

Quaderni del Corso di Dottorato in Diritto 9

Responsabili Collana

Paola Ivaldi (*Università di Genova*) Lorenzo Schiano di Pepe (*Università di Genova*)

Comitato scientifico

Alberto M. Benedetti (*Università di Genova*), Pierluigi Chiassoni (*Università di Genova*), Paolo Comanducci (*Università di Genova*), Carlos Esplugues Mota (*Università di Valencia, Spain*), Angelo Dondi (*Università di Genova*), Gisella De Simone (*Università di Genova*), Riccardo Ferrante (*Università di Genova*), Andrea Fusaro (*Università di Genova*), Mitja Gialuz (*Università di Genova*), Bettina Heiderhoff (*Università di Münster, Germany*), Alberto Marcheselli (*Università di Genova*), Eric Millard (*Università di Paris-Ouest, France*), Juan Ruiz Manero (*Università di Alicante, Spain*), Realino Marra (*Università di Genova*), Marco Pavese (*Università di Genova*), Marco Pelissero (*Università di Torino*), Ilaria Queirolo (*Università di Genova*), Michele Siri (*Università di Genova*), Pascale Steichen (*Università di Nice Sophia Antipolis, France*), Lara Trucco (*Università di Genova*), Chiara E. Tuo (*Università di Genova*), Piera Vipiana (*Università di Genova*)

Comitato di Redazione

Mattia Nassano, redattore capo

Francesca Bandini, Silvia Battistella, Guglielmo Bonacchi, Fiammetta Campana, Francesca Ceresa Gastaldo, Daniele Curir, Beatrice Dassori, Alessandro Malacarne, Alessia Mistretta, Luca Oliveri, Francesca Palazzini, Sara Prandi, Thea Romanò, Deisy Cristina Villalobos Mejía, Sebastiano Zerbone

Uguaglianza e giustizia

Itinerario di una ricerca dottorale

a cura di Paola Ivaldi Lorenzo Schiano di Pepe





è il marchio editoriale dell'Università di Genova





Il presente volume è stato sottoposto a double blind peer-review secondo i criteri stabiliti dal protocollo UPI

© 2023 GUP

I contenuti del presente volume sono pubblicati con la licenza Creative commons 4.0 International Attribution-NonCommercial-ShareAlike.



Alcuni diritti sono riservati

ISBN 978-88-3618-197-1 e-ISBN (pdf) 978-88-3618-198-8

Pubblicato a maggio 2023

Realizzazione Editoriale **GENOVA UNIVERSITY PRESS**Via Balbi, 6 – 16126 Genova

Tel. 010 20951558 – Fax 010 20951552

e-mail: gup@unige.it https://gup.unige.it



Stampato rispettando l'ambiente da www.tipografiaecologicakc.it Tel. 010 877886

SOMMARIO

PREFAZIONE	9
PARTE I: RELAZIONI E LEZIONI DOTTORALI	
Guido Alpa Discriminazioni e diritti umani. Elementi di storia della cultura giuridica	13
Maria Vittoria Ballestrero La discriminazione algoritmica. Il caso dei rider	41
Valentina Di Gregorio Il principio di non discriminazione delle persone con disabilità	55
ELENA GUALCO Embedding EU Equality Law into the Common European Asylum System: An Investigation of Age Assessment Procedures	81
PAOLA IVALDI Uguaglianza e differenze nel diritto dell'Unione europea. Spunti per una riflessione	101
NICOLÒ LIPARI Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione	115
Davide Ponte Intelligenza artificiale, canone di non discriminazione e procedimento amministrativo	127
VINCENZO SCIARABBA Le 'discriminazioni a rovescio' per non applicabilità del diritto UE: profili costituzionali, legislativi e giurisprudenziali	143
Sara Tonolo Il principio di uguaglianza nel diritto internazionale privato attuale	167

PARTE II: INTERVENTI E COMMENTI

Francesca Bandini	
Cittadinanza nazionale ed europea:	100
strumenti di uguaglianza o discriminazione nel diritto internazionale privato?	197
Silvia Battistella	
Parità delle parti nel processo amministrativo e ruolo del giudice: brevi riflessioni	217
Fiammetta Maria Campana	
Eguaglianza e Capitalismo: ripensare il liberalismo politico	231
Daniele Colonna	
Eguaglianza e giustizia: linearità e incongruenze nella storia giuridica occidentale	241
Daniele Curir	
L'eguaglianza nell'esperienza giuridica romana: alcune riflessioni	253
Luca Oliveri	
Nicolò Lipari e la ragionevolezza dei valori:	
qualche considerazione intorno a Elogio della giustizia	263
Deisy C. Villalobos Mejía	
El reconocimiento y la tutela integral de la identidad personal	• • •
como presupuesto funcional del ordenamiento jurídico	285

PREFAZIONE

Agli occhi dei Greci la misura, l'equilibrio, la proporzione e l'armonia costituivano il principio stesso della salvezza dell'anima, perché i desideri hanno come oggetto l'illimitato. Concepire l'universo come un equilibrio, un'armonia, è come farne uno specchio della salvezza. Anche nei rapporti umani il bene consiste nell'eliminare l'illimitato; in questo risiede la giustizia (che può allora definirsi solo mediante l'uguaglianza).

(SIMONE WEIL, *Lettera 10*, in S. WEIL, A. WEIL, *L'arte della matematica*, trad. it. a cura di M.C. Sala, Milano, 2018, p. 95).

Il presente volume, il n. 9 della Collana *Quaderni del Corso di Dottorato in diritto*, ripercorre l'itinerario seguito, nell'anno accademico 2020-2021, per delineare un percorso di riflessione dottorale su un tema imprescindibile nella formazione del giurista: quello del rapporto tra principio di uguaglianza e giustizia.

Come di consueto numerosi sono stati gli incontri organizzati durante l'anno, a titolo di eventi di didattica condivisi dai quattro *curricula* nei quali si articola il Corso di Dottorato in Diritto dell'Università di Genova. Soltanto di alcuni si troverà di seguito traccia: si tratta della rielaborazione scritta delle lezioni dottorali tenute da Maria Vittoria Ballestrero, Valentina Di Gregorio, Elena Gualco, Paola Ivaldi, Davide Ponte e Vincenzo Sciarabba. Sono stati tuttavia coinvolti nella didattica comune numerosi altri, tra colleghe e colleghi: alcuni sono docenti dell'Università di Genova (Eleonora Ceccherini, Mitja Gialuz, Jacopo Della Torre, Gisella De Simone, Isabel Fanlo Cortés, Riccardo Ferrante, Guido Ferrarini, Lorenzo Schiano di Pepe, Matteo Timo, Piera Vipiana), altri sono inquadrati in diverse sedi universitarie (Francesca Poggi nell'Università statale di Milano e Marco Ventoruzzo nell'Università Luigi Bocconi di Milano).

Sempre in linea con la tradizione il percorso formativo dottorale ha poi trovato compiuta, felice conclusione in occasione del convegno finale su *Uguaglianza e giustizia* tenutosi, sempre a Genova, il 15 ottobre 2021.

In coerenza con l'approccio multidisciplinare che da sempre caratterizza il nostro corso di Dottorato sono state presentate relazioni da Guido Alpa, Luigi Ferrajoli, Nicolò Lipari, Maria Alessandra Sandulli, Federico Sorrentino e Sara Tonolo: i testi di tre di esse sono riportati in questo volume¹.

Molto significativo e partecipe è stato infine il contributo di dottorande e dottorandi nell'ambito sia del corso di didattica comune, che del convegno finale: in particolare, i sei *papers* presentati in quest'ultima occasione hanno tutti trovato spazio nelle pagine che seguono.

Molteplici sono state dunque le occasioni per riflettere sulle vie da percorrere per garantire più uguaglianza, «temprando lo scettro a' regnatori, sfrondandone gli allori, in una parola riducendo il potere a servizio»².

Si è trattato, in conclusione, di un percorso formativo intenso e fecondo. Come ci ha ricordato Luigi Ferrajoli, infatti, oggi «[g]li uomini sono incomparabilmente più uguali, sul piano giuridico, che in qualunque altra epoca, grazie alle innumerevoli carte, Costituzioni e dichiarazioni dei diritti. Ma sono anche, di fatto, incomparabilmente più disuguali in concreto»³. E ancora, mentre ci troviamo a vivere in Europa un lungo, atroce, inaspettato e inaccettabile tempo di guerra, non possiamo ignorare il suo monito: «è una necessità di ragione, oltre che un dovere morale e un obbligo giuridico, che la politica prenda finalmente sul serio il principio di uguaglianza». Appare così imprescindibile impegnarsi, «a livello non solo statale ma anche internazionale», nel tentativo di colmare «quella gigantesca lacuna di garanzie e di istituzioni di garanzia dei diritti fondamentali dalla cui effettività dipende il futuro della pace, della democrazia e della generale sicurezza»⁴.

Genova, 30 settembre 2022

Paola Ivaldi Lorenzo Schiano di Pepe

¹ Si tratta delle relazioni di Guido Alpa, Nicolò Lipari e Sara Tonolo, incluse nella prima parte del volume: v. *infra*, p. 13 ss., p. 115 ss. e p. 117 ss.

² F. Sorrentino, *L'eguaglianza*, Torino, 2011, p. VII. Ricordiamo le sue suggestive parole: «La terra è il regno del potere e delle ineguaglianze; il mare della libertà e dell'eguaglianza. Nel mare l'eguaglianza è un dato; sulla terra una conquista».

³ L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari-Roma, 2018, p. 30.

⁴ L. Ferrajoli, op. ult. cit., p. XII.



DISCRIMINAZIONI E DIRITTI UMANI. ELEMENTI DI STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA

Guido Alpa*

Sommario: 1. Diritti dell'uomo e proprietà. – 2. Pufendorf, Domat, Pothier. – 3. La natura e la diversità umana. I *Philosophes*. – 4. I diritti dell'uomo nei testi normativi. – 5. I diritti dell'uomo e le costituzioni dell'Ottocento. – 6. I diritti dell'individuo nei codici civili dell'Ottocento. – 7. Diritti dell'uomo e discriminazioni.

1. Diritti dell'uomo e proprietà.

Di diritti innati che si debbono riconoscere a un individuo in quanto tale si discute già nella filosofia antica.

Nel 1965 Leo Strauss pubblica un saggio sulla storia della filosofia del diritto naturale e sulla scorporazione da questa concezione di singoli «diritti naturali» connessi all'uomo. Il giusnaturalismo degli antichi non ha molto in comune con il giusnaturalismo degli Illuministi fondato sulla ragione e neppure con il neo-giusnaturalismo dell'inizio del Novecento, fondato sulla contrapposizione al diritto positivo, e neppure con il giusnaturalismo contemporaneo, fondato su una giustizia sostanziale che si contrappone a quella formale¹. Il diritto naturale si può comprendere soltanto se storicizzato. Il diritto naturale dei moderni muove da una concezione ordinistica della natura, ma è una concezione laica, che non scambia la natura con la divinità. L'uomo, in quanto tale, avrebbe diritti naturali – alla vita, alla libertà, alla proprietà – ma la Storia si incarica di limitarli, talvolta di sopprimerli.

Nelle pagine straordinariamente acute di Hanna Arendt si trova la critica più feroce alla concezione tradizionale dei diritti umani: «la concezione dei diritti umani – ella scrive ne *Le origini del totalitarismo*² – è naufragata nel momento

^{*} Professore emerito di Diritto civile, Università di Roma La Sapienza. Il testo riprende temi trattati in una pubblicazione precedente e costituisce rielaborazione della relazione tenuta a Genova il 15 ottobre 2021, nell'ambito del convegno conclusivo dell'attività didattica dottorale relativa all'a.a. 2020/2021.

¹ L. Strauss, *Diritto naturale e storia*, Chicago, 1953, trad. it. Genova, 1990.

² H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, 1951, trad. it. a cura di A. Guadagnin, Milano, 1967.

in cui sono comparsi individui che avevano perso tutte le altre qualità e relazioni specifiche, tranne la loro qualità umana. [...] Se un individuo perde il suo status politico, dovrebbe trovarsi, stando alle implicazioni degli innati e inalienabili diritti umani, nella situazione contemplata dalle dichiarazioni che li proclamano. Avviene esattamente l'opposto: un uomo che non è altro che un uomo sembra aver perso le qualità che spingevano gli altri a trattarlo come un proprio simile». E ancora: «per la conferma della mia identità io dipendo interamente dagli altri; ed è la grande grazia della compagnia che rifà del solitario un "tutto intero", salvandolo dal dialogo della riflessione in cui si rimane sempre equivoci, e ridandogli l'identità che gli consente di parlare con l'unica voce di una persona non scambiabile». Nel pensiero di Arendt queste asserzioni si giustificano pienamente e sono coerenti con la considerazione di chi – in quanto ebreo – fu privato della stessa essenza umana, essendo considerato *Untermensch*, essere assimilato alle cose, oggetto di proprietà e quindi di appropriazione e di sfruttamento. L'identità ebraica diviene un fardello che sposta il passato nel futuro 'un futuro alle spalle' e condanna chi la porta a subire 'per legge' vessazioni, persecuzioni, torture e assassinii. La proclamazione dei diritti umani non ha impedito genocidi, la Shoah, angherie di ogni genere perpetrate a danno di singoli o di intere comunità.

I diritti umani sono stati oggetto di un'ampia disamina³ ma anche di molte critiche, e ciò significa che la loro vitalità, da un lato, è stata rafforzata dalla loro elaborazione normativa, cioè la loro trasformazione da principi di significato filosofico e politico a precetti che ne impongono l'osservanza, dall'altro lato, essi conservano la loro fragilità e la loro carica di astrazione, perché il proclamarli non significa rispettarli, e la loro generalità non significa automaticamente rispetto delle diversità.

Gli studi di diritto internazionale documentano la loro storia e la loro vigenza, a livello convenzionale. Gli studi di diritto costituzionale ne indicano i limiti, nell'ambito degli ordinamenti nazionali. Gli studi di diritto interno spiegano come essi possono essere applicati, in via interpretativa, e se possano essere filtrati attraverso i 'controlimiti' che l'ordinamento può predisporre per non uniformarsi ad essi se mai fossero in contrasto con la normativa costituzionale o con l'ordine pubblico. La loro sostanza pressoché coincidente con quella dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con i principi costituzionali nazionali rende del tutto marginale, se non impossibile, di fatto, questa evenienza.

Ma la proclamazione dei diritti umani, di per sé, non è garanzia della loro attuazione.

³ La letteratura è sconfinata: v. tuttavia V. Ferrone, *Storia dei diritti dell'uomo. L'Illumini-smo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Roma-Bari, 2014, *passim*.

È sulla loro origine e sulla loro connessione con il diritto di proprietà e con il radicamento dell'idea di razza (ben prima che fosse ridotta ad una appartenenza biologica) la critica che si appunta ai diritti umani nell'ora presente, fase storica in cui essi sono riscattati dalla loro origine e positivizzati sì da poter essere riconosciuti e garantiti come diritti fondamentali.

La loro enucleazione dallo *ius gentium* di cui parlava Ulpiano consente a Vitoria di isolare la libertà di muoversi da una terra all'altra (*ius peregrinandi*), la libertà di commercio, il diritto di acquisire la proprietà (compresa l'appropriazione delle *res nullius*), la libertà di stabilimento e di divenire cittadini di altre province rispetto a quella di provenienza. È dunque la legittimazione del *dominium* la loro primaria funzione, *dominium* che si esercita anche sulla propria persona.

Il 'regime delle differenze' diventa perciò il fondamento della società, dell'ordine all'interno delle categorie di individui, della gerarchia esistente tra di essi. Se gli uomini si organizzano in una società razionalmente retta possono esercitare anche il dominium. E così si distinguono i barbari, capaci di raziocinio, dagli aborigeni, i nativi, i 'selvaggi', che hanno una debole capacità di raziocinio, e quindi debbono essere guidati, e non sono in grado di giovarsi appieno della proprietà. Essi sono inclusi nella categoria umana, non sono 'altri', ma non possono vantare i medesimi diritti dei conquistatori perché sono collocati in fondo alla gerarchia che regge la societas christiana⁴. Locke perfeziona il passaggio dai diritti umani alla titolarità del diritto di proprietà, e vede nelle terre utilizzate dagli Indios una distesa infinita di res nullius. In altri termini, tutti sono eguali, ma il soggetto è una costruzione storica, sociale e culturale, sicché alla sua nascita il soggetto trova già la sua collocazione all'interno della gerarchia. Accanto alla gerarchia si staglia dunque la razza, a cui poi si associano il sesso – con la discriminazione delle donne – e l'età. Proprietà, genere, razza, età consentono di radicalizzare questa gerarchia che si sovrappone alla eguaglianza dei diritti umani.

