primo testo della letteratura occidentale, esordisce con la descrizione di una pestilenza che stermina animali e uomini nel campo degli Achei, giustificando l’evento eccezionale come un flagello disposto dal dio Apollo per vendicare l’offesa subita da un suo sacerdote per bocca del re Agamennone. Già in questo prologo della peste affiora un’idea mitologica diffusa nell’antichità: la convinzione che le epidemie, così terribili e misteriose, siano in realtà una punizione divina. Anche la pestilenza che affligge la città di Tebe durante il governo di Edipo, come racconta Sofocle nella tragedia “Edipo Re”, ha un’origine sovranaturale: è calata sulla città per colpa dei delitti del sovrano, reo di aver ucciso il padre per unirsi carnalmente con la madre. Per salvare la città dal morbo, si chiede pertanto consiglio all’oracolo di Apollo.

Non sempre, tuttavia, le epidemie venivano considerate entro una prospettiva religiosa. La più famosa pestilenza dell’antichità fu probabilmente quella che colpì Atene nel 430 a.C. durante la guerra del Peloponneso, la quale provocò la morte di Pericle. Essa deve la sua fama anche alla celebre narrazione tramandataci dallo storico Tuciddide, il quale descrive i sintomi ed il propagarsi della malattia con la minuzia ed il rigore di un clinico. Il morbo veniva da lontano: Tuciddide riferisce che i primi casi erano avvenuti in Etiopia, poi il contagio si era diffuso in Egitto e in Libia e, infine, aveva raggiunto il porto ateniese del Pireo.

Tucidide, che fu in prima linea nella guerra come stratega e comandante, racconta che gli ateniesi, suoi concittadini, si erano arroccati nelle Grandi Mura, per arginare l'esercito spartano, confidando nell'arrivo di provviste che trasportate via mare e sbarcate al porto del Pireo, sarebbero giunte lungo un corridoio di circa 20 km direttamente nel cuore della città. Ma il vero nemico, silente, la peste, venne dal mare, ignoto ai più. Lo storico ne descrive accuratamente i sintomi: starnuti, raucedine, tosse violenta, dolori allo stomaco, spesso lancinanti. Man mano che il morbo avanzava, si manifestava sul fisico con segni più evidenti: fuoco nel corpo, piccole piaghe e ulcere, necessità di bere acqua o di immergersi nella speranza di trovare un

consolatore refrigerio. Si poteva diventare ciechi, ma v'era pure chi guariva, sebbene il prezzo da pagare era una completa amnesia, tale da non riconoscere i propri familiari.

Il racconto tucidideo è alle origini di tutte le grandi rappresentazioni letterarie della peste, dal Decameron di Boccaccio fino a "I promessi sposi" di Alessandro Manzoni, passando attraverso Camus. Tuttavia, nessuno come Tucidide ha posto l'accento sui risvolti psicologici e sociali dell'epidemia, descritti con toni di straordinaria attualità. Egli parla dei sentimenti che dilagavano insieme alla peste: solitudine, sgomento e terrore («Nulla potevano i medici che non conoscevano quel male e si trovavano a curarlo per la prima volta – ed anzi erano i primi a caderne vittime in quanto erano loro a trovarsi più a diretto contatto con chi ne era colpito –, e nulla poteva ogni altra arte umana: recarsi in pellegrinaggio ai santuari, consultare gli oracoli. Tutto era inutile»), precisando che «di tutto il male la cosa più terrificante era la demoralizzazione da cui venivano presi quando di accorgevano di essere stati contagiati dal morbo [...] si tentava di curarsi l'un con l'altro, si moriva di contagio, come le pecore. Ciò provocò la più vasta mortalità»<sup>1</sup>.

La peste, ammonisce lo storico, mette a rischio non solo l'esistenza fisica degli individui, ma anche i valori e le norme della società civile. Ci si sente in balia di forze oscure, incapaci di reagire lucidamente ma, proprio per questo, liberi di abbandonarsi a comportamenti irrazionali. Un'irrazionalità che produce anche l'immane caccia all'untore: ad Atene si diffuse la voce che erano stati gli spartani ad avvelenare i pozzi del Pireo (così come nel Trecento si attribuiva la colpa della peste agli ebrei).

Il morbo invisibile e il contagio che si diffonde inarrestabile suscitano paure, psicosi, inquietudini e scatenano il desiderio di trovare un capro espiatorio, un colpevole cui attribuire l'origine del male. Da ciò origina – os-

<sup>1</sup> TUCIDIDE, *La guerra nel Peloponneso*, libro I, trad. italiana di P. Besoni, Cremona, 1855.



serva ancora Tucidide – un atteggiamento di «maggiore sfrenatezza di fronte alla legge», al punto che «molti osavano ciò che prima stavano ben attenti a fare a loro piacimento». Nella patria di Fidia e Platone, Atene, culla della democrazia, ciascuno perde ogni freno, ogni buona creanza, insomma ogni forma e gesto di civiltà, che qualificava il vivere ogni giorno. A distanza di secoli, non è azzardato affermare che i meccanismi sociali e le reazioni emotive innescati dalle epidemie siano i medesimi. Basti pensare al senso di disorientamento che pervade l'individuo a fronte di una alluvionale decretazione emergenziale, o a comportamenti all'insegna del panico (fuga dalle città, accaparramento di generi alimentari, isolamento), della fobia, dell'isteria.

Orbene, di là dall'innegabile priorità da riconoscere a finalità di contenimento del contagio, serpeggia la sensazione che, insieme al sovvertimento del nostro modo di vivere e di convivere, possa esserci quello del sistema di valori e di libertà che ispirano ogni società democratica, da cui è derivata, soprattutto nella fase di esplosione dell'epidemia, l'ingente limitazione dei fondamentali diritti di libertà dell'individuo, compressi con modalità mai prima sperimentate e foriere di mutamenti radicali.

Alla domanda fino a qual punto l'emergenza può giustificare tale compressione e fin dove si espande il diritto alla salute, nella sua duplice dimensione di diritto individuale e collettivo, gli ordinamenti giuridici forniscono risposte differenti. Ciò è particolarmente vero con riferimento al diritto alla tutela dei dati personali (e dunque anche alla privacy) per effetto dell'uso di tecnologie di tracciamento digitale dei contatti, variabile sensibilmente nel confronto tra sistemi riconducibili alla tradizione giuridica occidentale e sistemi a “est” del globo”, al punto che – sia pure a costo di discutibili semplificazioni – è possibile individuare due distinti modelli normativi di *contact tracing*, che qui chiameremo “modello Europeo” e “modello Oriente”.

## **2. Modelli normativi di *contact tracing*, nuove tecnologie e tutela dei dati personali**

La ricerca dei contatti – come già sperimentato con malattie infettive quali la tubercolosi, il morbillo o trasmesse sessualmente, come la sifilide o l'HIV – è uno strumento fondamentale di sanità pubblica per la prevenzione ed il controllo della diffusione di malattie trasmissibili da persona a persona. Nella strategia di contenimento dell'infezione da SARS-CoV-2, agente patogeno responsabile della malattia da Coronavirus 2019, il *contact tracing*, nella sua variante “digitale”, è stato dai più giudicato nevralgico nella lotta al virus,

in quanto foriero di indiscutibili vantaggi rispetto al CT “tradizionale”<sup>2</sup>. Se quest’ultimo utilizza il metodo dell’intervista (telefonica o attraverso visita domiciliare) ai casi ed ai contatti, unitamente all’impiego di test di laboratorio e al monitoraggio dei potenziali infetti, il CT digitale si avvale di canali telematici, limitando la compresenza di operatori di sanità pubblica e cittadini, ed utilizzando tecnologie di accesso a *data bases* e di rintracciamento di prossimità tramite Bluetooth o GPS. Le applicazioni mobili (“App”) scaricate su smartphone o altro dispositivo elettronico costituiscono, senza dubbio, un formidabile supporto tecnologico all’attività di tracciamento, soprattutto in termini di celerità e di abbattimento dei costi, ma non può sottacersi il loro impatto sulle abitudini e sui comportamenti della popolazione e sui rapporti tra questa e le istituzioni. Il ricorso al digitale nelle attività di sorveglianza non è, invero, scelta “neutra” e, pertanto, non è esente da problemi di ordine etico-giuridico, i quali involgono – tra gli altri – i profili della volontarietà dell’uso, del consenso, l’anonimato, i criteri di gestione dei dati, della loro diffusione e cancellazione. Qualora non utilizzate per replicare quanto manualmente effettuato dagli operatori sanitari, le App possono, infatti, sconfinare in strumenti, più o meno invasivi, di controllo della popolazione, monitorandone i comportamenti, con inevitabili, perniciose, ricadute sulla sfera delle libertà personali.