La parabola dei diritti umani attraversa l'Ottocento, e si sviluppa insieme con il culto del diritto di proprietà, legittima il colonialismo, che ricorre, per un certo indirizzo⁵, alle medesime argomentazioni dei giuristi

⁴ P. Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014, p. 27 ss., spec. pp. 33-35.

⁵ Indirizzo che si affianca, più che non contrapporsi, alla giustificazione data dalla necessità di acquisire terre incolte o sottocoltivate per sfamare le nazioni sovrappopolate.

e dei teologi spagnoli per legittimare la conquista delle Indie, sì che la critica dei diritti umani finisce per confondersi con la critica al diritto di proprietà⁶.

2. Pufendorf, Domat, Pothier.

Con Pufendorf si scopre l'essenza della persona nella sua «dignità umana», quel connotato che deve essere riconosciuto in ogni individuo, qualunque sia il suo ruolo sociale. A differenza di Hobbes e di Grozio, Pufendorf non giustifica ma condanna la schiavitù. Le sue idee camminano e pervadono la cultura giuridica francese, che diviene un autentico volano per la rifondazione del diritto civile.

Nel medesimo periodo in cui Pufendorf scrive la sua opera fondamentale sul diritto di natura e delle genti (pubblicato nel 1672) Domat scrive le *Loix civiles*, che vedono la luce nel 1689.

Per l'influenza che ebbe sulle opere di Pothier e sulla codificazione napoleonica, il pensiero di Domat è molto rilevante nella storia del diritto civile e quindi nella costruzione della nozione di «persona».

Quello di Domat può essere assunto a prototipo del modello di ragionamento giuridico in ordine alla concezione della persona (Lib. Prel., tit. II, sez. II). Egli, infatti, distingue lo stato delle persone – cioè il complesso delle «qualità» di un essere umano – in naturale e civile. Lo stato «naturale» riguarda il sesso, la nascita e l'età della persona; lo stato «civile» è invece determinato dalle «leggi arbitrarie» degli uomini, dipende dalla tradizione romana (libertà, cittadinanza, famiglia) o dalle leggi locali; considerando la situazione in Francia alla sua epoca egli registra la distinzione delle persone in nobili e ignobili, ecclesiastici, cittadini e plebei, di condizione libera o servile, quest'ultima non essendo però una condizione personale ma legata al domicilio o alla natura dei beni che si posseggono.

Pur ammettendo che in Francia non esistono schiavi, Domat descrive la loro condizione secondo le leggi romane. Ancora nel 1796, nell'edizione in lingua italiana delle *Loix civiles* pubblicata a Napoli nel 1796 si commentano le sue pagine precisando che nel Regno non si conoscono altri schiavi che i Turchi, «presi nell'atto che fanno da corsari»; essi possono essere oggetto di vendita ma la loro circolazione giuridica è ammessa liberamente solo entro i confini del Regno; possono essere liberati, ma ancorché liberi non

⁶ Come lucidamente argomentava K. Marx, *Sulla questione ebraica*, ed. it. a cura di D. Fusaro, Milano, 2007.

possono uscire dai confini senza l'autorizzazione regia, pena la riconduzione in schiavitù⁷.

Anche se rimarchevole, la concezione di Domat – agli occhi dei giuristi odierni – non è senza mende.

Si notano diverse crepe nella sua concezione giusnaturalistica: la prima riguarda la commistione tra leggi di natura e leggi civili; la seconda riguarda la separazione tra diritto di natura e diritto civile; la terza riguarda l'ipostatizzazione degli *status*.

Più precisamente. Non si può considerare la nascita fuori dal matrimonio e quindi l'acquisizione dello *status* di 'bastardo' (con limitazioni nel diritto successorio) una condizione che proviene dalla natura; è evidente che il fatto naturale della nascita non pone distinzione alcuna in ordine ai diritti inerenti alla persona, se non quello di eguaglianza; in questa prospettiva la costruzione giuridica della persona sembra la cristallizzazione di categorie, pregiudizi, condizionamenti sociali, che codificano le disuguaglianze oggettive; vi è quindi una interpretazione dei dati esterni secondo modelli precostituiti che non distingue ciò che si denomina naturale da ciò che è sovrapposto alla natura; meglio, si assegna a ciò che si dice «naturale» una interpretazione selettiva effettuata secondo canoni tratti dalle convinzioni sociali precostituite.

Non si comprende allora come la distinzione tra le leggi di natura e le leggi civili possa funzionare: Domat illustra prima quelle che egli chiama leggi naturali e le giustappone a quelle civili, per l'appunto «arbitrarie», ma non dice che le prime sono migliori delle seconde, che ne costituiscono il modello ideale o che ne debbano essere il correttivo.

Infine, la nozione di *status* tratta dal diritto romano – in cui Domat lamenta una lacuna dovuta all'assenza di una definizione – non è chiarita nelle sue origini e nelle sue cause; lo *status* non è da lui riguardato come uno strumento giuridico, un selettore sociale, un pilastro della aggregazione sociale, ma piuttosto come un elemento di natura, e quindi proveniente dal Creatore che quell'ordine ha impresso al mondo.

Insomma, i capisaldi per la costituzione della nozione di «persona» nel passato – diritto romano, diritto medievale, diritto naturale, diritto civile pre-napoleonico – sembrano vacillare perché frutto di ipostasi oppure di operazioni antistoriche, veri e propri anacronismi a cui il giurista si rifà per dare una ragione fondativa ai privilegi. La tradizione è uno strumento per giustificare il presente e per argomentare l'esigenza di una sua continuità con il passato; in altri termini, per fare operazioni ideologicamente orientate ma non esplicitate.

⁷ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, trad. it., 3ª ed., Napoli, 1796, p. 188.

Assai più piatto è il discorso di Pothier, che tra i *Trattati* dedicati all'universo del diritto include anche le persone. La sua è una descrizione molto semplice e asettica dello stato delle persone, della loro distinzione per natura, 'razza' (cioè famiglia), del ruolo sociale ricoperto, con diritti e doveri. La base è sempre il diritto romano, ma il diritto medievale è richiamato là dove i provvedimenti regi (i riferimenti sono tutti all'ordinamento francese) abbiano introdotto innovazioni. Ecclesiastici, nobili, terzo stato e servi (questi ultimi in tutte le varietà di condizione proprie delle diverse regioni) sono l'ossatura della società. Al terzo stato, che pure, con i servi, era la categoria più popolosa, dedica solo qualche riga: in fin dei conti per il giurista francese del Settecento il diritto delle persone è un diritto di privilegi. Chi non ne ha, non è interessante per il diritto. Oltre alla condizione sociale, viene in considerazione la *civitas* e la posizione dello straniero. Una posizione dimidiata, sia con riguardo ai diritti politici sia con riguardo ai diritti civili (in particolare alle successioni, visto che i beni degli stranieri venivano acquisiti alla proprietà regia in virtù dell'albinaggio). Maggior attenzione è data alla morte civile, come sanzione che si affianca a quella penale, limitando o escludendo i diritti civili dei condannati e dei reclusi, all'infamia, che è una sanzione intermedia, e poi alle distinzioni dovute all'età, al sesso, alla malattia. Potestà, tutela e curatela, tutte le condizioni in cui la persona è limitata nei suoi diritti, chiudono la trattazione

3. La natura e la diversità umana. I Philosophes.

La necessità della distinzione, la superiorità naturale di determinati individui rispetto agli altri, l'immutabilità dell'ordine sociale, pur attenuandosi le discriminazioni e allargandosi l'accesso al potere, sono l'*humus* di cui si alimentano le opere di alcuni illuministi, passati alla storia per il contributo che hanno dato alla edificazione dell'ordine nuovo.

Nell'*Esprit des lois*, ad esempio, Montesquieu non dimentica mai la propria provenienza aristocratica, né si fa scrupolo di riservare alla *noblesse* il ruolo fondamentale nell'apparato dello Stato. Anzi, depreca l'alleanza tra il monarca e la borghesia, che minaccia i privilegi dei nobili, storicamente risalenti e legittimi nel loro fondamento giuridico. Il giudizio dato sui di lui da Helvétius – «egli ha conservato i suoi pregiudizi di nobile di toga e di gentiluomo» – non poteva essere più appropriato.

Proprio *in limine* alla sua celebrata opera, Montesquieu sembra rispondere a Helvétius: «ho elaborato i miei principi non dai miei pregiudizi, ma

dalla *natura delle cose*»⁸. E appunto, tra i principi, cioè «ciò che fa agire un governo», Montesquieu pone: *la virtù* per la democrazia e la *moderazione*, cioè «l'eguaglianza tra i nobili» (non certo l'eguaglianza tra i nobili e gli appartenenti agli stati inferiori); l'onore, per la monarchia, la paura per il dispotismo.

Tra le caratteristiche delle leggi nel regime monarchico, egli sottolinea come l'onore sia il fondamento e il risultato della nobiltà (*l'enfant et le père*); e sottolinea come la nobiltà debba essere ereditaria, non per porsi tra il potere del principe e la debolezza del popolo, bensì come legame tra questi due; i maggiorascato è il diritto di alienare i beni, il retratto è la possibilità di recuperare al patrimonio familiare i beni altrimenti venduti, i privilegi sono accordati alle terre dove la dignità del feudo rispecchia la nobiltà della persona che ne è titolare⁹.

Il fondamento della distinzione degli *status* dipende, secondo Montesquieu, dalla natura¹⁰; dal clima, in quanto gli uomini sono differenti nei diversi climi¹¹ e proprio al clima egli riconduce la nascita della schiavitù: quindi ad una causa naturale, appunto per questo immodificabile; una causa che si trova nell'ordine del mondo, precostituito e non elaborato dall'uomo. Di qui la critica al diritto romano, che consentiva la riduzione in schiavitù per debiti e la vendita di se stessi e dei propri figli (operazioni volontarie e quindi «contro natura»); le altre due cause della schiavitù oltre all'atto di volontà (promessa), e cioè la cattura in guerra e la nascita, sono anch'esse criticate da Montesquieu. Egli non approva la schiavitù in patria, dove sarebbe segno di dispotismo; ma l'ammette solo nei Paesi caldi, dove la schiavitù è il portato necessario del clima. Quanto all'ordine sociale, nell'ultima parte della sua opera Montesquieu rivendica i diritti dei nobili contro la prevaricazione del monarca.

Rousseau si occupa più diffusamente della parità tra gli uomini – e quindi delle differenze – nel *Discorso sull'origine e sui fondamenti della disuguaglianza tra gli uomini* che risale al 1755¹². È qui che si rinviene il noto argomento dell'uomo selvaggio, del mito della natura incorrotta che modella l'uomo primigenio puro e integro. Ed è qui che Rousseau polemizza con Hobbes e con la sua idea dell'uomo naturale come di una bestia votata al

⁸ C.L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), a cura di Clement, Paris, 1971.

⁹ C.L. de Montesquieu, *De l'esprit des lois cit.*, p. 93.

¹⁰ Anche Montesquieu, quindi, sembra determinista.

¹¹ C.L. DE MONTESQUIEU, De l'esprit des lois cit., p. 47.

¹² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* a cura di Starobinski, Paris, 1985.

male. Rousseau concorda però con il filosofo inglese nella critica alle definizioni di diritto naturale¹³.

Ed ecco come nascono le differenze. In primo luogo, per effetto del clima. delle stagioni, dell'ambiente, che obbligano gli uomini ad adattarsi, per istinto di conservazione¹⁴; la vita di gruppo, però, fa insorgere le prime differenze: c'è chi canta meglio, chi è più bello, chi è più forte; insomma le prime differenze portano al vizio perché lasciano trasparire la vanità. l'odio, l'orgoglio, l'invidia. Poi si comincia a coltivare l'arte dei metalli e l'agricoltura¹⁵. Ed è dall'agricoltura che si diparte la seconda differenza, cioè l'essere proprietari (a ciascuno il suo). In tal modo, seguendo l'intuizione di Grozio, Rousseau sottolinea che nasce un diritto diverso da quello proprio della legge di natura¹⁶. In tal modo nascono anche a poco le altre disuguaglianze, per ricchezza, per fortuna, per l'impiego del talento, e si insediano anche i segni distintivi delle ricchezze. Di qui ancora nascono le forme di governo, che non sono dovute né alla natura, né all'autorità parentale, ma dalla volontà, dal contratto¹⁷. Rousseau però critica Pufendorf, secondo il quale la volontà può anche asservire l'uomo, perché l'uomo può per contratto trasferire la proprietà e quindi tutto ciò che possiede, ma non può essere oggetto di contratto.

«Doni essenziali della natura», quali la vita e la libertà, non sono suscettibili di modificazioni, l'uomo non ha diritto di spogliarsene¹⁸. Egli è contrario alla schiavitù; l'uomo fa violenza alla natura quando, ammettendo la schiavitù, consente che un essere umano non nasca uomo. È in questo modo che si violano i diritti di natura e nelle aggregazioni politiche si introducono le distinzioni tra governanti e governati. Sotto il tiranno, il despota, tutti gli uomini ridiventano eguali perché sono tutti esposti alla sua volontà; essi non sono più nulla, e il cerchio si chiude al punto da dove siamo partiti.

È straordinaria la differenza tra Rousseau e Voltaire a proposito degli *status*. Rousseau comincia a lavorare al *Contratto sociale* nel 1760 e lo dà alle stampe nel 1762; Voltaire negli stessi anni lavora all'*Enciclopedia*, pubblica il *Trattato sulla tolleranza* e di seguito il *Dizionario filosofico*.

Voltaire assume un atteggiamento simile a Montesquieu e, cioè, ritiene gli uomini eguali per natura (ma, dovendo essi soddisfare i bisogni, si trovano ad essere diversificati) finendo per qualificare come chimerica l'eguaglianza;

¹³ J.-J. Rousseau, Discours sur l'origine et les fondements cit., p. 83.

¹⁴ J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements cit.*, p. 95.

¹⁵ J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements cit.*, p. 103.

¹⁶ J.-J. Rousseau, Discours sur l'origine et les fondements cit., p. 104.

¹⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements cit.*, p. 113.

¹⁸ J.-J. ROUSSEAU, Discours sur l'origine et les fondements cit., p. 114.

Rousseau è molto più moderno e, se così si può dire, rivoluzionario e idealista per i suoi tempi.

Apre il *Contratto sociale* con l'espressione icastica: «L'uomo è nato libero, e dovunque è in catene». E precisa che l'ordine sociale non proviene dalla natura, ma è fondato su convenzioni. Quando descrive le forme di governo, mostra apprezzamento per l'aristocrazia, intesa però come il governo dei più saggi, e quindi non collegata all'onore, alla tradizione, alle origini. In ogni caso, il governo è convenzionale e rappresentativo.

Voltaire si scaglia contro i privilegi («magistrati, contadini, preti paghino ugualmente le imposte dello Stato») e contro i padroni; Rousseau ragiona della libertà di disobbedire, di «rientrare di diritto nella libertà naturale» quando il governo usurpa la sovranità, cioè viola il patto sociale.

Ancora diversa è la proposta di Gaetano Filangieri, nobile napoletano che, ispirandosi all'*Esprit des lois*, dà alle stampe, a partire dal 1780, la *Scienza* della legislazione. Nel suo mondo, che si vuole vedere ideale, ma che prende concreto alimento dalla realtà delle cose, si cerca di mettere riparo ai mali della società che egli descrive, individuando le possibili misure legislative. Innanzitutto, egli cerca di porre riparo alle differenze tra gli individui, che sorgono per l'iniqua distribuzione della proprietà: «La proprietà è quella che genera il cittadino, ed il suolo è quello che l'unisce alla patria»¹⁹. Egli si rende ben conto di scrivere in antagonismo con gli interessi della classe cui appartiene («la classe, contro della quale io scrivo, se è la più potente dello Stato, spero che voglia essere anche la più docile e la più ragionevole»²⁰). E ammette che le distinzioni sono necessarie: «nelle democrazie stesse, dove l'uguaglianza politica è della natura della costituzione, vi è sempre una nobiltà di opinione»; così come ammette che in una monarchia la «distinzione debba essere più sensibile, perché la costituzione del governo non richiede l'uguaglianza politica, ed è giusto, secondo lo spirito del governo, che la nobiltà si sia ornata di alcune onorevoli prerogative»²¹. Ma egli stabilisce che tra il monarca, i nobili e gli altri uomini occorre lasciare spazio ad un corpo non ereditario, senza poteri innati, che identifica nella magistratura.

In questo Filangieri si avvicina al disegno di Montesquieu; ma ben diverso è il suo atteggiamento verso la feudalità. Con l'investitura il sovrano «dona o vende ad un privato cittadino ed ai suoi discendenti, una gran parte della sua autorità sopra un'altra porzione di cittadini, i quali, senza il loro consenso, vengono degradati dalla loro politica condizione, condannati a nuove servitù,

¹⁹ G. Filangieri, *Scienza della legislazione*, vol. I, Milano, 1817, p. 356.

²⁰ G. Filangieri, *Scienza della legislazione cit.*, p. 54.

²¹ G. Filangieri, *Scienza della legislazione cit.*, p. 55.

obbligati a nuovi doveri, privati di una parte delle loro più care prerogative» e assoggettati al volere di un uomo che era loro eguale²². Di più; la abolizione della feudalità darebbe vigore alla classe dei nobili.

I terreni feudali, inalienabili per natura, – egli sottolinea – «rimessi nella circolazione dei contratti», acquisterebbero un nuovo valore: questa operazione restituendo la libertà alle persone e alle cose, «formerebbe nel tempo l'industria, l'agricoltura e la popolazione»; in altri termini, al di là dei vantaggi economici, Filangieri vede nella feudalità uno strumento di oppressione e di ostacolo alla libera circolazione della ricchezza; la sua abolizione restituirebbe «ad una gran parte dei cittadini i loro naturali diritti»²³. Gli *status* sono dannosì alla libertà del mercato, oltre che alla libertà degli individui.

La natura viene ad essere, ancora una volta, lo specchio della società; ma l'ordine naturale è assunto da Filangieri in modo opposto a quello proprio dei politici conservatori. Poiché per natura tutti gli uomini sono eguali, i 'ranghi', che gli illuministi pur rispettano, senza arrivare alla soppressione di ogni prerogativa, di ogni distinzione, di ogni proprietà, sono ammessi e giustificati purché siano rispettati i diritti fondamentali spettanti a ciascuno in quanto uomo.

È per ciò che Condillac, nelle istruzioni al principe di Parma, delinea uno Stato in cui i ranghi sono mantenuti: «Non è possibile oggi, a causa dei nostri vizi e dei nostri pregiudizi, fare ciò che i legislatori avrebbero potuto fare un tempo», cioè redistribuire egalitariamente le proprietà²⁴. Ciò che si può fare è aspirare che nella società «non vi sia ragione di nascita, titolo o privilegio che assolva il singolo dal compiere i suoi doveri di cittadino»; nello stesso tempo «la qualità di cittadino deve essere rispettata anche nell'ultimo uomo dello Stato»²⁵.

Si ammette la distinzione «perché non siamo capaci di essere fratelli e conformarci alle intenzioni della natura»; vi devono essere «classi di cittadini più onorati degli altri» ma nessuno deve essere umiliato, la legge deve rendere sacri e inviolabili i diritti di ciascuno.

«Il terzo stato rispetterà i grandi senza essere avvilito, e i grandi sono obbligati a loro volta a rispettare nella persona dei borghesi e dei contadini i diritti dell'umanità, e la *qualità* di cittadino libero che concorre a fare la legge a cui deve obbedire»²⁶.

²² G. Filangieri, *Scienza della legislazione cit.*, p. 61.

²³ G. Filangieri, *Scienza della legislazione cit.*, p. 72.

²⁴ E.B. DE CONDILLAC, Cours d'étude pour l'instruction des jeunes gens. De l'étude de l'histoire, t. VIII, Paris, 1798, p. 227.

²⁵ E.B. DE CONDILLAC, *Cours d'étude pour l'instruction cit.*, p. 229.

²⁶ E.B. DE CONDILLAC, Cours d'étude pour l'instruction cit., p. 230.

Sono idee che circolano nell'Europa dei Lumi. D'altra parte, nelle opere di Jeremy Bentham, ben conosciute in Francia, si legge la condanna della schiavitù, senza tuttavia che ne resti turbato l'ordine sociale. «I proprietari non si devono allarmare di questo cambiamento» (cioè, della soppressione della schiavitù). «Coloro che possiedono la terra hanno un potere naturale su quelli che non possono vivere che lavorando»²⁷.

Siamo così arrivati alle soglie della Rivoluzione. I borghesi trovano il loro tribuno nell'abate Emmanuel-Joseph Sieyès, che rivendica al terzo stato il potere contro nobili e clero, in nome dei principi di maggioranza e di eguaglianza. Ma in questo stato non trovano spazio i neri delle colonie, che possono essere mantenuti nella loro schiavitù, le donne e gli ignoranti, e soprattutto i poveri, la *populace*, la *canaille*. Per costoro, per queste categorie distinte sulla base della razza, del sesso, della cultura, del censo, il principio di uguaglianza non trionfa; l'eguaglianza dei tre stati, l'eguaglianza dei cittadini vive la sua più alta contraddizione: mentre rivendica diritti e proclama l'abolizione dei privilegi, riafferma discriminazioni e posizioni di soggezione per le altre categorie. Il processo democratico si è arrestato a metà della scala sociale.

Sieyès è il geniale paladino del nuovo ordine: ma più che nell'opera che lo ha reso celebre²⁸, il suo genio demolitore delle distinzioni – ma si badi, non di tutte le distinzioni – emerge dall'*Essai sur les privilèges*, scritto l'anno precedente.

Anche Sieyès non intende abolire i ceti proprietari, e le altre differenze che regnano tra gli individui. Però, come Condillac, vuole riconoscere a ciascuno un nucleo essenziale di diritti, composto di diritti civili e di diritti politici. «Gli attributi per cui i cittadini si differenziano tra loro sono al di là della qualità di cittadino», egli dice; «le ineguaglianze di proprietà e di professione sono come le differenze di età, di sesso, di statura. Esse non snaturano la eguaglianza nella qualità di cittadino»²⁹. Di qui la necessità di abolire il privilegio; questa «miserabile invenzione» che costituisce «una dispensa per coloro che ne beneficiano e una fonte di scoraggiamento per tutti gli altri»³⁰. In una nota della seconda edizione del *Saggio*, nel 1789, Sieyès aggiunge: «È cosa naturale che tutti gli individui, tutti gli esseri viventi siano

²⁷ J. Bentham, *Traités de législation civile et pénale*, trad. fr. a cura di E. Dumont, Paris, 1802 (Bruxelles 1840); la citazione è tratta dall'edizione del 1840, t. II, *Principes du Code civil*, p. 17.

²⁸ E.-J. Sieyès, *Qu'est ce-que le tiers état?*, Paris, 1789, ed. a cura di Tulard, Paris 1989.

²⁹ E.-J. Sieyès, *Che cos'è il terzo stato?*, trad. it. a cura di U. Cerroni, Roma, 1992, p. 85.

³⁰ E.-J. Sieyès, Saggio sui privilegi, in appendice a Id., Che cos'è il terzo stato? cit., p. 95.

differenti l'uno dall'altro» (in altri termini, la differenza è la ragione stessa della non-identità, cioè della moltitudine); ma «nella natura la superiorità o l'inferiorità non sussistono di diritto, ma di fatto: diviene superiore chi si sa imporre all'altro».

Ciò che egli combatte è il passaggio dal fatto al diritto, fondato non sul principio di eguaglianza, ma sul privilegio. Privilegio acquisito dai pochi fortunati per il fatto della nascita³¹. Mentre i cittadini devono essere eguali, perché ciascuno possa offrire la sua merce, il suo lavoro, in uno 'scambio continuo'. Le differenze si fondano su una falsa gerarchia; la vera gerarchia, il potere legittimamente esercitato, si fonda sull'uguaglianza.

4. I diritti dell'uomo nei testi normativi.

I diritti associati all'uomo, che, come si è visto, hanno una denominazione variegata – diritti umani, diritti innati, diritti essenziali – sono frutto di un laboratorio assai complesso nel mondo del diritto. E possiamo dire, senza timore di azzardo, che proprio su questo terreno si registra il momento di confluenza più stretta tra pensiero filosofico-politico e pensiero giuridico.

Essi sono stati elaborati in via dottrinale, eminentemente da studiosi di filosofia morale e di filosofia della politica, si sono via via moltiplicati, muovendo dalle prime elementari formulazioni in cui secondo Grozio i diritti essenziali erano quattro (il diritto alla vita, il diritto alla libertà personale, il diritto di resistenza alla legge ingiusta, il diritto di proprietà) – alle liste più lunghe di diritti in cui si coagulano gli imperativi morali e le condizioni per poter vivere in una società civile, come sono condizionati dalla cultura e dalla situazione economico-sociale.

Dalle opere dei filosofi ai testi predisposti dai giuristi, accolti dai legislatori, applicati dai giudici, il passo non è stato breve, come si apprende dalla loro storia.

Si è molto discusso dell'itinerario' circolare dei diritti contenuti nei *Bill of Rights* e nelle prime Dichiarazioni della fine del Settecento, e se ai diritti umani si potessero riconoscere effetti nell'ambito dei rapporti tra privati, superando la dicotomia diritto privato/diritto pubblico.

Qualificando l'individuo come 'uomo' non si voleva sottolineare soltanto la sua differenza dagli animali, in quanto essere dotato di ragione, ma se ne definiva in senso pedagogico la natura politica, come essere che aveva la propria consapevolezza, la propria capacità di interpretare il proprio ruolo nella

³¹ E.-J. Sieyès, *Saggio sui privilegi cit.*, p. 113.

società, la propria cultura, e la propria partecipazione alla vita attiva, cioè alla distribuzione del potere nella società. L'uomo consapevole e quindi colto è in grado di essere *civis*³². Ma per dare ordine compiuto a questa rivoluzione intellettuale e politica non è sufficiente il pensiero, occorre consolidare, in certo senso 'consacrare' i suoi contenuti in regole vincolanti dal punto di vista giuridico. Un vincolo che si istituisce tra tutti gli individui in modo pattizio, perché queste regole non discendono dall'alto ma emergono dal basso. Di qui la divisione dei poteri e la creazione del diritto, che si concentra sul legislatore – la volontà degli individui trasfusa nella legge – frutto del 'contratto sociale'.

Con la codificazione di questi diritti, cioè con la loro trasposizione da un testo dottrinale ad un testo normativo, l'opera della dottrina, da fonte di ispirazione e di elaborazione, si è trasformata in opera prevalentemente esegetica dei testi normativi, ma alcuni legislatori – con diverse formule e alludendo a diverse tecniche – hanno lasciato il campo aperto alle novità create dall'interprete.

L'esame dei testi normativi rivela le loro ascendenze filosofiche e politiche. Essi dispongono dei diritti riconosciuti in capo all'uomo sia nei rapporti con l'Autorità (diritti che appartengono al diritto pubblico) sia nei rapporti tra gli uomini (diritti che appartengono al diritto privato).

Nelle due tradizioni, la francese e l'americana, si susseguono testi dichiarativi e testi organizzativi della società, con valenza 'costituzionale'.

La portata rivoluzionaria di questi testi è data innanzitutto dalla proclamazione dei diritti: dichiarare è esplicitare pubblicamente un atto di impegno, 'dichiarare' è dunque legato al 'fare'. E fare significa rifondare l'idea dell'uomo che è collegata con la sua origine naturale, che lo rende eguale agli altri uomini, che sono appunto suoi 'simili'. Ciò implica che una società fondata su una dichiarazione di tal fatta non può consentire una differenziazione degli esseri umani determinata dalle loro origini (come avveniva per la distribuzione degli individui negli *status*).

Allo stesso tempo, la rottura con il passato implica l'impossibilità di tornare all'antico assetto della società, e assegna a queste dichiarazioni un ruolo pedagogico³³. L'influsso giusnaturalista si può cogliere dunque nelle dichiarazioni dei diritti e nelle costituzioni adottate tra la fine del Settecento e in tutto l'Ottocento³⁴.

³² R. Koselleck, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, Bologna, 1994, pp. 17-68.

³³ C. Fauré, Ce que déclarer des droits veut dire: histoires, Paris, 1997, p. 236.

³⁴ Per i primi riferimenti bibliografici v. G. Alpa, *Status e capacità. La costruzione delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993; sono memorabili le pagine di N. Вовво, *L'età dei*

In più, queste dichiarazioni, essendo connaturate al modello sociale trasposto in un quadro giuridico, diventano il metro di misura della identità culturale di una nazione, un patrimonio di valori di cui è intrisa la loro storia, e, di riflesso, un connotato di ciascun individuo che fa parte di quella nazione³⁵. La ricerca di ciò che è buono e giusto è posta a fondamento del patto sociale.

Lo studio di queste esperienze è vitale per comprendere come nascono e come evolvono i diritti umani, destinati a diventare «fondamentali» nelle costituzioni contemporanee. E, ovviamente, le vicissitudini del principio di eguaglianza ne costituiscono la trave portante³⁶.

Non sempre i diritti protetti sono collocati in un elenco tassativo. I legislatori seguono modelli diversi: nominano alcuni diritti, rinviano a categorie di diritti, li sostituiscono e li integrano.

Il punto di partenza è la Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 1776, le cui origini intellettuali si nutrono della filosofia di Locke, che possiamo definire proto-illuminista³⁷. Ed è qui che si trova la formula roussoviana che proclama l'eguaglianza degli uomini:

Tutti gli uomini sono creati eguali; [...] essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, [...] tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e il perseguimento della Felicità; [...] per garantire questi diritti sono istituiti tra gli uomini governi che derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati; [...] ogni qualvolta una qualsiasi forma di governo tende a negare questi fini, il popolo ha diritto di mutarla o abolirla e di istituire un nuovo governo fondato su tali principi e di organizzarne i poteri nella forma che sembri al popolo meglio atta a procurare la sua Sicurezza e la sua Felicità.

La proprietà e gli interessi economici sono protetti come espressione della libertà, e con essi il commercio.

Gli storici discutono sui fondamenti di queste affermazioni.

L'anima della Dichiarazione americana sembra costituita soprattutto dagli interessi economici, che sono protetti nella misura in cui sia instaurato il

diritti, ora in Etica e politica, Milano, 2009, p. 1168 ss. e di S. Rodotà, Dal soggetto alla persona, Roma, 2009.

³⁵ C. Fauré, Ce que déclarer cit., 236.

 $^{^{36}}$ V. per tutti A. Schiavone, $\it Eguaglianza.\ Una\ nuova\ visione\ sul\ filo\ della\ storia,\ Bologna,\ 2019.$

³⁷ Per le origini intellettuali della rivoluzione americana v. nell'amplissima bibliografia J. ISRAEL, *Il Grande Incendio. Come la Rivoluzione americana conquistò il Mondo 1775-1848*, Torino, 2018.

buon governo. La saldatura tra diritti innati e prosperità economica è data da una adeguata divisione dei poteri fondata sul consenso dei governati³⁸. Si discute se la scomparsa del termine proprietà tra i diritti fondamentali significhi, nella esperienza americana, una critica alla tradizione della proprietà, ma l'opinione prevalente è del tutto opposta: la proprietà era così connaturata alla libertà, che non era necessario menzionarla esplicitamente, non potendosi porre in dubbio la legittimità e la rilevanza di tale diritto³⁹. Si discute però se alla base del documento vi fosse un'idea protestante di 'bene comune' oppure se la Dichiarazione sia il prototipo delle proclamazioni di stampo individualista.

Nell'esperienza americana l'elencazione dei diritti, la loro trasformazione, la loro integrazione avviene testualmente sulla Costituzione del 1787, che si occupa del ruolo degli Stati nell'ambito della confederazione, e all'art. IV, sez. 2, dispone che «[i] cittadini di ciascuno Stato hanno diritto in tutti gli altri Stati a tutti i privilegi e immunità dei cittadini».

Il IX emendamento della Costituzione americana precisa che i diritti protetti nel testo non escludono che altri diritti possano essere tutelati anche se non esplicitamente menzionati.