I termini di tale impatto mutano secondo il contesto sociale e istituzionale nel quale esse si innestano – la pandemia è un fenomeno sociale oltre che sanitario –, nonché in base al loro livello di compenetrazione nella società civile: altro è un uso circoscritto a condizioni emergenziali rispetto ad un ricorso, per così dire, sistematico alle App di tracciamento, che perduri al cessare della crisi sanitaria. In Europa, durante la “prima fase” della pandemia, il sentimento di paura ha indubbiamente prevalso sulla difesa delle prerogative individuali, ingenerando una sostanziale accondiscendenza dei cittadini avverso interventi normativi imposti autoritativamente, dai quali sono derivate ingenti restrizioni delle libertà fondamentali (di circolazione, di riunione, di culto, di impresa, ecc.). Oggi, in una fase di progressiva (ri) espansione di dette libertà si è aperto un dibattito – di fatto assente in dottrina durante il primo, vero lockdown – sulla ammissibilità di interventi limitativi della riservatezza, soprattutto in relazione all’utilizzo di tecnologie di *contact tracing*.

L’automazione del CT tramite specifiche App, di là dalle specifiche mo-

<sup>2</sup> Supporto digitale al tracciamento dei contatti (contact tracing) in pandemia: considerazioni di etica e di governance Gruppo di Lavoro Bioetica COVID-19- Rapporto ISS COVID-19 n. 59/2020.

dalità operative e di disegno tecnologico, incide profondamente sul diritto alla protezione dei dati personali, garantito dall'art. 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e opportunamente distinto dal diritto al rispetto della vita privata (art. 7). Ebbene, rispetto a questa possibilità, le opzioni adottate dai diversi ordinamenti si atteggiavano in maniera differente, con soluzioni talvolta antitetiche, espressione del balancing, volta a volta, individuato tra le contrapposte libertà individuale e sociale.

L'uso di applicazioni mobili per il tracciamento dei contatti ci pone, invero, al cospetto di un duplice ordine di contrapposizioni: la prima riguarda la volontarietà/obbligatorietà<sup>3</sup> dell'attivazione di sistemi di tracciamento da parte della popolazione; la seconda concerne l'opzione tra anonimizzazione dei dati raccolti e adesione a sistemi di *social credit*. In via generale – l'analisi dei modelli giuridici nelle aree di riferimento evidenzia invero significative variabili – alla volontarietà nell'uso delle App si accompagna la criptazione delle informazioni raccolte, là dove le esigenze di *disclosure* sono assenti, o comunque, marginali nei paesi che adottano sistemi di controllo sociale. Sempre in via esemplificativa, al primo modello si ascrivono i sistemi giuridici europeo e nord-americano, al secondo, invece, talune (non tutte) realtà asiatiche.

### 3. L'approccio “paneuropeo” e la risposta dei paesi membri

Nei paesi membri dell'Ue, la strada prescelta per appiattare la curva dell'epidemia è passata attraverso il *lockdown* delle attività, se del caso affiancato dall'utilizzo di tecnologie atte a monitorare i cittadini potenzialmente infetti. Facendo seguito alla Raccomandazione dell'8 aprile 2020 della Commissione, la quale poneva l'accento sulla necessità di adottare un approccio coordinato a livello europeo a sostegno della revoca graduale delle misure di confinamento e a tutela della privacy dei cittadini, l'*eHealth Net-*

<sup>3</sup> Il profilo funge da scriminante dei modelli di tracciamento adottati ad ovest e ad est del mondo, e, nel prendere a prestito la distinzione tra “ragione e volontà” che F. Dostoevskij propone nelle “*Memorie dal sottosuolo*”, fonda la contrapposizione tra il modello occidentale, basato «su una concezione dell'individuo dominato dalla “ragione”, cioè tendente ad agire sempre nell'ottica del perseguimento di un vantaggio», ed un modello orientale «caratterizzato da una visione antitetica dell'individuo, dominato dalla “volontà” che può condurre ciascuno a perseguire condotte irrazionali, intese come quelle che conducono ad esiti non qualificabili obiettivamente come vantaggio» (testualmente V. D'ANTONIO, in V. D'ANTONIO - L. SAPORITO, 2020, 5).

*work* – una rete di autorità nazionali che opera nell’ambito della *digital health and care* – ha sviluppato un pacchetto di strumenti (*Common EU Toolbox of Practical Measures*) per l’uso di applicazioni mobili e per l’utilizzo di dati anonimizzati e aggregati sulla mobilità delle popolazioni, il quale si basa, tra gli altri, sui requisiti della volontarietà dell’installazione (*voluntary nature*); dell’approvazione da parte dell’autorità sanitaria nazionale (*government approval*); del rispetto della vita privata e della tutela dei dati personali (*privacy-preserving*) e della distruzione dei dati non più necessari per finalità di contrasto dell’epidemia (*temporary nature*). Negli auspici delle istituzioni finalità di distanziamento sociale, atte ad interrompere la catena di trasmissione del virus, si accompagnano, dunque, alla necessità di garantire la salvaguardia – o almeno la non eccessiva compromissione – dei diritti fondamentali della persona. L’approccio “paneuropeo” si basa, segnatamente, sul principio della minimizzazione dei dati personali, da cui discendono la possibilità di utilizzare dati di prossimità, disgiunti dai dati relativi all’ubicazione o allo spostamento delle persone ed il ricorso alla tecnologia Bluetooth a bassa energia. Tanto in linea di ideale continuità con la disciplina dettata dal GDPR e con i diritti garantiti dalla normativa comunitaria vigente in materia (ad esempio, diritto di accesso, diritto di rettifica, diritto all’oblio)<sup>4</sup>. Il delineato modello di *contact tracing* demanda, tuttavia, ai paesi membri la scelta tra conservazione dei dati dell’interessato sul dispositivo dell’interessato (*decentralised processing*) o su di un server gestito dall’autorità sanitaria pubblica (*backend server solution*)<sup>5</sup>. Al modello decentrato aderiscono, tra gli altri, Italia (App Immuni), Germania (Corona Warn Up), Svizzera (Swiss Covid) ed Austria (Stopp Corona); paesi che hanno scelto di avvalersi di un codice sorgente fornito da Apple e Google, con una tecnologia basata sull’*exposer notification*, il cui meccanismo di base consiste nel generare un codice identificativo anonimo, che viene scambiato tramite bluetooth con altro utente che si trovi nelle vicinanze: se uno degli utenti risulta positivo al Covid-19, una notifica raggiunge tutti coloro che vi sono entrati in contatto. La Francia ha optato, invece, per un sistema centralizzato, non basato sul protocollo siglato

<sup>4</sup> In argomento cfr. V. D’ANTONIO, G. RICCIO, S. SICA (2016).

<sup>5</sup> Il Toolbox descrive le due opzioni, e precisamente, quanto al sistema centralizzato, precisa: “the proximity data related to contacts generated by the app remains only on the device (mobile phone). The apps generate arbitrary identifiers of the phones that are in contact with the user. These identifiers are stored on the device of the user with no additional personal information or phone numbers (p. 13); là dove, in caso di sistema centralizzato “the app functions through a backend server held by the public health authorities and on which are stored the arbitrary identifiers” (14)..

dai due giganti del Tech: l'app StopCovid (protégeons nos proches, protégeons-nous et protégeons les autres) è stata infatti progettata da aziende ed enti nazionali<sup>6</sup>.

Nell'uno e nell'altro caso, il tracciamento digitale si fonda sulla volontarietà dell'adesione dei cittadini, su di un sistema – cd. *opt in* – che rimette alla libera scelta dell'individuo l'attivazione di strumenti non autoritativamente imposti. Come si conviene a tutti i sistemi di allerta – quale che sia la loro specifica finalità – la loro incisività dipende da due fattori: adozione da parte della popolazione ed efficacia delle campagne informative poste in essere dalle istituzioni per incentivarne la diffusione. A dispetto delle aspettative, il numero dei downloads si attesta oggi, pressoché ovunque, su percentuali modeste, lontane dall'ottimale (e ottimistica) stima di un range compreso tra il 56% ed il 95%, alimentando dubbi sulla strategica rilevanza delle applicazioni per finalità di contenimento del virus Sars cov-19. Nel caso di specie, lo scarso successo delle app di contact tracing sconta indubbiamente la particolare natura del pericolo da scongiurare: a differenza dell'autovelox o dell'incidente stradale evitato grazie al loro utilizzo, il virus è invisibile e non vi è percezione immediata dell'efficacia di una applicazione ad esso dedicata. Ma il dato che preoccupa maggiormente, emerso peraltro dalla revisione sistematica di Braithwaite, è la mancanza di evidenza empirica dell'impatto degli strumenti di tracciamento digitale dei contatti sulla propagazione dell'infezione<sup>7</sup>. Sono, pertanto, necessari studi prospettici che indaghino l'integrazione e gli effetti dei sistemi di tracciamento manuali e automatizzati, e che dimostrino, attese le lacune nelle prove di efficacia, che il contact tracing digitale consente una identificazione ed un follow up del contatto più