Testualmente l'emendamento, proposto da James Madison nel 1791 recita: «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people». L'emendamento fu introdotto ad opera degli Antifederalisti, che volevano limitare il potere federale visto come una minaccia per le libertà individuali. In verità, il testo è un po' oscuro, perché mentre la prima parte è ragionevole, lasciando intendere che i diritti enumerati nel testo non costituiscono una lista chiusa, la seconda parte lo è molto meno: quali sono gli «altri diritti» di cui il popolo è titolare? Il popolo significa ogni individuo? E chi attribuisce i diritti non menzionati? Si tratta di una cambiale in bianco?

In effetti il IX Emendamento non è stato applicato per più di un secolo e mezzo. Ma, in connessione con altri Emendamenti, è stato menzionato nella prima sentenza della Corte costituzionale degli Stati Uniti che ha creato il diritto alla privacy, con il caso *Griswold* v. *Connecticut*, del 1965. Si trattava di valutare se una legge del Connecticut che proibiva la vendita di contraccettivi fosse conforme alla Costituzione. In quel caso il giudice Douglas precisò che

³⁸ L. Hartz, *La tradizione liberale in America*, Milano, 1960; un classico è l'opera di C.A. Beard, *Un'interpretazione economica degli Stati Uniti*, Milano, 1959 (trad. id. della versione in inglese del 1913). I riferimenti a Locke si rinvengono nei *Due trattati sul governo*, Torino, 1982, p. 391 ss.

³⁹ L. Strauss, *Diritto naturale e storia*, Venezia, 1954, p. 240 ss.

«le garanzie specifiche del *Bill of Rights* hanno una penombra, formata dalle irradiazioni di quelle garanzie che sostengono i diritti protetti dando loro vita e sostanza»⁴⁰. E la Corte ritenne che il testo di legge violava un diritto costituzionalmente garantito, il diritto alla *privacy*. La Corte aveva così creato un diritto che la dottrina da tempo aveva elaborato: lo testimonia il saggio del senatore Warren e il giudice Brandeis pubblicato nel 1890 pubblicato sulla *Harvard Law Review*, la prima e la più importante rivista giuridica americana⁴¹.

Sempre al IX Emendamento, insieme con altre disposizioni della Costituzione, si riferirono i giudici costituzionali quando elaborarono il diritto all'aborto. Anche in quel caso, con una storica sentenza, *Roe* v. *Wade*⁴², i giudici ritennero che la legislazione statale non potesse intrudersi nella segreta sfera della persona e pertanto che fosse legittimo non solo provvedere interventi sanitari per portare a termine la gravidanza ma anche interromperla.

Oggi il IX Emendamento è contestato dai giuristi legati alla tradizione, qualificati come 'conservatori', i quali, con l'espediente del significato originario del testo costituzionale (la c.d. interpretazione originalista) vorrebbero circoscrivere l'ambito dei diritti costituzionalmente garantiti. Ma si tratta di un indirizzo del tutto marginale.

Certamente debitrice del pensiero dei filosofi illuministi è la Dichiarazione dei diritti del 1789 che segna l'inizio della Rivoluzione francese⁴³.

È il documento più significativo del Settecento in Europa. Approvato dall'Assemblea nazionale costituente francese il 26 agosto 1789 prende il nome di *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*. È il primo segno normativo della Rivoluzione che consacra la fine dell'Ancién Régime, fondato su una rigida ripartizione della società in categorie sociali denominate *status*, e addirittura espresse nel corpo politico sotto forma di Stati Generali (dei nobili, degli ecclesiastici e dei borghesi).

La Dichiarazione dell'89 è il testo di riferimento delle dichiarazioni dei diritti in tutti i Paesi d'Europa in cui si registra la reazione ai governi assoluti e la proclamazione delle libertà in capo a tutti i cittadini sulla base del principio di eguaglianza formale. Essa è diventata per così dire un monumento storico, ed un modello di riferimento, anche se rimase in vigore soltanto quattro anni.

⁴⁰ 381 U.S., 484. L'opinion fu condivisa dal presidente Warren e dai giudici Clark, Goldberg, e Brennan.

⁴¹ Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890), pp. 193-220.

⁴² Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), recentemente oggetto (con sentenza 24 giugno 2022, *Dobbs*) di un ormai famoso *overruling*.

⁴³ D. Mornet, *Le origini intellettuali della Rivoluzione francese* (1715-1787), trad. it. Milano, 1983; J. Israel, *La Rivoluzione francese. Una storia intellettuale dai Diritti dell'Uomo a Robespierre*, trad. it. Torino, 2015.

La Dichiarazione reca le tracce del pensiero di Jean Jaques Rousseau. Il suo titolo può trarre in inganno: è vero che l'espressione «uomo» è usata in senso neutro, cioè comprende sia gli uomini sia le donne e i minori, ma ciascuna di queste categorie aveva poi nel diritto civile (e di lì a qualche anno nel *Code civil*) uno statuto particolare, sì che la rappresentazione dell'individuo come «uomo» dà luogo ad una concezione astratta.

Il principio di eguaglianza è assicurato a tutti gli uomini che per l'appunto «nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti».

L'apertura è solenne:

I rappresentanti del popolo francese costituiti in Assemblea Nazionale, considerando che l'ignoranza, l'oblio o il disprezzo dei diritti dell'uomo sono le uniche cause delle sciagure pubbliche e della corruzione dei governi, hanno stabilito di esporre, in una solenne dichiarazione, i diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo, affinché questa dichiarazione costantemente presente a tutti i membri del corpo sociale, rammenti loro incessantemente i loro diritti e i loro doveri; affinché maggior rispetto ritraggano gli atti del Potere legislativo e quelli del Potere esecutivo dal poter essere in ogni istante paragonati con il fine di ogni istituzione politica; affinché i reclami dei cittadini, fondati d'ora innanzi su dei principi semplici ed incontestabili, abbiano sempre per risultato il mantenimento della Costituzione e la felicità di tutti. Di conseguenza, l'Assemblea Nazionale riconosce e dichiara, in presenza e sotto gli auspici dell'Essere Supremo, i seguenti diritti dell'uomo e del cittadino.

Sono così enunciati in modo lineare i diritti di base:

Art. I - Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune. Art. II - Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione.

Art. III - Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione. Nessun corpo o individuo può esercitare un'autorità che non emani espressamente da essa.

Art. IV - La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla Legge.

L'organizzazione dell'apparato strutturale della società, la forma di governo, è descritta in modo embrionale. Ma anche qui il riconoscimento dei diritti è strettamente collegato al modo di organizzazione della società. Diritti dell'uomo e buon governo sono un binomio inseparabile.

Nel 1793 è sostituita dalla Dichiarazione ispirata alle idee di Robespierre: è una dichiarazione repubblicana in cui si sottolineano soprattutto il dovere di solidarietà sociale (art. VIII), e la sicurezza, oltre che la proprietà; lo scopo della società è ancora la felicità comune (art. I), e l'imperativo evangelico-kantiano è alla base dei rapporti sociali: non fare agli altri quel che non vorresti fosse fatto a te (art. V). La differenza tra i due testi è notevole: il primo è espressione della divinità, intesa, laicamente, come Dea Ragione, la seconda ingloba la divinità nella legge, che diviene la divinità comune; la prima è una tavola dei valori, che anticipa la riformulazione dei poteri che reggono la Nazione sotto forma di Costituzione scritta (che sarà approvata nel 1791), la seconda si identifica con la costituzione, è infatti il testo emendato della Dichiarazione dell'89 che diventa Costituzione del 24 giugno 1793, in cui il potere è affidato interamente al popolo, essendo stato ghigliottinato poco prima Luigi XVI (il 21 gennaio 1793).

Si ammettono però le «distinzioni sociali», le quali possono essere fondate solo sulla utilità comune (art. I). Accanto alle libertà personali si afferma la garanzia della proprietà, definito diritto inviolabile e sacro (art. XVII).

Ciò che rileva, ai nostri fini, è in particolare l'art. VI, secondo il quale tutti i «cittadini» (non dunque tutti gli uomini) sono «egualmente ammissibili a tutte le dignità, posti e impieghi pubblici secondo la loro capacità e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti».

Essendo l'organizzazione sociale fondata sulla proprietà, la sostanziale distinzione era tra 'proprietari' e 'non proprietari'.

Pochi anni dopo viene approvata la costituzione giacobina (del 24 giugno 1793) che porta la medesima denominazione, ma differisce rispetto alla precedente perché l'influsso giusnaturalistico è più marcato. Essa codifica lo scopo della società inteso come «la felicità comune», garantisce il godimento dei diritti naturali dell'uomo (art. 1), garantisce il principio di eguaglianza a tutti gli uomini che «sono uguali per natura e davanti alla legge» (art. 3) e specifica che questi diritti naturali sono l'eguaglianza, la libertà, la sicurezza e la proprietà (art. 2).

Anche la Dichiarazione-Costituzione del 1793 è una icona, a cui il popolo francese, e la *élite* intellettuale rimangono affezionati.

Il 22 agosto 1795, finito il periodo del Terrore, i Francesi si danno una nuova costituzione. Anche questa enuncia i diritti dell'uomo – libertà, eguaglianza, sicurezza, proprietà (art. 1) – e tutela la proprietà come «il diritto di

godere e disporre dei propri beni e delle proprie rendite, del frutto del proprio lavoro e della propria attività» (art. 5).

Ma la grande novità di questa costituzione è che accanto ai diritti enumera anche i doveri, il primo dei quali è il rispetto della legge (artt. 1 e 3 della sezione «doveri»). E si aggiunge: «Tutti i doveri dell'uomo e del cittadino derivano da questi due principi, dalla natura impressi in tutti i cuori: "Non fate agli altri ciò che non vorreste fosse fatto a voi. Fate costantemente agli altri il bene che voi vorreste ricevere"».

È ancora una dichiarazione che ritorna sotto l'egida dell'Essere supremo, una costituzione 'borghese', censitaria, che prepara l'ascesa di Napoleone e il Codice civile del 1804.

Un modello diverso si rinviene nell'ordinamento austriaco, in cui i diritti umani sono addirittura codificati, inclusi nel codice civile, che allora si poteva considerare come la costituzione dei privati.

Il codice civile austriaco del 1811 (A.B.G.B.), entrato in vigore nelle province italiane dell'Impero in lingua italiana nel 1816, reca infatti una disposizione che ne denuncia l'origine giusnaturalistica. Recita il §16: «Ognuno ha dei diritti risultanti evidentemente dalla sola ragione e deve quindi considerarsi come una persona. La schiavitù e la servitù personale, e l'esercizio di un potere relativo, non sono permessi in questi stati».

Da segnalare, ai nostri fini, la distinzione tra *Mensch* e *Person*: l'uomo in quanto tale è 'persona', cioè è 'titolare di diritti'.

Dalla 'personalità' riconosciuta dal diritto, che corrisponde in questo contesto all'essenza dell'umanità, derivano diritti che solo la 'società civile' riconosce e garantisce.

All'apparire del codice civile, i commentatori austriaci non ponevano in dubbio che in queste regole si parlasse di diritti naturali, di diritti cioè creati dall'indirizzo filosofico giusnaturalistico. E si potrebbe discutere se in questo modo i commentatori austriaci volessero riprendere l'insegnamento di Eineccio e degli altri studiosi del diritto romano (risalendo quindi a Gaio) oppure, come credo, volessero assegnare al termine *Person* un significato più pregnante.

Parlando di un diritto consistente nella «facoltà di intraprendere tutte quelle azioni (ma soltanto quelle) che si possono intraprendere con uno stato sociale di essere indipendenti» il significato dei termini usati e della disposizione di apertura del codice civile sembrano propendere per la seconda opzione.

Leggendo i primi commentari al codice civile austriaco si scopre che i diritti che derivano da questa concezione di 'persona' sono naturali o acquisiti. Quanto ai primi, essi derivano «dal carattere della personalità». La schiavitù

si ha quando l'uomo è oggetto di proprietà di un altro uomo; la servitù quando un uomo è considerato pertinenza di un fondo⁴⁴. Si tratta dunque di uno stato di libertà: la persona è per sua natura libera. E appunto si trattava della libertà che l'Impero austriaco garantiva ai suoi regnicoli.

Questa disposizione è tornata ad offrire materia di lavoro ai giuristi contemporanei per la costruzione della categoria dei diritti della personalità. La dottrina austriaca ha disputato se i diritti innati includessero altri diritti oltre a quelli ordinariamente inclusi nella categoria dei diritti naturali, ed ha concluso che sebbene originariamente la lista fosse ridotta all'essenziale (vita, libertà personale, resistenza, onore, proprietà), l'interpretazione evolutiva consentisse di fondare su questa norma la protezione della vita, della libertà, della salute, della *privacy* e della dignità⁴⁵.

Il common law non presenta per parte sua un quadro organico di disciplina della persona, in sé considerata, ma ne espone aspetti frastagliati. Non si rinvengono nella letteratura giuridica manuali, trattati, sezioni di opere dedicate al 'diritto delle persone', se non nei testi che trattano del diritto romano. Si parla, certo di persona (natural person) nei manuali che illustrano singoli settori, specchi del diritto privato, ma si tratta di una descrizione solo incidentale. Si pensi, in materia di diritto contrattuale, alle regole sulla capacità naturale e ai contratti del minore; nel diritto di famiglia, ai rapporti tra genitori e figli o tra coniugi; nel diritto concernente la medicina legale e la bioetica, si pensi alle regole riguardanti la nascita e la morte, l'embrione e il feto; nella disciplina dei torts si rinviene la tutela di alcuni diritti che nell'orizzonte culturale continentale fanno parte della disciplina della persona perché riguardano i suoi attributi, cioè i 'diritti della personalità' come l'onore e la reputazione (label and slander, defamation), la riservatezza (privacy) e l'integrità personale (personal injury).

Questa sfera di diritti mutua le sue regole sia dal diritto civile consuetudinario sia dal diritto costituzionale consuetudinario. Ed è interessante notare che questi diritti hanno ricevuto nuovo impulso in Inghilterra dal dibattito sulla cittadinanza e sui diritti delle minoranze. Un dibattito che si è ampliato quando, nel 1998, è entrato in vigore lo *Human Rights Act*.

Non sono quindi le radici del diritto privato ma quelle del diritto pubblico che fondano il 'diritto della persona'. E per l'appunto nella sua opera

⁴⁴ F. de Zeiller, *Commentario sul Codice civile universale per tutti gli Stati ereditari tedeschi della Monarchia austriaca*, t. I, Milano, 1815, p. 108 ss.

⁴⁵ K. OLIPHANT, L. CHENG, P. ZHANG (eds.), *The Legal Protection of Privacy Rights: Chinese and European Perspectives*, Leiden, 2018, p. 32 ss.

filosofica intitolata *The Province of Jurisprudence Determined* del 1832⁴⁶, John Austin tratta della persona fisica (*single or individual person*) solo in quanto membro di un aggregato (*body*) e pertanto la persona è vista come un individuo che, insieme agli altri membri del gruppo a cui appartiene o a cui è ascritta, concorre a formare la volontà del gruppo, sia esso una società o addirittura lo stesso Parlamento.

Secondo Stein si possono tuttavia individuare caratteristiche comuni di *common law* e *civil law* nel diritto delle persone dovute alla diffusione del diritto canonico in Inghilterra; ma al di là di queste pallide assonanze, sono gli ultimi due secoli ad aver avvicinato, con l'avvento del diritto moderno modellato nelle esigenze all'economia industriale, i sistemi europei⁴⁷.

Più realistico è l'approccio di Buckland e McNair⁴⁸ che confermano l'impressione del *civilian*, aprendo il capitolo in materia – non a caso esposto sotto l'angolo visuale della territorialità e della personalità del diritto – con una constatazione inequivoca: «the rubric "persons" is of comparatively small importance in our law, since the law is territorial and every subject of the State is a citizen of it»⁴⁹.

5. I diritti dell'uomo e le costituzioni dell'Ottocento.

Le costituzioni rivoluzionarie italiane, che seguono all'onda della Rivoluzione francese, sono simili nella concezione e nel testo alla ultima costituzione francese del 1795: si vedano, ad esempio, la Costituzione della Repubblica romana e la Costituzione della Repubblica cisalpina del 1799. Ma vi sono eccezioni.