<sup>6</sup> Un discorso a parte merita il Regno Unito, inizialmente favorevole all'adozione di un modello centralizzato, che, come nel caso della Francia, prescindeva dal protocollo di Apple e Google, ma che, in seguito, constatata la incapacità della app di rilevare gli I-phones, ha indotto il Governo a convergere sulle soluzioni italiana e tedesca, pur con significative varianti. L'app NHS Covid-19 presenta infatti funzioni diverse ed aggiuntive rispetto a quelle delle applicazioni europee: quando un soggetto risulta positivo può consentire al suo dispositivo mobile di condividere i codici di contatto con gli altri telefoni. I dati vengono inviati ad un server centrale gestito dal Dipartimento per la salute e l'assistenza sociale che, a sua volta, condivide le informazioni con tutti gli altri telefoni con cui il positivo è entrato in contatto. In caso di notifica di vicinanza ad un soggetto a rischio, il cittadino potrà, attraverso l'app, effettuare una serie di valutazioni: confrontare i propri sintomi con quelli contenuti in un elenco appositamente predisposto, procedere all'autoisolamento, prenotare un tampone. La peculiarità sta nell'utilizzo di codici QR: previa autorizzazione attraverso la propria fotocamera, l'app è in grado di identificare luoghi e posti frequentati da ciascuno.

<sup>7</sup> LANCET (2020).

completi rispetto ai sistemi manuali, sì da orientare le future scelte dei decisori.

Nelle more, è opportuno – come puntualizzato dalla Commissione europea nella già citata Risoluzione dell'8 aprile 2020 – incidere sui fattori in grado di conferire alle applicazioni maggiore efficacia: diffondere il mezzo sul quale le app sono installate (lo smartphone in primo luogo); accrescere la fiducia nelle istituzioni e nel mezzo per incrementare il numero dei downloads; implementare la interoperabilità, vale a dire la capacità di interfaccia e di integrazione tra sistemi di diversi territori<sup>8</sup>; accrescere la potenza della rilevazione nei diversi ambienti (aperti e chiusi, ampi o ristretti); l'eliminazione delle differenze sussistenti tra sistemi operativi Android ed iOS.

#### 4. Il modello “Oriente”

All'approccio paneuropeo fa da contraltare un “modello Oriente”, che, pur nella diversità di epifanie spesso anche molto differenti le une dalle altre, dipendenti dal contesto socio-culturale di ciascuna realtà, privilegia, in linea di principio, misure coercitive e restrittive di controllo basate su applicazioni, piattaforme e sistemi informativi che possono prescindere dalla volontaria adesione delle parti (cd. sistema *opt out*).

È questo il caso di paesi come la Cina e la Corea del Sud, dove le finalità del controllo sulla popolazione, del tracciamento dei contagi e della mappatura del virus sono passate attraverso l'impiego massiccio ed invasivo di strumenti tecnologici, con conseguente compressione della sfera di riservatezza dei singoli. Nell'approccio normativo al ricorso a meccanismi di *contact tracing*, le esperienze orientali paiono invero accomunate dalla convinzione di fondo che la propagazione del virus possa essere ridimensionata attraverso la virtuosa combinazione di questi strumenti, anche per scongiurare *patterns*

<sup>8</sup> Nei documenti comunitari frequente è il riferimento al principio della interoperabilità delle applicazioni sviluppate nell'UE (*cross boarder interoperability requirements*). In questa ottica, dal 15 ottobre 2020, il sistema Gateway dell'UE consente alle app di tracciamento del Covid di alcuni paesi di condividere i dati: chi viaggia all'estero beneficerà dell'estensione della propria app, a condizione che vi sia compatibilità tra i paesi sul piano tecnico e per ciò che concerne il rispetto della privacy (profilo, in realtà, già garantito dal GDPR). Per l'Italia l'estensione della funzionalità di “Immuni” all'estero è stata definita con il decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125 (Misure urgenti connesse con la proroga dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta Covid, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020).

di comportamento sociale all'insegna della irrazionalità<sup>9</sup>, quali fuga dalle città, panico, accaparramento di generi alimentari, rivolte nelle carceri *et similia*; da preferirsi ai metodi di tracciamento analogici, praticati in molti paesi occidentali, che fanno leva sulla somministrazione di questionari al contagiato, reputati lenti, costosi e imprecisi (gli Stati Uniti hanno stimato che richiederebbero 300 miliardi di dollari in quel Paese). Alla base di questi interventi v'è un approccio utilitaristico<sup>10</sup> che giustifica le restrizioni alla libertà degli individui in nome di superiori esigenze di salvaguardia della salute pubblica, il quale strida con il comune patrimonio di valori che è a fondamento della *Western Legal Tradition*<sup>11</sup>.

Pur nella difficoltà di ricondurre ad un modello unitario le variegate esperienze giuridiche, non v'è dubbio che il tratto caratterizzante di molti ordinamenti orientali sia quelle dell'approccio "forte" in termini di coerenza e di incidenza sulla sfera individuale; a differenza del modello comunitario, infatti, per un verso, all'individuo viene negato qualsivoglia spazio di autonomia rispetto all'adesione al sistema di *contact tracing* e, per un altro, nel bilanciamento tra interesse pubblico e sfera privata, v'è una decisa opzione in termini di preminenza della prima dimensione a scapito della seconda. Da questo punto di vista, negli ordinamenti orientali, la transizione dalla fase di *lockdown* rigoroso a quella di mitigazione delle restrizioni spesso non è accompagnata da forme di bilanciamento tra tutela della sfera privata e necessità di monitoraggio pubblico, dal momento che il monitoraggio pubblico è già una costante, a prescindere dalla fase emergenziale, e la percezione della necessità di tutela della sfera privata, tanto più ove intesa in termini di diritto, è decisamente poco marcata e percepita al più in via estremamente residuale, sicuramente soggiacente rispetto alla dimensione pubblica ed all'interesse superindividuale.

Questa connotazione di fondo incide e, per larghi tratti, determina la netta differenza di registro normativo rispetto al modello comunitario, accomunando per contrappunto – ove analizzate in un ideale campo lungo – esperienze giuridiche che, in ogni caso, fanno registrare differenze di approccio importanti ove analizzate nelle loro specificità. In altre parole, anche

<sup>9</sup> In questi termini V. D'ANTONIO - L. SAPORITO (2020, 13).

<sup>10</sup> A. HUBERT - M. KERKHOFF (1987).

<sup>11</sup> Come osserva, muovendo dall'osservatorio dello stato del Tennessee, W. O. SHULTS (2020, 56), misure di contenimento obbligatorie quali la quarantena e l'isolamento «*can be administered in a way that preserves core American values such as personal liberty and rights provided for in state and federal constitutions*».

rispetto al peculiare tema della disciplina del contact tracing, discorrere di un modello Oriente può avere ragion d'essere esclusivamente in una logica di demarcazione profonda rispetto a quanto avviene in Europa e, più in generale, negli ordinamenti della Western Legal Tradition, ma il riferimento unificante finisce per perdere molta della propria utilità, in termini epistemologici, allorché analizzato nella sua essenza propria e specifica, ove riemergono tutte le peculiarità di epifanie giuridiche anche estremamente diversificate le une dalle altre.

### **5. La risposta “anticipata” di Singapore**

Nell'esperienza di Singapore, città stato di oltre 5 milioni di abitanti dove convivono le culture occidentale, cinese ed indiana, il fattore tempo ha giocato un ruolo nevralgico nella scelta delle strategie da adottare per la gestione del virus. Nella cd. Svizzera di oriente, peraltro strettamente interconnessa con la Cina continentale ed in particolare con Wuhan, epicentro dell'epidemia, l'opzione è stata, sin da subito, a favore di una risposta aggressiva ed anticipata, complice il ricorso ancora vivo delle recenti epidemie dell'Aviaria e di H1N1. Forti dell'esperienza maturata dal National Centre for Infectious Diseases (NCID), il controllo dei contagi è qui avvenuto sul nascere, al primo segnale di possibile crisi epidemica, attraverso l'utilizzo delle più avanzate tecnologie per mantenere vigili il controllo ed i sistemi di allerta. Basti pensare che, negli aeroporti, gli arrivi da Wuhan sono stati sottoposti a controlli sanitari prima che la trasmissione del virus da uomo a uomo fosse confermata il 20 gennaio, e che già dal primo febbraio, Singapore, insieme a Taiwan e Hong Kong, ha implementato in modo proattivo le restrizioni di viaggio sui passeggeri provenienti dalla terraferma. Queste precauzioni, pur avendo comportato un ingente costo – la Cina continentale costituisce il principale partner commerciale e la fonte primaria del turismo – hanno consentito di applicare il controllo coercitivo ad una ristretta cerchia della popolazione. Singapore ha, inoltre, proceduto ad un rigoroso rilevamento dei malati attraverso un imponente tracciamento dei contatti, affiancato da una altrettanto rigorosa quarantena, che si fonda su un sistema misto tendenzialmente decentralizzato, differente da quello API, offerto da Apple-Google. Il Governo di Singapore, aspramente criticato durante l'epidemia SARS per l'adozione di misure fortemente lesive della privacy (obbligo delle persone poste in quarantena di essere costantemente connessi ad una web-



cam e di procedere alla misurazione della temperatura due volte al giorno<sup>12</sup>), ha a più riprese precisato che, in assenza di chips di geolocalizzazione, non è dato considerare la app prescelta (TraceTogether) come un dispositivo di tracciamento (tracking<sup>13</sup> device), munito di tag elettronico ed atto ad individuare posizione e spostamenti dei singoli, trattandosi piuttosto di uno strumento utile a seguire a ritroso le tracce del contagio (contact tracing device), il quale consente l'uploading dei dati solo con la partecipazione ed il consenso dell'interessato. TraceTogether, che ha preso il via lo scorso 20 marzo, può essere scaricata da chiunque abbia un numero di cellulare di Singapore e sia in possesso di uno smartphone abilitato bluetooth. Dopo aver prestato il consenso ed aver attivato il bluetooth, l'utente dovrà abilitare le notifiche push e le autorizzazioni di posizione. L'app funziona scambiando segnali bluetooth a breve distanza tra telefoni per rilevare altri utenti dell'app che si trovino nelle immediate vicinanze. Le informazioni raccolte sono criptate ed archiviate nei dispositivi per 25 giorni, trascorsi i quali esse sono automaticamente cancellate, salvo essere condivise con il Ministero della Salute (MOH) qualora ad un individuo venga diagnosticato il Covid-19, all'esclusivo scopo di consentire ad una ristretta cerchia di operatori di ricostruire la catena dei contagi. In questa evenienza, la persona contattata dal Ministero è obbligata a collaborare nella mappatura dei propri movimenti ed interazioni, a fornire qualsiasi informazione di cui sia a conoscenza e a produrre documenti utili alla finalità del tracciamento. Nelle intenzioni della Government Technology Agency (GovTech), che ha sviluppato l'app insieme al MOH, TraceTogether consente agli utenti di collaborare attivamente nel processo di tracciamento dei contatti. L'assenza di un database centrale testimonia la scelta a favore di una soluzione digitale che sia rispettosa della privacy e che si giustifica esclusivamente per far fronte all'emergenza (l'app cesserà di funzionare al termine dell'epidemia). Ovviamente l'efficacia di tale opzione dipende, in larga misura, dalla risposta della popolazione: una adesione nella misura del 75% dovrebbe, secondo le stime, rivelarsi determinante per il successo dell'operazione. Allo stato risulta, tuttavia, che essa sia stata adottata soltanto da una modesta percentuale (circa il 25%) e che, sul piano tecni-

<sup>12</sup> M. A. ROTHSTEIN (2003, 89 ss.).

<sup>13</sup> I verbi *to track* e *to trace*, pur condividendo l'accezione di seguire delle tracce di identificare un percorso, assumono significazioni differenti: il primo (*to track*) comunica l'idea di seguire una pista ben definita in avanti, fino alla fine, con un orientamento verso il futuro; il secondo (*to trace*) comunica invece l'idea di seguire delle tracce a ritroso, per risalire ad una origine, ad una causa, con un orientamento verso il passato.

co, abbia dato prova di cattivo funzionamento con gli I-phones, posto che Apple, diversamente da iOS, necessita di un database centralizzato. Pertanto, esclusa l'eventualità di rendere obbligatoria l'attivazione di TraceTogether, è allo studio una soluzione che prescinde dal possesso di uno smartphonee che persegue le medesime finalità di tracciamento attraverso l'utilizzo da parte del cittadino di un qualsiasi strumento portatile.

## 6. App di tracciamento e Social Credit Systems: la Repubblica Popolare Cinese e la Corea del Sud

La logica orwelliana del Social Credit System (SCS), da tempo sperimentato nella Repubblica popolare cinese, pervade anche le scelte operate in materia di contact tracing (rectius, contact tracking). Il sistema di valutazione sociale, nato nel 2007 su proposta del Consiglio di stato cinese, autore delle Guiding Opinions Concerning the Construction of a Social Credit System, è oggetto, dal 2014, del Planning Outline for the Construction of a Social Credit System (2014-2020), il quale individua quattro aree di intervento: onestà negli affari di governo; integrità commerciale; integrità sociale e credibilità giudiziaria. Il SCS<sup>14</sup> trova giustificazione, sul piano declamatorio, nella velleità di migliorare la società cinese attraverso il vaglio di una ingente mole di informazioni di varia natura (pagamenti, comportamenti, spostamenti, sanzioni), atte a valutare, appunto, la reputazione, il credito sociale di persone, aziende e amministrazioni locali. Nelle ottimistiche previsioni del Governo, esso è destinato ad auto alimentarsi grazie alla proattiva collaborazione di cittadini, aziende ed enti, impegnati a migliorare il proprio rating score, se del caso segnalando comportamenti non virtuosi altrui. Nei fatti, trattasi di un meccanismo in grado di monitorare persone fisiche e giuridiche attraverso un complesso sistema di controllo, al quale si riconnettono misure premiali e sanzionatorie conseguenti alla valutazione stessa, mercé l'impiego delle più moderne tecnologie. Il *Social Credit System* si avvale di molteplici canali di approvvigionamento dei dati, e non dell'inserimento delle informazioni da parte di funzionari astrattamente corruttibili, organizzati tramite una rete e condivisibili con tutte le autorità coinvolte. Il monitoraggio dei Big Data<sup>15</sup> consente di accreditare un punteggio in tempo reale sì che gli uffici compe-

<sup>14</sup> Come rileva G. KOSTKA (2019, 1565 ss.).

<sup>15</sup> A. NICITA - M. DEL MASTRO (2019). Sull'imponente utilizzo di Big Data in Cina cfr. X. LIN (2020, 253 ss.).

tenti, leggendolo, possono stabilire a quali servizi abbia diritto il cittadino o l'azienda sulla base del *credit score* maturato. In particolare, per quel che concerne le persone fisiche, un *rating* positivo, dipendente da attività prestate ad esempio nei servizi sociali o dall'impegno profuso nel volontariato, dà diritto a servizi gratuiti o garantiti (dalle fast lane negli uffici comunali ai servizi di *bike sharing*), mentre un *rating* negativo, imputabile a morosità nel pagamento di debiti o di bollette per le utenze domestiche) fa scattare preclusioni nell'acquisto di titoli di viaggio, nell'accesso a determinati servizi (come il soggiorno in un hotel o la concessione di un prestito) e ad offerte di lavoro; la sottoposizione a più frequenti controlli (in aeroporto)<sup>16</sup>. Per realizzare questa profilazione di massa, che potenzialmente coinvolge un quinto della popolazione mondiale, il Governo si avvale di una complessa infrastruttura di reti di dati, fondata sulla cooperazione e sulla condivisione delle informazioni tra numerosi attori (dogane, autorità ferroviarie, compagnie aeree, istituti di credito, ecc.).

In questo contesto si innesta *Alipay Health Code*, l'app ideata per contrastare il Coronavirus, la quale, utilizzando i Big Data in possesso dell'autorità sanitaria cinese, assegna ad ogni cittadino un colore (verde, giallo o rosso) sulla base degli spostamenti effettuati, del tempo trascorso in luoghi individuati come possibili focolai epidemici o a contatto con potenziali portatori del virus, al fine di stabilire chi deve essere posto in quarantena e chi può circolare liberamente<sup>17</sup>. I *devices* collegati all'app, grazie ad un sofisticato sistema che impiega algoritmi ed altre forme di intelligenza artificiale, obbligano gli utenti a fornire nominativo, numero di telefono e codice di identificazione nazionale, dal quale ultimo, attraverso una ricerca on line, è possibile acquisire informazioni suppletive – all'occhio dell'osservatore esterno non

<sup>16</sup> I criteri di valutazione per le aziende e gli enti locali riguardano, tra gli altri fattori, l'attenzione all'ambiente, la regolarità nei pagamenti, la sensibilità per il sociale e consentono l'attribuzione di uno score che, se positivo, apre la strada ad agevolazioni e finanziamenti; se negativo, invece, a preclusioni nell'accesso a bandi governativi, a maggiori controlli o a difficoltà nell'accesso al credito. Il sistema è stato adottato anche da aziende private, come il gigante dell'e-commerce Alibaba, il quale ha introdotto lo *Zhima Credit* (o *Sesame credit*), attraverso il quale si possono ottenere vantaggi presso le società collegate del gruppo, ad esempio esoneri dalla prestazione di garanzie per servizi di noleggio, sconti e addirittura maggiori "contatti" nel sito di incontri di incontri sponsorizzato dalla compagnia (Baihe). Il sistema premia dunque il cliente fedele e "degnò di fiducia", chiedendo minori garanzie e offrendo altri benefit, ma non prevede – diversamente dal modello di social credit "puro" – sanzioni per i soggetti con un basso "credito".