Di intonazione più libertaria e garantista è la Costituzione della Repubblica napoletana, sempre del 1799, che distingue i diritti, secondo l'uso di allora, cioè i diritti e i doveri: i diritti dell'uomo, i diritti del cittadino, i diritti del popolo e, corrispondentemente, analoghi doveri nella medesima sequenza.

Tutti gli uomini sono eguali e quindi sono eguali anche nei diritti; le distinzioni ammesse sono solo quelle derivanti dalle qualità morali (art. 1).

⁴⁶ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, 1995, p. 126 ss.

⁴⁷ *Ivi*, p. 135-136.

⁴⁸ W.W. Buckland, A.D. McNair, Roman Law and Common Law, Cambridge, 1936, p. 20 ss.

⁴⁹ Ancor più diffuso è il commento che Lee predispone alle Istituzioni di Giustiniano. E qui oltre agli argomenti classici si trova aperta la questione se lo schiavo fosse «cosa» o «persona». E la risposta è: «entrambe le qualificazioni», perché era considerato oggetto di diritti, ma, in quanto «persona», nel tardo diritto bizantino influenzato dalla teologia, era un «essere capace di diritti e di doveri» (Nicholas).

I diritti dell'uomo implicano l'esercizio libero delle sue facoltà fisiche e morali, e di «adoperare l'azione del corpo secondo i suoi bisogni»; sono riconosciuti i diritti di libertà, di opinione e di volizione, di manifestazione delle opinioni e delle volizioni, di proprietà e di 'resistenza' a chi impedisce l'esercizio dei diritti così riconosciuti (artt. 2-9).

I diritti del cittadino sono protetti dalla pubblica forza: e si tratta di «diritti naturali e civili» (art. 10). I diritti civili non sono definiti, ma nel contesto culturale di allora essi riguardavano i rapporti patrimoniali e familiari. I diritti del cittadino comprendono anche l'eguaglianza nelle pene e nell'elettorato attivo e passivo alla carica di pubblico funzionario.

I diritti del 'popolo' – che non è definito, ma concerne il complesso dei cittadini – riguardano lo stabilirsi una libera costituzione (art. 13), la forma di governo (art. 14), far la guerra (art. 15), l'imposizione delle contribuzioni (art. 16).

I doveri riguardano l'uomo (rispettare i diritti degli altri, soccorrere gli altri uomini, alimentare i bisognosi, illuminare e istruire gli altri). I doveri del cittadino derivano dalla volontà generale che riflette le volontà individuali; accanto ad essi sono enumerati i doveri dei pubblici funzionari.

Il principio di eguaglianza è ribadito in chiusura del testo – composto di 421 articoli (probabilmente questa è la costituzione più lunga del mondo) – in quanto si sottolinea che tra i cittadini non «esiste alcuna superiorità», salva quella dei pubblici funzionari, ma solo relativamente alle loro funzioni (art. 396). È evidente in tutto il testo l'oppressione del regime borbonico, l'anelito alla libertà, il ripudio di ogni potere assoluto, la soppressione di abusi, in particolare di quelli della pubblica Amministrazione e della polizia.

La Restaurazione dà vita al ripristino delle leggi anteriori alla Rivoluzione francese e all'Impero napoleonico. Ma dalle rivoluzioni del 1848, che sconvolsero l'assetto delle restaurate monarchie europee, nacquero costituzioni meno generose e meno nobili di quelle settecentesche.

Lo Statuto albertino, cioè lo Statuto del Regno di Sardegna, del 4 marzo 1848, ne è l'esempio emblematico; nonostante il tripudio di sacrifici che costò ai patrioti italiani, uniti nella fede laica e libertaria, nonostante i tentennamenti di Carlo Alberto, il testo che fu approvato si segnala per l'angusto spazio riservato ai diritti del 'cittadino'. I diritti dell'uomo sono ignorati. Non vi è la proclamazione dei diritti dell'uomo, ma solo la declinazione dei diritti e dei doveri del cittadino.

L'uomo è visto come «regnicolo», cioè suddito di Sua Maestà. Il termine «persona» è usato solo quando riferito al Re: «la persona del Re è sacra e inviolabile»; è il Re che nomina a tutte le cariche dello Stato (art. 4).

L'eguaglianza riguarda i cittadini, che sono eguali non tra loro ma «dinanzi alla legge»: è la legge che conforma dunque il loro *status*, che può variare

per «titolo e grado» (art. 24). Tutti godono dei diritti civili e politici, salve le eccezioni determinate dalle leggi (art. 24).

Sono inviolabili il domicilio (art. 27) e la proprietà (art. 29), ma non la persona umana, ad eccezione, come si è detto, della persona del Re.

Ben diverso è il tenore della Costituzione della Repubblica francese dello stesso anno, che ci appare moderna e garantista, pur essendo coeva allo Statuto albertino. Ma è una costituzione repubblicana, approvata in uno Stato che pur rispettando la religione, appare laico nel suo complesso.

Già nel preambolo essa «riconosce dei diritti e dei doveri anteriori e superiori alle leggi positive» (art. III). Essa codifica cioè con legge la superiorità alla legge dei diritti e dei doveri: non dice a chi spettino questi diritti e doveri, se a tutti gli individui o solo ai cittadini, ma si intende che si allude ai cittadini (v. art. VI e ss.). La Repubblica protegge il cittadino nella persona (e ancora nella famiglia, nella religione, nella proprietà e nel lavoro: art. VIII). Vi sono assonanze con la Costituzione del 1795, ma qui il tenore è più generale, si accoglie anche un programma di natura sociale, che si impernia sull'assistenza fraterna (art. VIII). Si proclama che la schiavitù non può esistere su nessuna terra francese (art. 6). È si impiegano termini e concetti che saranno utilizzati dalle costituzioni del Novecento: l'art. 4 recita infatti: «Nessuno sarà distolto dai suoi giudici naturali». Vengono aboliti 'per sempre' i titoli nobiliari e le distinzioni di nascita, di classe o di casta (art. 10). Classe è un concetto socio-politico, casta è un termine non usato precedentemente e più fluido: il primo riflette evidentemente i valori socialisti che all'epoca cominciavano ad emergere (il Manifesto marxiano è proprio del 1848); il secondo è espressione di privilegi e di un corpo sociale separato elitario.

Analoga espressione – senza il riferimento alle classi sociali, però – è contenuta nel testo della Costituzione della Repubblica romana, mazziniana, del 2 luglio 1849: «il Regime democratico ha per regola l'eguaglianza, la libertà, la fraternità. Non riconosce titoli di nobiltà, né privilegi di nascita o di casta» (art. II). Seguendo l'esempio francese, questa Costituzione promuove «il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini» e riguarda tutti i Popoli come fratelli (art. IV). Assicura che dalla credenza religiosa «non dipende l'esercizio dei diritti civili e politici» (art. VII). Include tra i diritti garantiti il diritto alla cittadinanza, dettagliandone le modalità. E stabilisce che «le persone e la proprietà sono inviolabili».

È un'affermazione assai rilevante, questa, perché se si rileggono i testi fin qui esaminati si può riscontrare che è la prima volta che compare in un testo costituzionale il termine «persona»: si è parlato di «uomo», di «cittadino», di «regnicolo», di «popolo», di «bisognosi», ma non si è usato il termine «persona» se non per il Re. Se ognuno ha pari dignità, ogni individuo è persona al pari del Re.

6. I diritti dell'individuo nei codici civili dell'Ottocento.

Il Codice napoleonico (il Code civile dei Francesi) è entrato in vigore in Francia nel 1804 e nel Regno d'Italia nel 1806.

Il Codice napoleonico si occupa dei diritti dell'individuo nei rapporti con gli altri individui: sono diritti di natura patrimoniale, che si incentrano sulla proprietà, istituto sul quale è fondato l'ordine nuovo dall'«Eroe di Francia». Esportato dalle province conquistate da Napoleone, il codice civile francese è il modello delle codificazioni dell'Ottocento⁵⁰. Ma ogni codice ha proprie caratteristiche.

Nel Regno delle Due Sicilie il Codice napoleonico viene sostituito nel 1819 da un nuovo codice, promulgato da Ferdinando I. La differenza con l'antecedente è abbagliante. La prima distinzione, codificata dalle disposizioni preliminari, è tra «nazionali» del Regno delle Due Sicilie e «stranieri».

Entrambe le categorie sono assoggettate alle leggi siciliane se residenti nel territorio del Regno (art. 5); ma le leggi obbligano i nazionali, anche se non residenti (art. 6). Giordano, nell'ampio commento, precisa che occorre distinguere: lo statuto personale (leggi personali), lo statuto reale (leggi reali), le leggi di polizia e di sicurezza⁵¹.

Le leggi personali indicano lo stato e la capacità delle persone⁵². La qualità nazionale è opera della natura (quando si è tale per «nascita o per origine») o della legge, quando tale si diventa secondo le condizioni prescritte dalla legge «onde purgare i vizi della nascita o dell'origine».

La *longa manus* della legge è giustificata dai progressi del commercio e della civiltà; infittendosi il commercio e le comunicazioni, ciascuno porta seco il suo *status*: le leggi personali «sono inerenti alla persona»; ciò comporta ad esempio che il Siciliano non possa contrarre matrimonio all'estero senza il consenso dei genitori, se minore di 25 anni; ovvero che possa essere legittimato per susseguente matrimonio (Giordano segnala il trattamento opposto degli inglesi). La giurisprudenza, applicando le leggi speciali, compie deroghe: ad esempio, gli ambasciatori, i ministri, gli inviati, godono del privilegio del foro proprio «secondo il diritto delle genti». Accanto a queste ipotesi l'autore ne annovera altre tratte dalla giurisprudenza francese; aggiunge menzioni del diritto pratico e delle fonti romane.

Per contro, le leggi reali relative ai beni distinguono i beni mobili che seguono il domicilio del padrone e gli immobili che seguono invece la legge

⁵⁰ Sul punto v. G. Alpa, *Diritto civile. Due secoli di storia*, Bologna, 2018.

⁵¹ A. Giordano, Commento sulle leggi civili del Regno delle Due Sicilie, Palermo, 1843.

⁵² A. GIORDANO, Commento sulle leggi civili cit., p. 29.

del luogo ove sono siti anche se appartengono a stranieri. Le leggi di polizia riguardano tutti. Agli stranieri si riconosce l'esercizio dei soli diritti civili (e non di quelli politici) sotto il vincolo della reciprocità.

Quanto all'espressione «diritti civili», essa comprende la facoltà di contrarre e di negoziare titoli, di fare testamento, di adire i tribunali, di possedere beni. Giordano ne è un convinto assertore alla luce dei principi di diritto naturale. Per gli stranieri l'autore si preoccupa soprattutto di sottolineare la soppressione del diritto di albinaggio in virtù del quale lo Stato incamerava i beni giacenti entro i confini e le proprietà dello straniero deceduto senza essere naturalizzato.

Giordano documenta l'applicazione di questa normativa richiamando alcuni casi. Uno di questi aveva diviso in giudizio i due rami degli Imperiale, una famiglia nobile; il ramo genovese (straniero) e il ramo napoletano (nazionale). Pur appartenendo i discendenti alla medesima famiglia, l'intreccio di parentele non era valso a superare la distinzione tra cittadini e stranieri, sicché la famiglia genovese non poté accampare alcun diritto sui beni di un congiunto napoletano morto intestato. I beni erano stati incamerati dall'erario. Giordano richiama il Digesto, libro L, tit. 15, in cui si sostiene che «non si nasce solo a chi dà la vita ma anche allo Stato».

La registrazione degli atti civili è uguale per tutti; le «dissomiglianze derivano dal diritto di proprietà, da istituzioni e da convenzioni sociali»⁵³.

Esse, anche se non appartengono al diritto naturale, «non sono meno di quelle meno rispettabili e meno necessarie». Il giurista giustifica così, sulla base di un diritto para-naturale, le differenze di stato e di censo.

L'analisi dei modelli dei codici civili può arrestarsi qui. Ciò che rileva è sottolineare come essi, per tutto il secolo, ricantano, da un lato, le regole sui rapporti patrimoniali, dall'altro, governano un settore di rapporti nei quali lo Stato, e quindi il diritto pubblico, non ingerisce. Società civile e Stato sono separati: alla prima pertiene il diritto civile, al secondo il diritto pubblico.

Questa distinzione non è solo tecnica, è eminentemente politica. Per tutto l'Ottocento l'individuo, per il diritto civile, è giuridicamente rilevante in quanto proprietario e, per il diritto pubblico, in quanto sia alfabetizzato e abbia un censo; con la rivoluzione industriale e la nuova organizzazione economica fondata sul capitale e non più soltanto sulla proprietà terriera, al proprietario-*rentier* si affianca l'imprenditore-padrone.

⁵³ A. Giordano, *Commento sulle leggi civili cit.*, p. 124.

7 Diritti dell'uomo e discriminazioni.

Un secolo intero separa le dichiarazioni e costituzioni del Settecento e dell'Ottocento dalle dichiarazioni e costituzioni contemporanee. Se si guarda alla tecnica con cui i testi sono elaborati – senza considerare, ovviamente, gli eventi storici eccezionali che si sono susseguiti in quel periodo, cioè la seconda Rivoluzione industriale, la Prima guerra mondiale, la Rivoluzione russa, la Grande Depressione, la Seconda guerra mondiale, la Shoah – si possono notare alcune assonanze, che suonano come una sconfitta, perché la necessità ribadire i diritti dell'uomo significa che essi, pur proclamati, non erano stati conquistati definitivamente. E si nota anche l'esigenza di sottolineare l'irrilevanza giuridica delle distinzioni.

Le distinzioni non si possono tradurre in ragioni di diseguaglianza, o di persecuzione: non sono ammesse discriminazioni.

I codici civili hanno segnato un'altra storia: si registra una singolare continuità tra i codici dell'Ottocento e quelli del Novecento. Anzi. In certe esperienze la continuità è data dall'applicazione del medesimo testo, come avviene in Francia e in Austria, e il suo adattamento alle nuove esigenze è affidato alla legislazione speciale e alla interpretazione dottrinale e giurisprudenziale.

Il diritto pubblico sopravanza il diritto civile con la Costituzione di Weimar del 1919 e con le costituzioni del dopoguerra, negli altri Paesi.

La Dichiarazione universale dei diritti umani è stata approvata dalle Nazioni Unite nel 1948; due anni dopo è stata approvata la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani. Due dichiarazioni che hanno vigenza diversa (i Paesi che l'hanno sottoscritta in tutto l'intero orbe terraqueo la prima, i Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, la seconda), una formulazione diversa, un apparato di rimedi e due Corti diverse. Rimedi e Corti sono assai rilevanti, perché la Dichiarazione ha effetto solo persuasivo, invitando gli Stati ad operare in modo da proteggere anziché ledere i diritti umani; la Convenzione è applicata dalla Corte di Strasburgo che ha il potere di comminare una sanzione risarcitoria allo Stato che abbia leso diritti umani di un suo cittadino, il quale si rivolge alla Corte per ottenere giustizia, non avendola potuta conseguire nel suo Stato nonostante abbia percorso tre gradi di processo giurisdizionale.

La comparazione dei testi, che rivela come la sensibilità degli estensori, che pure provenivano da culture differenziate – più variegate quelle che conversero sul testo universale, più coese quelle che conversero sul testo europeo – si ritrovarono sulle medesime posizioni.

La clausola generale di apertura e i criteri distintivi sono pressoché eguali.

Dichiarazione universale:

Articolo 1 - Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza.

Articolo 2 - Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione. Nessuna distinzione sarà inoltre stabilita sulla base dello statuto politico, giuridico o internazionale del paese o del territorio cui una persona appartiene, sia indipendente, o sottoposto ad amministrazione fiduciaria o non autonomo, o soggetto a qualsiasi limitazione di sovranità.

Convenzione europea:

Articolo 1 - Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo. Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione. Articolo 14 - Divieto di discriminazione. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

Ciò che colpisce è la modalità di redazione del testo.

La Dichiarazione universale richiama la definizione roussoviana dei diritti umani, e usa l'espressione «dignità», sulla quale ci soffermeremo in chiusura del discorso, precisando in ogni caso che l'assenza testuale di questo vocabolo nella dichiarazione europea non implica la sua assenza tra i parametri valoriali di cui si avvale la Corte di Strasburgo per sindacare i comportamenti degli Stati. La «fratellanza» richiama la sigla di apertura della Costituzione americana e della Dichiarazione dei diritti francese.

Le enumerazioni dei criteri distintivi si equivalgono, ed entrambe hanno una clausola di chiusura che consente di estenderle, essendo esse quindi considerate come meramente esemplificative.

Sulle clausole di chiusura non si è aperta la discussione che invece continua ad alimentare la letteratura americana in materia. Ciò perché non si sono

scontrate le due concezioni di costituzione, politicamente in conflitto, tra 'evoluzionisti' e 'originalisti'. La formula di chiusura infatti ha legittimato negli Stati Uniti la creazione giurisprudenziale di nuovi diritti, non contemplati nel testo iniziale, come il diritto alla *privacy* con le sue elaborazioni successive riguardanti il diritto di usare contraccettivi, il diritto all'aborto, il diritto di avere rapporti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso, il matrimonio gay.

I criteri distintivi elencati nei due testi si corrispondono, e corrispondono anche alle elencazioni presenti nelle costituzioni del secondo dopoguerra, e pure all'elenco incluso nella Carta europea dei diritti fondamentali di mezzo secolo successiva. E questo è un segno della persistenza delle distinzioni e delle discriminazioni. Segno che certi tratti – psicologici, somatici, apparenti od occulti ma 'disvelati' – fanno parte di archetipi che si trasmettono nel tempo e si trasformano in pregiudizi così radicati da farli ritenere 'naturali'.

La natura gioca quindi un ruolo essenziale nel pensiero giuridico e nella sua traduzione in testi normativi⁵⁴.

⁵⁴ Per tutti v. N. Irti, L'uso giuridico della natura, Roma-Bari, 2013, passim.

LA DISCRIMINAZIONE ALGORITMICA. IL CASO DEI RIDER

Maria Vittoria Ballestrero*

Sommario: 1. Vi racconto una storia. – 2. La storia: i rider e l'algoritmo *Frank*. – 3. Un ricorso per discriminazione sindacale collettiva. – 3.1. Il rito antidiscriminatorio: le premesse. – 3.2. La discriminazione collettiva. Diretta o indiretta? – 3.2.1. Discriminazione diretta e indiretta: come distinguere. – 3.2.2. La discriminazione diretta: il caso dello shopper. – 3.2.3. La discriminazione sindacale indiretta dei rider. – 4. Concludendo.

1. Vi racconto una storia.

Il titolo di questa lezione promette più di quanto potrò mantenere. Stasera, infatti, voglio raccontarvi una storia, nella quale è direttamente coinvolto un algoritmo. Ma non parlerò di algoritmi, di cui non so niente; parlerò di quello che l'utilizzo di un algoritmo può produrre sulle condizioni di lavoro e di vita di chi ne subisce la tirannia. Perché di questo qualcosa, bene o male, ne so.

La storia è tratta da un caso reale e riguarda quegli uomini e quelle donne – volutamente non parlo di ragazzi e ragazze, perché si tratta spesso di persone che giovani non sono più – che tutti noi vediamo pedalare per strada, un grosso zaino colorato con il logo dell'impresa di *delivery* sulle spalle: sono i rider – o ciclofattorini –, ai quali, come dirò oltre, si sono aggiunti anche gli shopper – ciclofattorini che consegnano a domicilio la spesa. Tutti lavoratori della *gig economy*, il cui numero è molto cresciuto a causa della pandemia, che ha moltiplicato a dismisura la richiesta di consegna a domicilio di cibo e di altri generi – inclusa la spesa al supermercato.

Userò questa storia per parlare di discriminazione: nella specie, di discriminazione sindacale. E non è certo un caso che di questo si tratti, perché nella *gig economy* la partita del rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori è ancora largamente aperta.

^{*} Professoressa emerita di Diritto del lavoro, Università di Genova.

2. La storia: i rider e l'algoritmo Frank.

Il caso è quello deciso dall'ordinanza del Tribunale di Bologna 31 dicembre 2020, emanata nell'ambito di un procedimento antidiscriminatorio (art. 28 d.lgs. n. 150 /2011), che ha aperto un capitolo nuovo e di grande interesse nella vicenda giudiziaria dei rider, consentendo alla giudice, e a noi con lei, di guardare dentro l'organizzazione del lavoro tramite piattaforme digitali gestite da imprese multinazionali e di riflettere sull'utilizzo di algoritmi 'opachi', il cui meccanismo di funzionamento è noto solo al management dell'impresa. I meccanismi di funzionamento dell'algoritmo, anche in questo caso, sono risultati non conoscibili – né dal giudice, né dagli avvocati dei ricorrenti –, ma le conseguenze – vale a dire gli effetti prodotti dalla sua utilizzazione – sono state accertate e valutate: questo del resto è ciò che accade quando in giudizio sia invocato il diritto antidiscriminatorio.

Come dirò oltre, la discriminazione dei lavoratori ingaggiati nel *platform* work può anche essere ben poco sofisticata e molto vecchia maniera: un recente caso (deciso dal Trib. Palermo, ord. 12 aprile 2021) relativo al licenziamento di uno shopper ce ne fornisce un bell'esempio.

Guardiamo intanto i rider della nostra storia, che lavorano per una impresa di *delivery – Deliveroo*, nella specie. I sindacati ricorrenti lamentano il carattere discriminatorio – discriminazione collettiva per ragioni sindacali – della prassi aziendale di penalizzare i rider nel *ranking* c.d. reputazionale – per brevità possiamo dire punteggio – elaborato dall'algoritmo utilizzato dalla piattaforma, in caso di cancellazione della prenotazione di una sessione di lavoro – *slot*, in gergo – con un preavviso inferiore alle 24 ore – c.d. *late cancellation* –; la penalizzazione avviene senza considerare la ragione che ha dato luogo alla cancellazione della sessione prenotata. Nel caso, la ragione è l'adesione ad uno sciopero – ma considerazioni analoghe potrebbero valere per la malattia o per le esigenze legate all'assistenza di un figlio minore o di un disabile.

In sostanza, i sindacati ricorrenti lamentano che l'algoritmo – familiarmente chiamato Frank –, nel calcolare il punteggio dei rider, restando 'cieco' di fronte alle ragioni del comportamento del rider che non cancellano per tempo gli *slot* prenotati, penalizza tutte le forme lecite di astensione dal lavoro, determinando una limitazione nelle future occasioni di lavoro.

Per capire meglio in che cosa consista la lamentata discriminazione, occorre spendere qualche parola per descrivere il sistema SSB – *Self-Service Booking* –, che era stato introdotto da *Deliveroo* proprio in coincidenza con le prime iniziative di autotutela dei rider. Si tratta di un sistema di prenotazioni settimanali di *slot* con accesso a tre diverse fasce orarie – 11, 15, 17 –;

l'accesso alle diverse fasce orarie è consentito a ciascun rider in ragione del punteggio assegnato dall'algoritmo in base ai criteri di 'affidabilità' e 'partecipazione', sui quali incide negativamente la cancellazione di una sessione con preavviso inferiore a 24 ore. L'accesso alle diverse fasce orarie di prenotazione settimanale degli *slot* incide fortemente sulle occasioni di lavoro: tra la prima e la terza fascia la differenza in termini di ore settimanali di lavoro può andare da 40 a 2 ore. Con ovvie conseguenze in ordine al compenso prevalentemente calcolato sul numero di consegne effettuate.

In caso di *late cancellation* dello *slot* prenotato è previsto l'obbligo del rider di loggarsi – per loggarsi il rider deve necessariamente recarsi all'interno della zona di lavoro ove ha prenotato una sessione, in quanto la *app* ne rileva la posizione geografica grazie ad un sistema di geolocalizzazione – 15 minuti prima per evitare le statistiche sfavorevoli in termini di affidabilità – e di partecipazione, quando si tratta di *slot* del weekend e delle fasce orarie di punta – che, come ho detto, penalizzano il rider sul piano delle occasioni di lavoro –.

Sottolineo fin d'ora che il sistema SSB era applicato da *Deliveroo* a tutti i rider e la c.d. *late cancellation* comportava le stesse conseguenze per tutti. Il sistema SSB è stato soppresso dall'impresa dopo la presentazione del ricorso da parte delle organizzazioni sindacali, senza riuscire con ciò a far venir meno la materia del contendere e perdendo la causa in primo grado.

3. Un ricorso per discriminazione sindacale collettiva.

Il ricorso delle organizzazioni sindacali ha interrogato la giudice di Bologna su una pluralità di questioni processuali e sostanziali complesse. Mi limiterò qui alle sole questioni che attengono strettamente alla discriminazione per ragioni sindacali, dedicando lo spazio maggiore alla distinzione tra discriminazione diretta e discriminazione collettiva indiretta: distinzione non sempre facilmente tracciabile (*infra* § 3.2).

Premessa indispensabile alla riflessione sulla discriminazione è la soluzione della questione dell'applicabilità ai rider della tutela antidiscriminatoria. L'applicazione della tutela antidiscriminatoria è pacifica e prescinde dalla qualificazione del rapporto – in termini di autonomia o subordinazione – su cui invece ancora si discute. Posso dunque limitarmi a richiamare la sentenza n. 1663/2020 della Cassazione che riconduce i rapporti di lavoro dei rider nell'ambito delle collaborazioni etero-organizzate, applicando loro, ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, la disciplina del lavoro subordinato – nella quale ovviamente rientra la tutela antidiscriminatoria. Mi pare che la

giurisprudenza di merito si stia allineando all'orientamento della Cassazione; peraltro, il legislatore è intervenuto con il d.l. n. 101/2019, conv. con mod. in l. n. 128/2019, aggiungendo al comma 1 un periodo nel quale dispone l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato «anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali» – a quali piattaforme non digitali si volesse riferire non è noto. Il legislatore ha inoltre introdotto nel d.lgs. n. 81/2015 un nuovo Capo V bis, intitolato Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali, nel quale (art. 47 bis e ss.) dispone la tutela minima dei rider autonomi, estendendo anche a loro la tutela antidiscriminatoria.

3.1. Il rito antidiscriminatorio: le premesse.

Ma torniamo alla nostra storia. Come ho detto sopra, i sindacati ricorrenti hanno ravvisato nella condotta aziendale connessa all'applicazione del sistema SSB una discriminazione collettiva per ragioni sindacali, e hanno proposto un ricorso in giudizio secondo il rito di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150/2011, nel cui ambito rientrano le controversie di cui all'art. 4 d.lgs. n. 216/2003: si tratta delle controversie in materia di discriminazione in base ai fattori elencati nello stesso decreto n. 216, che ha dato attuazione alla Direttiva 2000/78.

La scelta del rito antidiscriminatorio – rito sommario di cognizione – richiede due precisazioni.

- 1) La legittimazione attiva al ricorso è prevista dall'art. 5, comma 2, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, a norma del quale «i soggetti di cui al comma 1 [le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso] sono altresì legittimati ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione». Non è revocabile in dubbio che le organizzazioni sindacali rientrino tra i soggetti collettivi che operano sul territorio nazionale a difesa dell'effettività del principio di non discriminazione. L'organizzazione sindacale agisce in nome proprio (come ente rappresentativo e non come rappresentante dei propri iscritti) per far accertare l'esistenza di una condotta discriminatoria rispetto ad una pluralità indeterminata di lavoratori iscritti e non iscritti, lesi dalla discriminazione e non individuabili in modo diretto e immediato.
- 2) Occorre ricordare che la discriminazione per ragioni connesse alla libertà e all'attività sindacale gode nel nostro ordinamento di una specifica disciplina nell'art. 15 St. lav., e la sua repressione può avvalersi della procedura di cui all'art. 28 dello stesso St. lav. Ma non è questo il primo caso nel

quale le organizzazioni sindacali si avvalgono delle disposizioni sostanziali e processuali fornite anziché dalla disciplina specifica sopra richiamata, dalla normativa antidiscriminatoria, riconducendo la discriminazione per ragioni sindacali nell'ambito del fattore «convinzioni personali» di cui al d.lgs. n. 216/2003¹. Non si tratta di una bizzarria o di un errore, ma di una scelta ponderata, tenuto conto dell'estensione del diritto antidiscriminatorio anche oltre i confini del lavoro subordinato e degli indubbi vantaggi sul piano sostanziale e processuale: dal divieto di discriminazione indiretta, alla discriminazione collettiva, al regime di parziale inversione dell'onere della prova. A cui si aggiunge il vantaggio di evitare lo scoglio rappresentato dall'incertezza – testimoniata da orientamenti giurisprudenziali contrastanti – in ordine all'applicabilità della repressione della condotta antisindacale secondo l'art. 28 St. lav. al di fuori dell'area del lavoro subordinato².

La scelta dei ricorrenti di ricondurre la discriminazione per ragioni sindacali nell'ambito del fattore «convinzioni personali» nel caso è stata condivisa dal Trib. di Bologna – ma anche dal Trib. Palermo, nel caso al quale farò cenno, e già prima da altri giudici di merito. A sostegno è stato giustamente richiamato l'autorevole precedente in termini costituito dalla sentenza n.

¹ La scelta dei ricorrenti di ricondurre la discriminazione per ragioni sindacali nell'ambito del fattore «convinzioni personali» è condivisa dalla giudice, che può avvalersi dell'autorevole precedente in termini costituito dalla sentenza n. 1/2020 della S.C. (in *RIDL*, 2020, II, 377, nt. Tardivo), secondo cui «nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica estesa alla sfera dei rapporti sociali, può essere ricompresa [...] anche la discriminazione per motivi sindacali con il conseguente divieto di atti o comportamenti idonei a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione dell'affiliazione o della partecipazione del lavoratore ad attività sindacali». Peraltro, in questa stessa sentenza la S.C. ha affermato che il regime dell'onere della prova di cui all'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 216/2003, trova applicazione anche nel procedimento di cui all'art. 28 St. lav.

² Sull'applicazione dell'art. 28 St. lav. nelle controversie che coinvolgono i rider si registrano in giurisprudenza orientamenti diversi. Il Trib. Firenze, dec. 9 febbraio 2021, ha negato la legittimazione dei sindacati al ricorso *ex* art. 28 per la condotta antisindacale di *Deliveroo* nei confronti dei rider che hanno rifiutato di sottoscrivere un nuovo contratto in applicazione del contratto *Assodelivery*-UGL, stipulato da un sindacato non rappresentativo, con l'argomento dell'inapplicabilità dell'art. 28 al di fuori del lavoro subordinato (secondo la giudice, non allineata all'orientamento della Cassazione, i rider sono co.co.co, e dunque lavoratori autonomi). Di diverso avviso Trib. Milano 28 marzo 2021, secondo cui anche per le collaborazioni etero-organizzate (art. 2 d.lgs. n. 81/2015) vale la normativa di tutela della libertà sindacale, compreso l'accesso all'azione per condotta antisindacale (art. 28 St. lav.): nella fattispecie l'azienda aveva sollecitato gli shopper ad aderire all'unica organizzazione sindacale disponibile a firmare un accordo collettivo, violando così anche l'art. 17 St. lav. La fattispecie presenta molte analogie con quella decisa dal Trib. Palermo di cui parlo nel testo.

1/2020 della Cassazione, secondo cui «nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica estesa alla sfera dei rapporti sociali, può essere ricompresa [...] anche la discriminazione per motivi sindacali con il conseguente divieto di atti o comportamenti idonei a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione dell'affiliazione o della partecipazione del lavoratore ad attività sindacali» (corsivo aggiunto). La S.C. opportunamente sottolinea la netta distinzione, nel diritto primario e derivato dell'Ue, tra convinzioni religiose e – altre, laiche – convinzioni personali, tra le quali fa rientrare – come «ideologia di altra natura» – quella sindacale – benché la discriminazione sindacale non sia espressamente prevista nel diritto UE.

3.2. La discriminazione collettiva. Diretta o indiretta?

Alla qualificazione della condotta aziendale in termini di discriminazione collettiva – indiretta – è riservata la parte centrale della ordinanza del Trib. Bologna dalla quale ho tratto la storia che vi sto raccontando. La giudice procede attraverso un'attenta ricostruzione – documentale e testimoniale – dei fatti rilevanti, che copre molte pagine, la cui lettura chiarisce bene, almeno a chi non ne abbia esperienza, come viene organizzato il lavoro dei rider, e come funzionano i meccanismi che consentono a quelli di loro che ne hanno più bisogno di mettere insieme un numero di ore di lavoro sufficiente a guadagnare quanto a mala pena basta per vivere. Non mi addentrerò nel merito; mi soffermerò invece sui punti della motivazione nei quali la giudice, utilizzando la nozione di discriminazione indiretta, come definita dall'art. 2 d.lgs. n. 216/2003, la applica al caso di specie³.