<sup>17</sup> In argomento cfr. G. ZUNINO (23.04.2020).

indispensabili per finalità di prevenzione e contenimento della malattia – relative alla persona contagiata, quali il volto, foto o notizie sui suoi familiari. Se a ciò si aggiunge che il Governo, già forte di 200 milioni di telecamere installate nel paese, è alla costante ricerca di *partners* del mondo del Tech che lo coadiuvino in questa operazione di mappatura, le timide istanze nel segno della tutela della riservatezza si reputano ufficialmente esaudite dal disposto del GB/T 35273-2017 (*Personal Information Security Specification*), ricalcato sulla disciplina del GDPR europeo. Tale strumento, di applicazione facoltativa ed indirizzato tendenzialmente alle sole aziende private, non costituisce di fatto un limite all'attività centralizzata di raccolta e di diffusione dei dati personali, lasciando aperti una serie di interrogativi circa l'effettiva tutela della riservatezza dei singoli<sup>18</sup>. Quanto il successo nell'implementazione di sistemi di *contact tracing* sia frutto dell'effettiva adesione<sup>19</sup> ideologica della popolazione e quanto invece della proverbiale acquiescenza dei cinesi rispetto alle scelte governative è subordinato, in termini più generali, dal gradimento che incontra il modello del *Social Credit* in questa parte del globo ed, oltre, dal differente peso che assume il diritto alla protezione dei dati personali nel bilanciamento con il diritto alla salute a confronto con le democrazie occidentali.

Se, da un lato, l'approccio cinese costituisce un unicum per la sua struttura tentacolare e centralizzata, una sorta di *Big Brother*, è anche vero che trattasi di un fenomeno di proporzioni oramai globali. Si pensi ai sistemi di merito creditizio, particolarmente utilizzati negli USA<sup>20</sup>, dove i cittadini che intendono accedere ad un finanziamento si preoccupano della “respon-

<sup>18</sup> È di tutta evidenza che tale approccio pone delicati problemi di tutela della riservatezza ed espone al rischio di discriminazione gli individui provenienti da Wuhan e quanti siano transitati nella provincia dell'Hubei. Per prevenire il rischio di una violazione dei dati, la *Cyberspace Administration* ha emanato una circolare nella quale, puntualizzando quanto già affermato dalla *National Health Commission*, si afferma che la raccolta dei dati personali deve ispirarsi ai principi della necessità e della minimizzazione e si invitano le società a ciò preposte a d acquisire il consenso degli interessati ove le informazioni debbano essere utilizzate per scopi diversi dalla prevenzione e dalla gestione del Covid, vale a dire per finalità di ricerca, di monitoraggio, di sviluppo di nuovo prodotti o servizi.

<sup>19</sup> I sondaggi riportano un gradimento dell'80% ed alcune municipalità riportano un sensazionale abbattimento nel ritardo dei pagamenti di debiti da quanto è stato implementato il sistema di *Social Credit*. Naturalmente la spontaneità delle risposte e la veridicità di questi dati sollevano legittimi sospetti nell'osservatore esterno.

<sup>20</sup> Denunciano le lacune legislative ed auspicano un intervento del Congresso per sviluppare il sistema di *credit scoring* nel segno della trasparenza, della correttezza e della non discriminazione M. HURLEY e J. ADEBAYO, 2016, p. 148 ss.

sabilità” dei loro acquisti online e di come questi verranno valutati dall’istituto di credito, o, in Europa, all’accentramento delle informazioni conseguente alla fatturazione elettronica.

In Corea del Sud, paese culturalmente ed ideologicamente affine alla Cina, il paradigma utilizzato nella lotta contro il coronavirus prevede una spinta attività di *geotracking*, abbinata ad una elevata quantità di test ed all’isolamento individuale. Analogamente al caso cinese, l’impiego di nuove tecnologie non costituisce una novità assoluta, rappresentando piuttosto il naturale sviluppo di strategie già sperimentate durante l’epidemia Mers del 2015 e del progetto *smart cities*<sup>21</sup> avviato dal Governo sin dal 2003, il quale, come è noto, è incentrato sulla raccolta di ingenti quantità di informazioni contenute nei *databases* governativi e non.

La diffusione del Covid-19 non ha, pertanto, colto alla sprovvista le istituzioni sudcoreane, le quali, hanno prontamente – e, come si conviene ad un regime autoritario, senza coinvolgimento della società civile –, adottato<sup>22</sup> l’app “*Corona100m*”, che, previa prestazione del consenso dell’interessato, registra, tramite GPS, una serie di informazioni che saranno condivise, in tempo reale ed in forma anonima, con tutti gli iscritti. Parallelamente, il Ministero dell’interno e della Sicurezza sudcoreano ha avviato il tracciamento delle persone infette utilizzando i dati personali contenuti nei *databases* governativi e nelle telecamere posizionate in luoghi pubblici, nonché quelli conseguenti alla geolocalizzazione ed alle transazioni operate con carte di credito. Tutti i dati relativi a contagi, decessi, guariti sono pubblicati su un sito *web*; come pure sono rese note le generalità (nome, indirizzo, luogo di lavoro) e gli spostamenti delle persone positive al virus, anche dando avviso tramite SMS ai cittadini che abbiano frequentato gli stessi luoghi nei quali è transitato un infetto.

Analogamente a quanto rilevato nell’esperienza cinese, il massiccio ricorso alla tecnologia per ragioni sanitarie ed emergenziali determina una intollerabile compressione del diritto alla riservatezza, tanto a dispetto della vigenza

<sup>21</sup> La definizione di *smart city* è controversa. Come rileva V. ALBINO (2015, 6), la nozione da preferirsi è la seguente: «*A city that monitors and integrates conditions of all of its critical infrastructures, including roads, bridges, tunnels, rails, subways, airports seaports, communications, water, power, even major buildings, can better optimize its resources, plan its preventive maintenance activities, and monitor security aspects while maximizing services to its citizens*». La raccolta di dati personali è il fondamento sul quale si poggia il progetto delle *smart cities*, con conseguenti problemi relativi al rispetto della privacy: in argomento cfr. J. WAGNER GIVENS - D. LAM (2020, 829); L. EDWARDS (2016, vol. 28).

<sup>22</sup> M. CARDONE - M. CECILI (2020, n. 1, 10 ss.).

di una dettagliata normativa in materia di privacy e della sua valenza di diritto costituzionale. Sotto il primo profilo è evidente la lesione del principio di minimizzazione dei dati richiamato, tra gli altri, dal *Personal Information Protection Act* (PIPA)<sup>23</sup>, il quale impone di limitare l'utilizzo dei dati personali al perseguimento di specifiche finalità e per il tempo strettamente necessario allo scopo prefissato. Quanto al secondo aspetto, è opportuno precisare che la Corte Costituzionale sudcoreana, nella decisione nota come "*Fingerprint Case*"<sup>24</sup>, ha riconosciuto ai *data privacy rights* la consistenza di diritti di rango costituzionale ai sensi degli artt. 10 e 17 cost. e, con riferimento al caso di specie, ha equiparato le impronte digitali a informazioni personali il cui utilizzo rappresenta una restrizione del "right to information self-determination"<sup>25</sup>.

## 7. L'esperienza israeliana: tecnologia e stato di diritto nell'orientamento della Corte Suprema

Un imponente uso di tecnologie di sorveglianza per contrastare la diffusione dell'epidemia si registra in Israele, sistema giuridico di complessa qualificazione per via della sua anima composita che lo colloca in una zona spuria, a metà tra sistemi di *civil* e di *common law*. Nel paese è stata lanciata un'applicazione denominata "*Hamagen*" (scudo), che traccia le posizioni degli utenti per verificare eventuali esposizioni. Le informazioni, memorizzate

<sup>23</sup> Nel gennaio 2020, l'Assemblea Nazionale coreana ha emendato le tre fondamentali leggi in materia di privacy - *Personal Information Protection Act* (PIPA), *Act on the Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection* (Network Act) e l'*Act on the Use and Protection of Credit Information* (Credit Information Act), introducendo il principio di minimizzazione dell'impatto dell'attività di monitoraggio ed il concetto di 'pseudonymised data'.