³ Alcuni commentatori obiettano che il caso poteva essere risolto applicando l'art. 47 *quinquies*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, che vieta la penalizzazione (esclusione dalla piattaforma o riduzione delle occasioni di lavoro) dei rider che non accettano la prestazione. Sembra l'uovo di Colombo, ma non lo è: per applicare il divieto la giudice avrebbe dovuto qualificare come di lavoro autonomo i rapporti di lavoro dei rider (che invece, secondo l'orientamento ormai prevalente, sono collaborazioni etero-organizzate alle quali si applica la disciplina del lavoro subordinato); peraltro, mentre la *late cancellation* penalizzata dall'algoritmo *Frank* non corrisponde esattamente alla «mancata accettazione» della prestazione di cui alla disposizione citata, l'approccio antidiscriminatorio al sistema SSB utilizzato da *Deliveroo* consente di valutare gli effetti discriminatori di meccanismi penalizzanti sofisticati e apparentemente neutri rispetto ad una collettività indeterminata di vittime potenziali; ciò che non consente l'applicazione della sanzione per la accertata e specifica violazione di un divieto.

3.2.1. Discriminazione diretta e indiretta: come distinguere.

Intanto, per quanto siano ben note, vale la pena di richiamare le nozioni di discriminazione diretta e indiretta che leggiamo nel testo del. d.lgs. 216/2003 (attuazione della Direttiva CE 78/2000). L'art 2 definisce la discriminazione 'diretta' come riferita alle ipotesi in cui «per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata, o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga», e la discriminazione 'indiretta' con riferimento ai casi in cui «una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone».

Come si sarebbe detto in altri tempi, sono stati versati fiumi di inchiostro – compreso quello uscito dal mio calamaio – nell'interpretazione di queste definizioni, ma per brevità devo omettere di addentrarmi nel dibattito dottrinale; basta dire qui che, per quanto dibattuta, la distinzione tra discriminazione diretta e indiretta può ritenersi sufficientemente chiara a livello teorico e astratto – o almeno a mio giudizio lo è –; nei fatti – vale a dire nei casi di specie – distinguere può diventare tuttavia difficile.

Come distinguere lo ha detto con chiarezza la CGUE nella sentenza 16 luglio 2015, in causa C-83/14, *Chez RB*. Nota ormai come 'dottrina Chez', la sentenza merita una breve digressione.

Si tratta di un caso di discriminazione fondata sull'origine etnica e riguarda la fornitura di energia elettrica, e più precisamente l'installazione dei contatori che permettono agli utenti di controllare i propri consumi e la regolarità delle bollette. La ricorrente – di fronte alla Corte che ha rinviato pregiudizialmente alla CGUE – ha un negozio di alimentari in un quartiere della città abitato prevalentemente da cittadini bulgari di etnia rom; la negoziante, che non è di origine rom, lamenta che la *Chez RB* ha installato i contatori di tutti gli abbonati del quartiere ad un'altezza di 6 o 7 metri, ciò che rende impossibile accedere al proprio contatore; negli altri quartieri i contatori sono installati invece ad un'altezza – 1,70 metri – che li rende accessibili. Alla CGUE la Corte bulgara chiede se la prassi controversa costituisca una discriminazione diretta o indiretta degli abitanti del quartiere rom.

La Corte risponde così.

Qualora risulti che una misura comportante una differenza di trattamento è stata adottata per ragioni connesse alla razza o all'origine etnica, tale

misura dev'essere qualificata come «discriminazione diretta» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/43. Nel caso di specie, la sola circostanza che il quartiere accolga anche residenti che non sono di origine rom – come, nella specie la negoziante ricorrente – non è idonea a escludere che una prassi del genere sia stata posta in essere in considerazione dell'origine etnica rom, che accomuna la maggior parte dei residenti di tale quartiere, e che dunque si tratti di discriminazione diretta. La Corte bulgara segnala che la *Chez RB*, nell'ambito di altre cause sulle quali la stessa Corte era stata chiamata a pronunciarsi, ha affermato di ritenere che i danni e gli allacciamenti illegali sono principalmente opera dei cittadini di origine rom. Affermazioni di questo tenore possono suggerire che la prassi controversa si fondi su stereotipi o pregiudizi di ordine etnico.

Nota a margine: la considerazione del fattore etnico non va confusa con l'intenzionalità della discriminazione: la discriminazione – vale a dire il trattamento pregiudizievole – è un effetto che oggettivamente si produce per avere basato la prassi sulla considerazione del fattore etnico.

Diversamente dalla discriminazione diretta, precisa ancora la CGUE, una discriminazione indiretta fondata sulla razza o sull'origine etnica non richiede che una motivazione di questo tipo si trovi alla base dalla misura di cui trattasi: a tal fine è sufficiente che essa, pur informandosi a criteri neutri non fondati sulla caratteristica protetta – l'origine etnica –, abbia l'effetto di sfavorire particolarmente le persone che possiedono tale caratteristica. Detta condizione deve essere intesa nel senso che sono proprio le persone di una determinata origine etnica che si trovano svantaggiate per via della misura in questione.

In conclusione: ove non sia dimostrato che la prassi controversa costituisca una discriminazione diretta fondata sull'origine etnica, i fatti accertati permettono di considerare che una siffatta prassi presenta le caratteristiche richieste per costituire una discriminazione indiretta. È indubbio infatti – afferma la Corte – che ove l'unico criterio in base al quale sarebbe stata posta in essere la prassi contestata, ossia l'ubicazione delle abitazioni interessate in un quartiere in cui sono stati accertati numerosi danni e manomissioni ai contatori elettrici oltre ad allacciamenti illegali, si tratterebbe di una prassi basata su un criterio apparentemente neutro ai sensi dell'art. 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/43. Una tale prassi può essere oggettivamente giustificata dalla volontà di garantire la sicurezza della rete di trasporto dell'elettricità e un corretto rilevamento del consumo di energia elettrica soltanto a condizione che detta prassi non ecceda i limiti di quanto è appropriato e necessario alla realizzazione di tali finalità legittime, e che gli inconvenienti cagionati non siano sproporzionati rispetto agli scopi così perseguiti. Ciò non

avviene se si accerta – circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare – che sussistono altri mezzi appropriati e meno restrittivi che consentano di raggiungere dette finalità, oppure, in mancanza di questi altri mezzi, che detta prassi pregiudica in maniera sproporzionata il legittimo interesse degli utenti finali di energia elettrica residenti nel quartiere interessato, prevalentemente popolato da residenti di origine rom, ad avere accesso alla fornitura di energia elettrica a condizioni che non possiedano un carattere offensivo o stigmatizzante e che consentano loro di controllare regolarmente il loro consumo di energia elettrica.

3.2.2. La discriminazione diretta: il caso dello shopper.

Ma lasciamo i contatori dei rom al loro destino e torniamo alla discriminazione sindacale dei rider di casa nostra. Come accennavo sopra, nella storia che sto raccontando a discriminare è un algoritmo 'cieco' – responsabile della condotta discriminatoria non è ovviamente l'algoritmo, ma l'impresa che gestisce la piattaforma che ha impostato e utilizzato l'algoritmo cieco –.

Nell'era dell'intelligenza artificiale si può pensare che anche la discriminazione si sia dematerializzata; ma non è così. Il mondo della *gig economy* e del *platform work* ci offre esempi di discriminazione sindacale vecchia maniera: discriminazione diretta e brutalmente materiale. Mi permetto perciò un'altra digressione, perché penso che serva a capire meglio in quale mondo – del lavoro e non solo – stiamo vivendo.

Riassunto in poche battute – e omettendo una serie di questioni –, il caso deciso dal Trib. Palermo (12 aprile 2021) è quello della risoluzione anticipata del contratto di durata annuale di uno shopper – ciclofattorino addetto alla consegna a domicilio della spesa – da parte della *Social Food*. L'impresa ha risolto *ante tempus* il contratto in essere al fine di fare sottoscrivere allo shopper un nuovo contratto, il cui contenuto sarebbe stato armonizzato alle clausole contenute nel contratto collettivo nazionale stipulato tra *Assodelivery* – associazione datoriale cui l'impresa aderisce – e UGL. Essendosi il lavoratore rifiutato, in «coerenza con la sua affiliazione sindacale», di accettare un contratto collettivo sottoscritto da un'associazione sindacale alla quale non aderisce, il suo contratto di lavoro è cessato e non gli è stato rinnovato.

Le ragioni del dissenso del lavoratore non sono meramente ideologiche. È necessario infatti precisare che il contratto collettivo che si è rifiutato di accettare è molto contestato nel merito per una serie di ragioni che non ho qui la possibilità di illustrare: basta forse dire che il contratto qualifica e regola il rapporto dei rider come di lavoro autonomo, in controtendenza rispetto

all'orientamento favorevole all'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, che sta prevalendo in giurisprudenza, sui tavoli negoziali accreditati e persino nelle iniziative di quelle imprese – come *Just Eat* – che hanno deciso di assumere i propri rider come lavoratori subordinati. Il contratto collettivo *Assodelivery*-UGL è altresì contestato perché è stato sottoscritto da una sola organizzazione sindacale (UGL) non rappresentativa, mentre erano in corso le trattative della stessa *Assodelivery* con i sindacati maggiormente rappresentativi per l'applicazione ai lavoratori occupati nel *delivery* del contratto collettivo nazionale della logistica e dei trasporti – con inquadramento regolato *ad hoc*.

La giudice di Palermo: – premessa la configurazione del rapporto di lavoro dello shopper come collaborazione etero-organizzata (con conseguente applicazione della disciplina del lavoro subordinato); – premesso altresì che costituisce esercizio legittimo della libertà sindacale il rifiuto dell'applicazione di un contratto collettivo stipulato da un sindacato a cui il lavoratore non è affiliato⁴; ha considerato il recesso *ante tempus* dal contratto a termine discriminatorio per ragioni di affiliazione sindacale, e quindi nullo (con conseguente ripristino del rapporto fino alla sua naturale scadenza, nonché diritto a percepire le retribuzioni che avrebbe percepito dalla illegittima risoluzione fino all'effettivo ripristino del rapporto).

3.2.3. La discriminazione sindacale indiretta dei rider.

Nel caso dello shopper, la discriminazione è 'diretta' perché basata sulla considerazione dell'affiliazione sindacale, e come tale non ammette giustificazioni. Peraltro, l'impresa convenuta, sulla quale grava l'onere della prova – a seguito della sua parziale inversione –, non ha potuto fornire motivazioni della propria condotta diverse dalla considerazione della mancata accettazione da parte del lavoratore del contratto collettivo che l'impresa pretendeva di imporgli.

Come ho già detto sopra, nel caso dei rider scioperanti penalizzati dall'algoritmo cieco, la giudice bolognese ha qualificato la condotta dell'impresa come discriminazione sindacale collettiva indiretta. Come più volte chiarito dalla GUE e nella dottrina *Chez* in particolare, la nozione di discriminazione

⁴ Non mi pare corretto far rientrare il diritto al dissenso, in un caso come questo, nella libertà sindacale negativa; mi pare rientri piuttosto nella libertà sindacale positiva il diritto di chi è affiliato ad un sindacato di rifiutare il contratto stipulato da un sindacato che non lo rappresenta.

indiretta si compone di una serie di elementi: l'apparente neutralità dell'atto o del comportamento discriminatorio; l'effetto di disparità di trattamento, consistente in uno svantaggio – particolare o proporzionalmente maggiore – a danno di un determinato gruppo o classe di persone in ragione (nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 216/2003) dell'ideologia che professano o delle caratteristiche o identità personali; il carattere oggettivo – *by effects* e non secondo le intenzioni – della discriminazione; la mancanza di una giustificazione adeguata – in termini di necessità e proporzionalità.

Tutti questi elementi sono presi in considerazione dalla giudice nell'ordinanza da cui è tratta la storia che sto raccontando.

Nulla quaestio sull'apparente neutralità della condotta aziendale: il sistema SSB era applicato a tutti i rider e la c.d. late cancellation comportava le stesse conseguenze per tutti. Molto più complesso il percorso argomentativo da compiere per decidere se e come dalla condotta neutra possa derivare una discriminazione collettiva indiretta per ragioni sindacali. Per chiarezza possiamo articolarlo in tre fasi: la prima attiene alla configurazione della discriminazione indiretta come effetto di una condotta apparentemente neutra; la seconda alla valutazione della lesione dei diritti sindacali e del diritto di sciopero in particolare che può derivare; la terza alla giustificazione addotta dall'azienda convenuta.

a) Per quanto riguarda l'effetto di disparità di trattamento questo è prodotto dalla indifferenza o cecità dell'algoritmo *Frank* utilizzato dalla piattaforma rispetto alle ragioni che hanno determinato il mancato preavviso tempestivo della cancellazione dello *slot* prenotato⁵. La discriminazione indiretta – afferma la giudice – consiste nel riservare lo stesso trattamento a situazioni diverse: l'affermazione non è scorretta, ma è un modo assai riduttivo di spiegare quel *disparate impact* che è al centro della nozione di discriminazione indiretta, e serve a cogliere (come chiarisce la dottrina *Chez*) la dimensione collettiva della differenza rilevante nel giudizio comparativo ipotetico.

La giudice bolognese non dubita del carattere oggettivo della discriminazione, da tempo sostenuto in dottrina e ora acquisito anche in giurisprudenza, dopo il *revirement* della S.C. nella sentenza n. 6575/2016⁶. Potrebbe fermarsi qui, e invece si spinge ad apprezzare la consapevolezza – se non

⁵ Secondo la giudice, «trattare nello stesso modo chi non partecipa alla sessione prenotata per futili motivi e chi non partecipa perché sta scioperando (o perché è malato, è portatore di un handicap, o assiste un soggetto portatore di handicap o un minore malato, ecc.) in concreto discrimina quest'ultimo, eventualmente emarginandolo dal gruppo prioritario e dunque riducendo significativamente le sue future occasioni di accesso al lavoro».

⁶ Cfr. M.V. Ballestrero, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 2016, p. 231.

l'intenzionalità – del comportamento, considerando che la cecità o indifferenza dell'algoritmo in ordine alle ragioni per cui un rider cancella in ritardo uno *slot* prenotato è frutto di una scelta e non di una necessità: la piattaforma, scrive la giudice, è cieca quando vuole, perché se vuole può sbendarsi gli occhi e fare in modo che le cancellazioni delle sessioni prenotate non abbiano alcuna incidenza sulla profilazione del rider. Così accade infatti in due casi: l'infortunio sul lavoro e il *crash* del sistema operativo.

Il riferimento alla consapevolezza può creare confusione: ma non abbastanza per qualificare come diretta una discriminazione collettiva alla quale, nella specie, meglio si attaglia la definizione di discriminazione indiretta.

b) La seconda fase del percorso argomentativo coinvolge alcune considerazioni relative al preavviso – di 24 ore – della cancellazione dello *slot* e, in caso di *late cancellation*, l'obbligo di loggarsi – di cui ho già detto – e alla incompatibilità di entrambi con l'esercizio del diritto di sciopero. L'incompatibilità dell'obbligo di loggarsi con l'esercizio del diritto di sciopero è del tutto evidente; incompatibile anche l'onere di preavviso – merita rilevare che un obbligo di preavviso è previsto dalla legge solo per lo sciopero nei pubblici servizi essenziali.