<sup>24</sup> Constitutional Court of Korea, 26/5/2005. Il caso concerneva la legittimità costituzionale dell'impiego delle impronte digitali rilevate ai cittadini adulti coreani per ottenere il rilascio delle Resident Registration Cards nell'ambito dell'attività investigativa della polizia. In questa occasione l'Alta corte ha rilevato che, sebbene il diritto alla privacy sui propri dati non sia espressamente contemplato dalla Costituzione, nondimeno – come rilevano a commento della sentenza H. KO, J. LEITNER, E. KIM, J. JUNG (2016, 12), «*data privacy rights should nonetheless be recognized as fundamental constitutional rights, which are derived from other rights such as the right to private life (Article 17) and the right to dignity and to pursue happiness (Article 10)*».

<sup>25</sup> Principio ribadito più di recente dalla Constitutional Court of Korea, nella decisione del 23 dicembre 2015.

soltanto sullo *smartphone*, vengono confrontate con quelle in possesso del ministero della Salute: se i dati si incrociano, il ministero fornisce indicazioni per la registrazione e l'auto-quarantena.

Sostanzialmente, l'applicazione sfrutta la geolocalizzazione per tracciare i movimenti di una persona iscritta alla piattaforma, che è risultata positiva al coronavirus. Gli utenti vengono avvisati tramite una notifica se sono stati in contatto con un positivo o se hanno frequentato dei luoghi a rischio contagio ed invitati a recarsi presso le autorità sanitarie per un controllo.

Durante la fase acuta dell'epidemia, il Parlamento israeliano (*Knesset*) ha autorizzato lo *Shin Bet*, l'agenzia di intelligence interna, tradizionalmente impegnata nella lotta contro il terrorismo, ad utilizzare il proprio database segreto per arrestare la diffusione del Covid-19<sup>26</sup>. Sebbene la *Knesset* abbia individuato un arco temporale di un mese, con scadenza 30 aprile, la decisione della Commissione Affari esteri e Difesa non ha chiarito se la possibilità di estrarre informazioni dai dispositivi mobili di soggetti individuati come positivi potesse protrarsi anche dopo la cessazione dell'emergenza sanitaria. Ciò ha sollevato le vibranti proteste di talune associazioni per la tutela dei diritti civili, dell'opinione pubblica e delle stesse istituzioni, preoccupate della tenuta di un diritto fondamentale quale è la privacy all'interno di uno stato che si proclama democratico<sup>27</sup>. A tal riguardo non è superfluo precisare che il diritto alla riservatezza trova fondamento nelle *Basic Laws* che compongono la costituzione israeliana<sup>28</sup> e nella *Israeli Privacy Protection Law* (1981). Il 23 marzo, dunque con largo anticipo rispetto alla scadenza fissata dal Parlamento, l'Autorità Garante ha emanato delle linee guida sui profili della privacy potenzialmente coinvolti dalla pandemia, sottolineando come l'eccezionalità delle circostanze imponga di operare un costante bilanciamento tra il controllo del virus e le possibili violazioni della riservatezza, di minimizzare l'impatto di eventuali provvedimenti restrittivi della sfera privata che si rendessero necessari per finalità di prevenzione e controllo del virus e, per quel

<sup>26</sup> Sul punto v. S. ELDER, 1 aprile 2020.

<sup>27</sup> «*Israel is jewish and democratic states*» (testualmente R. HIRSCHL, 1997, 136).

<sup>28</sup> All'indomani della Dichiarazione di Indipendenza (1948), i contrasti insorti in sede di Assemblea costituente circa la forma da attribuire alla costituzione israeliana sono sfociati nella emanazione della cd. «*Harari Resolution*» (13 giugno 1950), in virtù della quale la Constituent Assembly ha mutato il proprio nome in Knesset, optando per l'emanazione di una costituzione composta di capitoli isolati, ciascuno dei quali è denominato *basic law* (Divrei Ha-Knesset, vol. 5, 1793: «*the Constitution shall be composed of individual chapters, in such a manner that each of them shall constitute a basic law in itself. The individual chapters shall be brought before the Knesset [...] and all the chapters together will form the State Constitution*»).

che concerne i dati personali, di utilizzarli esclusivamente per ragioni riconducibili all'emergenza sanitaria<sup>29</sup>. Reiterando un principio già contenuto nella *Section (2) delle Privacy Protection (Information Security) Regulations* (2017), l'*Authority* ha precisato che i soggetti preposti al controllo dei dati devono valutare, al cessare dell'epidemia, la necessità di trattenere per sé i dati e, in caso negativo, di provvedere alla loro cancellazione.

Nei fatti, l'instabilità politica – Israele ha da un anno un governo di transizione – e la aggressività del virus hanno, in un primo momento, indotto l'esecutivo a varare una strategia di contenimento dell'epidemia che, scavalcando la *Knesset* e prescindendo dall'autorizzazione delle corti, si è contraddistinta per tempestività e per capacità di adattare il *know how* maturato nel contrasto al terrorismo all'emergenza Covid attraverso il controllo dei cellulari e degli strumenti di mobilità elettronica, tra cui carte di credito e di debito. A dispetto del consenso riscosso all'esterno – il modello israeliano è da più parti riguardato come esempio da emulare per la sua efficacia –, potere legislativo e potere giudiziario non hanno tardato a replicare all'esecutivo. Una commissione parlamentare di controllo ha interrotto l'uso delle tecniche di monitoraggio, reputando i benefici derivanti dall'uso delle *app* nettamente inferiori al sacrificio richiesto ai cittadini in termini di violazione della *privacy*, mentre la Corte Suprema si è resa autrice di una importante decisione, resa pubblica il 26 aprile scorso, nella quale, indagando il difficile rapporto tra libertà individuali e sicurezza collettiva, ha solennemente bocciato la strategia del governo. L'intervento dell'Alta Corte, la quale svolge un ruolo di riequilibrio e di contrappeso decisivo all'interno del sistema israeliano – basti pensare al controllo che essa esercita sull'operato dei tribunali rabbinici<sup>30</sup> – è giunto, non a caso, dopo le ripetute sollecitazioni espresse da esponenti della società civile, condannando la raccolta, lo stoccaggio e l'uso dei dati personali per finalità non strettamente connesse all'emergenza e reclamando un intervento legislativo della *Knesset* sulla materia specifica. In un significativo passaggio, il Presidente della Suprema Corte, Ester Hayut, ha affermato che sebbene la lotta per arginare il virus possa implicare, in via eccezionale, l'adozione di misure straordinarie, in deroga all'ordinaria vita democratica, il fattore tempo deve essere inteso come dirimente; pertanto non può avere corso una iniziativa dai caratteri «invasivi» se non vi è chiarezza incontrover-

<sup>29</sup> Cfr. *Israeli Privacy Protection Authority's Guidelines on Privacy Aspects Of the Coronavirus Epidemic* (COVID-19): «a key principle is that the personal data must be used solely for the purpose for which it was collected».

<sup>30</sup> R. HALPERIN-KADDARI (2002, 185).



tibile sulla sua durata nonché sulla destinazione delle informazioni raccolte<sup>31</sup>. La scelta dello Stato di utilizzare il suo servizio di sicurezza preventiva, normalmente riservato ai sospetti terroristi di Hamas, ai loro parenti e amici, pone, rispetto agli oltre otto milioni di cittadini coinvolti, evidenti problemi di costituzionalità, oltre che di etica. I rilievi formulati dal massimo organo giurisdizionale circa il rapporto tra sicurezza, salute, tecnologia e Stato di diritto sono ampiamente condivisibili, vieppiù se si consideri che l'invito alla moderazione nell'attività di *contact tracing* proviene dall'autorevole istituzione di un paese la cui popolazione convive con *app* che avvisano i cittadini dell'avvenuto invio di missili, razzi o bombe sul territorio israeliano.

## 8. Conclusioni

La *policy* che ispira il tema delle *app* per il *tracing* dei contagiati nei paesi occidentali è nel segno della volontarietà, della trasparenza, del rispetto della privacy e dell'anonimizzazione dei dati. Sotto il primo profilo, la necessaria e proattiva collaborazione del singolo, il quale va reso edotto delle conseguenze connesse all'uso dell'applicazione e, in particolare, al possesso di informazione circa il contagio (proprio e altrui), favorisce l'emersione di un sentimento di responsabilità sociale, che ha una ricaduta positiva sull'intera collettività. Naturalmente, è indispensabile che il singolo possa confidare nella trasparenza del servizio e nell'assenza del perseguimento di scopi ulteriori, incompatibili con la finalità di prevenzione sanitaria. Ciò spiega il *favor* per la gestione del servizio di *contact tracing* da parte di uno o più soggetti pubblici attraverso modalità di *open access*. Il perno del sistema *opt in*, come dimostrano le numerose iniziative intraprese dalle istituzioni europee per indirizzare la scelta delle soluzioni tecnologiche utili al tracciamento dei contatti sociali, resta l'individuazione di un ragionevole *balancing* tra le esigenze di tutela della salute pubblica<sup>32</sup> e la salvaguardia del fondamentale diritto alla riservatezza. Le *app* oggi in uso si caratterizzano infatti per il ricorso alle tecnolo-

<sup>31</sup> Secondo i giudici vi è un pericolo evidente di una deriva «scivolosa» nell'utilizzo di un'arma «straordinaria», che potrebbe avere anche dei «risvolti dannosi».

<sup>32</sup> In argomento, sia pure non espressamente riferibile al caso del Covid-19, v. le osservazioni di M.A. ROTHSTESTEIN (2015, 227 ss.), ad avviso del quale la quarantena, misura paradigmatica della necessità di bilanciare gli interessi pubblici e privati, deve essere subordinata a rigorosi requisiti di ordine etico («1. *Necessity, effectiveness and scientific rationale*; 2. *proportionality and least infringement*; 3. *Human supportive services*; and 4. *Public justification*») onde evitare illegittime intromissioni nella libertà individuale.

gie meno invasive, ad esempio Bluetooth a bassa energia; per la temporaneità del trattamento, rigorosamente circoscritto alla durata della pandemia (a meno che, sulla base del parere dei comitati etici e delle autorità preposte alla protezione dei dati, il loro valore scientifico, al servizio dell'interesse pubblico, sia superiore all'impatto sui diritti in questione); per l'impiego esclusivo delle informazioni per finalità di contrasto della crisi Covid-19 e per il divieto del loro utilizzo per scopi differenti, ad esempio per l'applicazione di norme di legge o per fini commerciali. Le soluzioni adottate sono nel segno della *compliance* al GDPR, alla direttiva e-Privacy e ai principi in materia di protezione dei dati e denotano con chiarezza l'opzione a favore di una risposta coordinata e condivisa a livello europeo. Per contro il quadro che emerge non è del tutto esente da ombre. Google ed Apple, come si è detto, si sono accordati per fornire esclusivamente le API delle applicazioni di *contact tracing*. Con una metafora potremmo dire che G. ed A. forniscono un campo su cui giocare, ma le squadre e le regole le decidono gli sviluppatori. In tal modo tutte le questioni relative alla privacy sono traslate sulla responsabilità dello sviluppatore e del Paese che adotta questa o quella *app*. Elevati sono, inoltre, i rischi di inefficienza conseguenti ad un basso tasso di adozione e ad una manipolazione malevola. Il maggior clamore suscitato dalla pretesa lesione della privacy induce a non soppesare adeguatamente il dato che G. ed A. custodiscono nei propri server una considerevole mole di informazioni socio-sanitarie<sup>33</sup> di valore inestimabile, le quali, sebbene criptate, consentono di profilarci dal punto di vista economico e finanziario, vendendo spazi pubblicitari ritagliati non più sul cittadino ma sulla *persona digitalis*<sup>34</sup>. Potrebbero, allora, ipotizzarsi dei correttivi, come una *app* che tracci soltanto senza fornire nessuna altra informazione, che cancelli periodicamente i contatti (ad esempio ogni 15 giorni), accompagnata da una diagnosi mirata e veloce<sup>35</sup>: se io ricevo il risultato del tampone dopo 3 giorni, il tracciamento diventa inuti-

<sup>33</sup> Questo profilo è indagato da L. DETERMANN (2020, 229 ss.), il quale osserva che misure restrittive della libertà personali quali il *contact tracing* e la quarantena possono indurre i datori di lavoro e le compagnie di assicurazione a sfavorire «individuals with pre-existing health conditions in connections with job offers and promotion sas well as coverage and eligibility decisions». Per una differente prospettiva v. B. L. Atwell (2020, 387), la quale ricorda che il Preambolo della Costituzione federale riconosce esplicitamente il valore del “*general welfare of the people*” e dunque la dimensione (anche) pubblica del bene salute.

<sup>34</sup> H. MATSUMI (2017/2018, 149).

<sup>35</sup> Nella regione Veneto, ad esempio, è sottoposto a tampone chi è individuato da una piattaforma di biosorveglianza, la quale integra in tempo reale i dati che provengono dai laboratori di microbiologia ed i dati delle anagrafi familiari e aziendali.

le posto che in questo arco di tempo potrei aver infettato altre persone a mia insaputa. Quindi *app*, test rapido e rigorosa quarantena a seguire.

Quanto al “modello Oriente” (se di modello compiuto si può discorrere nei limitati termini di cui si è detto), è di tutta evidenza che la gestione, sanitaria e politica, della crisi determinata dalla pandemia ha rappresentato, e rappresenta tuttora, un banco di prova sul quale misurare i termini del rapporto tra pubblico e privato nelle società dell’informazione e della conoscenza. Il rapporto tra tutela dell’anonimato e, più in generale, della sfera della privacy, e interessi della collettività è, nelle realtà asiatiche, una questione aperta alla quale ciascuna esperienza fornisce la propria risposta. A dimostrazione della minore compattezza dell’*Eastern World* rispetto ai paesi occidentali, la valutazione delle soluzioni adottate dipende dalle singole realtà: se in alcuni paesi, come Cina e Corea del Sud, la palese compromissione del diritto alla riservatezza è giustificata in nome del superiore interesse della collettività alla tutela della salute – interesse che, per inciso, non è detto coincida con quello delle istituzioni che operano in rappresentanza del Paese –; in altri, come Singapore, si sono messe in campo *ab initio* soluzioni più prudenziali, maggiormente rispettose della necessità di operare un *balancing* tra i contrapposti interessi in gioco, o – è questo il caso di Israele – si è assistito ad un ripensamento delle misure adottate. Qui, all’indomani dell’intervento della sempre attiva Suprema Corte, si è ribadito un principio che deve essere il faro di ogni democrazia: soltanto l’intervento del legislatore può disciplinare una materia incandescente quale è quella dei dati personali e porre limiti all’uso delle nuove tecnologie a detrimento dei diritti fondamentali della persona umana.

### Riferimenti bibliografici

ALBINO, V., in AA.VV. (2015), *Smart Cities: Definitions, Dimensions, Performance, and Initiatives*, in *Journal. Urb. Tech.*, vol. 22, 6.

ATWELL, B. L. *From Public Health to Public Wealth: The Case for Economic Justice* (2020), in *Ky. L. J.* vol. 108, 387.

CARDONE, M. - CECILI, M. Osservazioni *sulla disciplina in materia di dati personali in tempi di Covid-19. L’Italia e i modelli sudcoreano, israeliano e cinese: opzioni a confronto* (2020), in *Nomos*, n. 1, 10 ss.

D’ANTONIO, V. - SAPORITO, L. (2020), *Modelli normativi di contact tracing tra ragione e volontà*, in *Rass. dir. pub. eur. on line*, n. 2, 1 ss.;

- D'ANTONIO, V., RICCIO, G., SICA, S. (2016), *La nuova disciplina europea della privacy*, Bologna.
- DETERMANN, L. *Healthy Data Protection*, in *Michigan Tech. L. Rev.*, 2020, vol. 26, 229 ss.;
- EDWARDS, L. (2016), *Privacy, Security and Data Protection in Smart Cities: A Critical EU Law Perspective*, in *Eur. Data Prot. L. Rev.*, vol. 28.
- ELDER, S. (2020), *Coronavirus Crisis Exposes Shin Bet's Secret Database*, in *al-monitor.com* (1 aprile 2020).
- GREENLEAF, G. (2020), *The Influence of European Data Privacy Standards Outside Europe: Implications for Globalization of Convention 108*, in *Int'L Data Priv. L.*, vol. 2, 68 ss.
- H. KO, H., LEITNER, J., KIM, E. JUNG (2016), *J. Structure and Enforcement of Data Privacy Law in South Korea*, Brussels privacy hub, Working paper, vol. 2, n. 7, ottobre 2016, 12.
- HALPERIN-KADDARI, R. (2002), *Expressions of Legal Pluralism in Israel: The Interaction Between the High Court of Justice and Rabbinical Courts in Family Matters and Beyond*, in *Jewish Family Law in the State of Israel*, 185.
- HIRSCHL, R. (1997), *The 'Constitutional Revolution' and the Emergence of the New Economic Order in Israel*, in *Israel Studies*, n. 1, 136.
- HUBERT, A. - KERKHOFF, M. (1987), *Origin of Modern Public Health and Preventive Medicine*, in *Ethical Dilemmas in Health Promotion*.
- HURLEY, M. - ADEBAYO, J. (2016), *Credit Scoring in The Era of Big Data*, in *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 18, 148 ss.
- KOSTKA, G. (2019), *China's Social Credit Systems and Public Opinion: Explaining High Levels of Approval*, in *New Media and Soc'y*, 1565 s.
- LIN, X (2020), *A Dangerous Game: China's Big Data Advantage and How the U.S. Should Respond*, in *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy*, 253 ss.
- MATSUMI, H. (2017/2018), *Predictions and Privacy: Should There be Rules About Using Personal Data to Forecast the Future?*, in *Cumberland Law Review*, vol. 48, 149.
- NICITA, A. - DEL MASTRO, M. (2019), *Big Data. Come stanno cambiando il mondo*, Bologna.
- PERNOT-LEPLAY, E. (2020), *China's Approach on Data Privacy Law: A Third Way Between The U.S. and the E.U.*, in *Penn. St. J.L. & Intl. Aff.*, vol. 49, 1 ss.

- ROTHSTEIN, M. A. (2015), *From Sars to Ebola: Legal and Ethical Considerations for Modern Quarantine*, in *Ind. Health L. Rev.*, n. 12, p. 227 ss.
- ROTHSTEIN, M.A. (2003), in AA.VV., *Quarantine ad Isolation: Lessons Learned from SARS. A Report to the Centres for Disease Control and Prevention*, 89 ss., in <http://stacks.cdc.gov/view/cdc/11429.35>.
- SHULTS, W.O. (2020), *Cover Story: Tennessee Law in the Time of The Pandemic Disease; Balancing the Needs of Society with Personal Liberties*, in *Tennessee B. J.*, vol. 14, 56 ss.
- WAGNER GIVENS, J. - LAM, D. (2020), *Smartier Cities or Bigger brother? How the Race for Smart Cities Could Determine The Future of China, Democracy and Privacy*, in *Symposium Urban Intelligence and The Emerging City*, in *Fordham Urban Law Journal*, vol. 47, 829.
- ZUNINO, G. (2020), in *Coronavirus, app e sistemi per tracciare i positivi: come funzionano (nel mondo, in Italia)*, *Agendadigitale.ue*, 23.04.2020.



*Notizie sugli autori*

ESTHER ALBA FERRÉ, Profesora de Derecho civil, Eserp - Centro adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos; Profesora Tutora de la UNED.

NIEVES ALONSO GARCÍA, Profesora Contratada Doctora de Derecho constitucional y Coordinadora del Grado en Derecho, Universidad Isabel I.

TAMARA ÁLVAREZ ROBLES, Profesora contratada interina de Derecho constitucional, Universidade de Vigo.

CHIARA AMALFITANO, Professoressa ordinaria di Diritto dell'Unione europea; Direttrice del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJON, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

DIEGO BALDONI, Dottorando di ricerca in Diritto, curriculum pubblicistico, Università degli Studi di Genova.

MASSIMILIANO BARONI, Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Parma.

JUAN FRANCISCO BARROSO MÁRQUEZ, Profesor ayudante de Derecho constitucional, Universidad de Extremadura.

BELÉN BURGOS GARRIDO, Investigadora predoctoral FPI de Derecho administrativo, Universidad de Granada.

VALENTINA CAPUOZZO, Dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

MATHEUS THIAGO CARVALHO MENDONÇA, Investigador Asistente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina).

TANJA CERRUTI, Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Torino.

YLENIA MARIA CITINO, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, LUISS Guido Carli e re:constitution Research Fellow 2021/2022 presso la Commissione Europea, DG Connect.

ANDREA CONTIERI, Dottorando di Diritto costituzionale, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna.

EMANUELA COSTANZO, Dottoranda di ricerca in Teoria del diritto ed ordine giuridico ed economico europeo, Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro.

MARILISA D'AMICO, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale; Prorettrice a Legalità, Trasparenza e Parità di Diritti; Titolare della Cattedra Jean Monnet European Fundamental Rights and Women's Rights, Università degli Studi di Milano.

NATALIA DEL BARRIO, Profesora de Derecho internacional, San Pablo-CEU, CEU Universities.

LUCA DELL'ATTI, Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Sassari.

MARIA DI MAGGIO, Dottoranda di ricerca in Diritto penale, Università degli Studi di Bari.

CLAUDIO DI MAIO, Docente a contratto di Diritto dell'Unione europea, Università della Calabria.

CATERINA DRIGO, Professoressa associata di Diritto costituzionale, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna.

PABLO ESPINOSA PICO, Doctorando Investigador del Programa de Derecho penal y Nuevas Tecnologías, Universidad Carlo III de Madrid.

ELENA FALLETTI, Ricercatrice di diritto privato comparato, Università Carlo Cattaneo – LIUC.

ÁNGEL FERNÁNDEZ SILVA, Profesor Asociado Doctor de Derecho constitucional, Universidad de Salamanca; Profesor de Derecho administrativo, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de Zamora.



NANNEREL FIANO, Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

TOMMASO E. FROSINI, Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

ADORACIÓN GALERA VICTORA, Profesora titular de Derecho constitucional, Universidad de Granada.

ANTONELLA GALLETTI, Docente a contratto di Diritto dell'Unione europea, Università "Kore" di Enna.

PAOLO GAMBATESA, Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

DANIEL J. GARCÍA LOPEZ, Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Granada.

ANA GASCÓN MARCÉN, Profesora contratada doctora de Derecho internacional público, Universidad de Zaragoza.

SAMUELE GHERARDI, Dottorando in Diritto costituzionale, Universidad Complutense de Madrid.

MARTA GIACOMINI, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Verona.

GIACOMO GIORGINI PIGNATIELLO, Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Siena.

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ, Catedrática de Derecho Constitucional y Catedrática Jean Monnet *ad personam* de la Unión Europea, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Director del Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

MARIA PIA IADICICCO, Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Università della Campania Luigi Vanvitelli.

ALESSANDRO LAURO, Dottorando di ricerca in Diritto, persona e mercato, Università Ca' Foscari Venezia; Doctorant en droit constitutionnel interne et comparé, Université Paris II Panthéon Assas.

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR, Catedrático de Derecho constitucional, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria; Presidente de la Comisión de Libertades, Justicia e Interior del Parlamento europeo.

CLAUDIA MARCHESE, Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Sassari.

DANIELA MESSINA, Docente a contratto di Diritto dell'informazione e dell'informatica, Università degli Studi di Napoli Parthenope.

SERENELLA MIGLIORINO, Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Palermo.

ANDREA NAPOLITANO, Ricercatore a tempo determinato in Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Napoli Parthenope.

IDA ANGELA NICOTRA, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Catania.

JUAN OCÓN GARCÍA, Profesor Contratado Interino de Derecho Constitucional, Universidad de La Rioja.

LUCAS OLIVEIRA VIANNA, Doctorando en Derechos Humanos, Universidad del Noroeste de Rio Grande do Sul (Brasil).

FRANCISCO ORTEGA CANDELA, Doctor en Derecho, Universidad de Murcia.

GIACOMO PALOMBINO, Professore a contratto di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Napoli Parthenope.

DANIEL PERES DÍAZ, Investigador Predoctoral Contratado FPU en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.

ELOÍSA PÉREZ CONCHILLO, Investigadora predoctoral FPI en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

FERNANDO PÉREZ DOMÍNGUEZ, Profesor contratado doctor en Derecho Constitucional, Universidad de Huelva.

ANTONIO PÉREZ MIRAS, Profesor Ayudante Doctor de Derecho constitucional, Universidad de Granada; Manager del Proyecto Jean Monnet EUCONS.

SIMONE PITTO, Dottore di ricerca in Diritto pubblico interno, comparato ed europeo, Università di Genova.

FRANCESCA POLACCHINI, Ricercatrice di Diritto costituzionale, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna.

EDOARDO C. RAFFIOTTA, Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca; Fellow, Public Law and Policy Program, Università di Berkeley, California.

SILVIA ROMBOLI, Profesora de Derecho constitucional, Universidad Ramon Llull, ESADE, Barcelona.

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO, Profesor Titular de Derecho constitucional, Vicedecano de Investigación de la Facultad de Derecho, Universidad de Granada.

LIVIA SAPORITO, Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato, Università della Campania Luigi Vanvitelli.

CECILIA SICCARDI, Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

IGNAZIO SPADARO, Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Catania.

JAVIER TAJADURA TEJADA, Profesor Titular de Derecho constitucional, Universidad del País Vasco.

GERMÁN M. TERUEL LOZANO, Profesor de Derecho constitucional, Universidad de Murcia; Codirector de la Cátedra Buen Gobierno e Integridad Pública (UMU).

ANA TOMÁS LOPEZ, Profesora invitada e investigadora postdoctoral en la UCLM y Profesora en el Centro Asociado de Albacete de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

ALESSIA TOMO, Dottoranda di ricerca in Diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo, Università degli Studi di Napoli Parthenope in cotutela con la Universidad Complutense de Madrid.

ELENA CRISTINA TUDOR, Doctoranda en Derecho, Universidad de Valladolid.

LORENZA VIOLINI, Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale; componente del Senato accademico, Università degli Studi di Milano.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2021  
presso la *Grafica Elettronica* - Napoli