Ma c'è ancora una considerazione da fare. Il preavviso di 24 ore è richiesto per poter sostituire il rider scioperante con un altro – un crumiro, nel linguaggio ormai caduto in disuso. Ora, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, è consentito al datore di lavoro di reagire allo sciopero adottando le misure che consentono di limitarne i danni, mentre sono illeciti i comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio del diritto di sciopero. Si tratta dunque di valutare se, nel caso di specie, la sostituzione dei rider scioperanti con altri disponibili a lavorare limiti l'esercizio del diritto di sciopero. La giudice di Bologna non ha dubbi, e credo sia nel giusto. Il sistema adottato da questa come da altre piattaforme gioca sulla competizione fra rider per accaparrarsi gli slot nelle giornate e negli orari migliori, aumentando in prospettiva anche le future occasioni di lavoro – su cui incidono le valutazioni, o punteggi, elaborati dagli algoritmi utilizzati. In queste condizioni, l'imposizione di un onere di preavviso per la cancellazione dello slot prenotato si può considerare se non diretta violazione del diritto di sciopero, almeno ostacolo o, più eufemisticamente, forte disincentivo, al suo esercizio.

c) L'ultima fase del percorso argomentativo riguarda la giustificazione addotta dall'impresa convenuta: siamo nell'ambito della discriminazione indiretta, che ai sensi dell'art. 3, co. 6, d.lgs. n. 216/2003, è esclusa quando la disparità di trattamento sia oggettivamente giustificata da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari; siamo anche nell'ambito di una controversia in cui trova applicazione l'alleggerimento dell'onere della

prova a carico del ricorrente e la parziale inversione dell'onere sul convenuto. Ora la giustificazione addotta da *Deliveroo*, al di là della contestazione di fatti che sembrano invece confermati dalle testimonianze e dai documenti acquisiti, appare del tutto inadeguata, limitandosi in sostanza all'affermazione che il sistema di tracciamento delle cancellazioni non può che ritenersi legittimo, «trattandosi di un rapporto tra committente e prestatori di lavoro autonomi».

Giustamente la giudice ribatte che si tratta di una petizione di principio, priva di riscontro, che in ogni caso non giustifica la disparità di trattamento che deriva dall'indifferenza dell'algoritmo utilizzato dalla piattaforma rispetto alle ragioni per cui il rider è incorso nella *late cancellation*. Che poi altri rider – non scioperanti – possano trarre vantaggio, come sostiene *Deliveroo*, dalla circostanza che lo *slot* si è liberato, se mai, è una ragione in più per valutare l'effetto discriminatorio del sistema adottato. Ma questo la giudice non lo dice.

La causa si conclude con la condanna di *Deliveroo* per discriminazione sindacale collettiva, e con l'accoglimento della domanda risarcitoria avanzata dalle organizzazioni sindacali ricorrenti ai sensi dell'art. 28, co. 5, d.lgs. n. 150/2011, configurando il risarcimento del danno non patrimoniale in favore dei ricorrenti in proprio, «a fronte di condotte che oltre ad incidere nella sfera soggettiva di ciascuna vittima, sono, come quella in discorso, idonee ad inficiare la capacità rappresentativa dell'Ente in relazione all'interesse protetto e dunque ad indebolirne l'efficacia di azione a scapito dell'intera collettività».

Fine della storia? No, perché siamo solo al primo grado di giudizio, e sull'ordinanza della giudice di Bologna sono già piovute le critiche. Alcune del tutto attese, altre meno: ma forse proprio queste stanno a dimostrare che il passaggio del diritto antidiscriminatorio dalla carta alle sentenze di condanna non è indolore e richiede una più seria maturazione della cultura della discriminazione

4 Concludendo

Non ho conclusioni da trarre. Se avete avuto la pazienza di ascoltarmi vi siete certo resi conto che la storia che ho raccontato non è una bella favola con l'immancabile lieto fine. È solo una storia che ci invita a riflettere su quanto sia dura la pedalata in salita per tanti lavoratori, giovani e meno giovani, che chiedono il rispetto dei propri diritti.

IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE DELLE PERSONE CON DISABILITÀ

Valentina Di Gregorio*

Sommario: 1. Il quadro normativo in tema di tutela dei diritti delle persone con disabilità. – 2. Il diritto al lavoro e all'istruzione. – 3. Accessibilità e trasporti: il progresso tecnologico al servizio della disabilità. – 4. Brevi osservazioni finali.

1. Il quadro normativo in tema di tutela dei diritti delle persone con disabilità.

Il principio di non discriminazione e la tutela della dignità e della libertà della persona rappresentano il fondamento di un articolato sistema di norme strutturate a garanzia dei diritti fondamentali introdotto nel frastagliato quadro legislativo europeo e nazionale grazie all'impegno della dottrina e all'apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia¹.

^{*} Professoressa associata di Diritto privato, Università di Genova.

¹ Tra le decisioni più recenti volte a tutelare le persone con disabilità contro le discriminazioni perpetrate dal datore di lavoro: Corte giust., sent. 26 gennaio 2021, causa C-16/19, Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, ECLI:EU:C:2021:64, punto 60; Corte giust., sent. 11 settembre 2019, causa C-397/18, Nobel Plastiques Ibérica SA, ECLI:EU:C:2019:703, punto 75, specificamente riguardo all'invalidità temporanea. In dottrina: P. RESCIGNO, Situazione e status nell'esperienza del diritto, in Riv. dir. civ., 1973, I, p. 209; P. Perlingieri, La personalità umana nell'ordinamento giuridico, Napoli, 1972; G. Alpa, Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali, Roma-Bari, 1993, p. 147 ss.; M. Ainis, I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale, in Studi in onore di Leopoldo Elia, I, Milano, 1999, p. 19; A. MARRA, Disabilità e diritti umani, Napoli, 2015; S. Rodotà, Il diritto di avere diritti, Bari, 2012, p. 61, assegna al giudice un ruolo determinante nell'intervenire nella tutela dei diritti fondamentali con una corretta argomentazione giurisprudenziale fondata sui principi costituzionali, in caso di inerzia del legislatore o politica. Sulla disciplina multilivello emanata in tema di disabilità, v. A. Venchiarutti, Sistema multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo, in Nuova giur. civ. comm., 2014, p. 409. La percezione della disabilità come fenomeno non individuale, ma giuridico, nonché la valorizzazione della persona e la necessità della sua partecipazione alla vita sociale sono evidenziate da A. Mar-RA, Diritto e Disability studies. Materiali per una nuova ricerca multidisciplinare, Reggio

Sul piano europeo, il primo divieto generale di discriminazione è contenuto nell'art. 19 TFUE che rappresenta un documento fondamentale della disciplina antidiscriminatoria dell'Unione europea e conferisce alle istituzioni l'autorizzazione a compiere atti di incentivazione delle politiche degli Stati membri per impedire le diseguaglianze.

La tutela dei diritti delle persone con disabilità contro gli atti discriminatori riceve piena considerazione e consacrazione normativa nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, nel 1° comma dell'art. 21, vieta le discriminazioni fondate anche sulla 'disabilità' e prevede nell'art. 26 l'inserimento' dei disabili nel tessuto sociale e lavorativo, promuovendone l'autodeterminazione.

Nello scenario europeo, con gli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78/CE, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro e gli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/43/CE, relativa alla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, sono state attuate politiche di inserimento nel campo del lavoro delle persone appartenenti alle categorie protette², mentre nella più ampia cornice internazionale i diritti dei disabili, quali diritti di seconda generazione, hanno acquisito una posizione

Calabria, 2009, p. 57 ss.; ID., voce Disabilità, in Dig. Disc. priv. sez. civ., Aggiornamento, Torino, 2010, p. 555. Tra i primi sostenitori del 'modello sociale', che individua nelle barriere ambientali, sociali ed economiche la causa dei condizionamenti e delle limitazioni della libertà e dell'autonomia delle persone con disabilità e non nella disabilità in sé, incentivando, la partecipazione attiva della persona alla vita lavorativa e sociale J. Charlton, Nothing about us without us. Disability oppression and empowerment, University of California Press, 1988. Contro gli atteggiamenti di commiserazione: C. BARNES, G. MERCER, Exploring the Divide: Illness and Disability, Disability Press, Leeds, 1996, p. 11 ss.; R. Medeghini, E. Valtellina, Quale disabilità? Culture, modelli e processi di inclusione, Milano, 2006, p. 35 ss. In questa cornice si pone il quesito dell'applicazione diretta delle norme costituzionali e delle disposizioni contenute nelle fonti comunitarie. Il dibattito sulla Drittwirkung dei diritti fondamentali costituzionali è di così vasto respiro da non potersene dare conto in questa sede; si rinvia, quindi, ex multis, alle opere recenti di: P. Femia, Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati, Napoli, 2018; In., Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile, Napoli, 1996; E. Navarretta, Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica, Torino, 2018; G. D'AMICO, Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali), in Giust. civ., 2016, p. 444 ss. e agli studi di L. Mengo-NI, Diritto e valori, Bologna, 1985, p. 97 e S. Bartole, Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana, Bologna, 2004, p. 166 ss.

² La direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro è stata recepita con d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216; la direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000 sulla parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica è stata recepita con d. lgs. 9 luglio 2003, n. 215.

tra i diritti fondamentali con la proclamazione, nella Convenzione ONU sui diritti delle persone delle persone con disabilità del 2006 (UNCRPD), di principi di portata generale che vietano la discriminazione, valorizzano la diversità, rafforzano l'autonomia e l'autodeterminazione della persona nelle sue scelte di vita (art. 1), già sottesi, benché non esplicitati, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 14) e confermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³.

L'art. 3 della Convenzione ONU introduce ufficialmente la disabilità nell'ambito dei diritti umani, e in accoglimento del 'modello sociale' proposto negli studi dedicati alla tutela dei diritti delle persone con disabilità, esorta gli Stati ad eliminare gli ostacoli al godimento dei diritti fondamentali, replicando il riferimento alle 'soluzioni ragionevoli' già previste nella direttiva per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali, purché non impongano un onere sproporzionato o eccessivo (art. 5)4. A tal fine, l'art. 2 accoglie la nozione di 'progettazione universale' (Universal Design), quale criterio di produzione di beni e di pianificazione di programmi e aree urbane, idoneo a garantire a tutti l'accessibilità dei beni e degli spazi, riportata anche nella Strategia sui diritti delle persone con disabilità 2021-2030 (che si basa sulla precedente del 2010-2020), volta al miglioramento dell'inclusione sociale, alla realizzazione del benessere, al riconoscimento del pieno esercizio dei diritti delle persone disabili, in una prospettiva accolta anche nelle recenti direttive sull'accessibilità di prodotti, servizi e siti web e dalla Corte di giustizia⁵.

³ Corte EDU, sent. 10 settembre 2020, n. 24888, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1969, secondo cui la condotta dell'istituto scolastico che priva lo studente disabile di un amministratore di sostegno viola l'art. 14 CEDU.

⁴ Per la dottrina in tema di *Disability studies* e sul modello 'sociale' v. *supra*, nota 1. In particolare, sulle barriere architettoniche, A. Marra, voce *Barriere architettoniche*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 196. La definizione contenuta nell'art. 2 della Convenzione ONU chiarisce il concetto di *reasonable accomodations*, da intendersi come «ogni modifica e adattamento necessario e appropriato che non imponga un onere sproporzionato o eccessivo per garantire il godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali in condizione di parità con gli altri». Sul concetto di accomodamento ragionevole previsto dalla Convenzione v. A. Lawson, *Securing rights to reasonable accomodation under the convention on the rights of persons with disabilities: a role for disability studies? in <i>Tutela della persona e* Disability Studies, *Atti del Convegno Catanzaro*, 6.12.2012, Reggio Calabria, 2012, p. 30.

⁵ Così, di recente, Corte giust., sent. 26 gennaio 2021, causa C-16/19 cit., in tema di discriminazione salariale del lavoratore disabile e, in precedenza, Corte giust., sent. 4 luglio 2013, causa C-312/11, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2013:446, punto 68 (e in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 939), che trae origine dal ricorso della Commissione contro la Repubblica italiana per inadempimento dovuto all'incompleta trasposizione dell'art. 5 della dir. 2000/78/CE e,

I principi espressi a livello comunitario e internazionale trovano corrispondenza nei testi normativi di diritto interno: un'anticipazione del modello sociale si trova nell'art. 3 della Costituzione che, nel 2° comma, impone allo Stato la rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale» che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, mentre la l. n. 104/1992 (legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), ispirata ai principi costituzionali di dignità e uguaglianza, muove da una visione favorevole all'integrazione e alla conciliazione tra diritti liberali e diritti sociali costituzionalmente garantiti ed è finalizzata a garantire il pieno rispetto della dignità umana, libertà e autonomia della persona c.d. handicappata (artt.1 e 5), ancorché in una logica prevalentemente assistenzialistica e protettiva⁶.

Negli ultimi vent'anni l'aumento della consapevolezza del valore della dignità umana rispetto al fenomeno della disabilità è attestato dall'inserimento nella trama normativa interna di disposizioni dirette a rimuovere fenomeni

quindi, per non aver imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili ai disabili. La Corte ribadisce che il concetto di «disabilità», pur non essendo definito nella direttiva, deve essere interpretato secondo la Convenzione e invita gli Stati ad approntare una definizione ad essa conforme. A seguito di tale decisione, il d. lgs. n. 216/2003 è stato modificato con l'introduzione del concetto di «accomodamento ragionevole» nell'art. 3, comma 3 bis. Nel caso deciso da Corte giust., sent. 18 settembre 2018, causa C-270/16, Conejero, ECLI:EU:C:2018:17, punto 57, in tema di disabilità e malattia (in particolare sull'indiretta discriminazione derivante dalla norma spagnola dell'art. 52 dello Statuto dei lavoratori), la Corte ha invece rimesso al giudice del rinvio la valutazione del bilanciamento tra l'obiettivo della lotta all'assenteismo e la tutela del lavoratore disabile nella normativa nazionale. Analoga conclusione, riguardo al compimento della valutazione da parte del giudice di rinvio sulla questione del carattere 'duraturo' della malattia, era stata raggiunta nei seguenti casi: Corte giust., sent. 1 dicembre 2016, causa C-395/15, Mohamed Daouidi, ECLI:EU:C:2016:917, punto 51, riguardante una situazione di handicap dovuto ad infortunio; Corte giust., sent. 18 dicembre 2014, causa C-354/13, Foa, ECLI:EU:C:2014:2463, punto 64, riguardante la malattia dell'obesità; Corte giust., sent. 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, Ring e Skouboe Werge, ECLI:EU:C:2013:222, punto 92, sul licenziamento per dolori cronici e per infortunio del lavoratore, in conformità al precedente di Corte giust., sent. 11 luglio 2006, causa C-13/05, Chacón Navas, ECLI:EU:C:2006:456, punti 56-57. Le disposizioni della direttiva si applicano anche quando la discriminazione è perpetrata nei confronti del congiunto del disabile al quale è impedito di prestare assistenza (Corte giust., sent. 17 luglio 2008, causa C-303/06, Coleman, ECLI:EU:C:2008:415, punto 75). All'attuazione della strategia è dedicata la Risoluzione del Parlamento europeo 30.11.2017 (2017/2127(INI)).

⁶ Così M.R. Marella, L'integrazione sociale delle persone disabili tra normalità e differenza (in margine all'art.8 della legge-quadro sull'handicap), in Riv. crit. dir. priv., 1994, p. 185.

di segregazione e di isolamento dei soggetti deboli, come la legge n. 6/2004 sull'amministrazione di sostegno che ha in realtà radici negli anni Settanta, allorché iniziarono (per tutte si veda la legge n. 180/1978) ad essere promulgate normative volte a ridurre l'emarginazione personale e sociale dei soggetti deboli, primi fra tutti i malati psichici⁷.

I diritti contemplati dal complesso di norme volte a tutelare la persona con disabilità, anche fuori dal contesto lavorativo, divengono concretamente azionabili con la l. 1 marzo 2006, n. 67, sulla tutela giudiziaria contro gli atti di discriminazione diretta e indiretta e contro le molestie (nell'accezione già accolta nella direttiva 2000/78/CE, artt. 1-2), che attribuisce al giudice ordinario il potere di emanare provvedimenti inibitori e risarcitori, in conformità alle prescrizioni rivolte dal legislatore comunitario agli Stati sull'introduzione di rimedi adeguati tramite l'accesso alle procedure amministrative e giurisdizionali e di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive (artt. 9 e 17 dir. 2000/78/CE).

Benché la legge del 2006 costituisca un importante traguardo in chiave rimediale, essa fornisce una tutela non completamente soddisfacente sia perché non prevede che il giudice possa imporre misure correttive⁸, sia perché la liquidazione del danno non patrimoniale in essa prevista viene compiuta spesso in modo simbolico. Lo strumento risarcitorio, in contrasto con le prescrizioni comunitarie sull'efficacia, adeguatezza, dissuasività delle sanzioni, non assolve quindi alla sua funzione riparatoria e deterrente, mentre i provvedimenti che obbligano alla rimozione del comportamento discriminatorio hanno portata limitata perché l'azione in giudizio determina i suoi effetti in

⁷ La 1. 13 maggio 1978, n. 180, poi trasfusa nella riforma del servizio sanitario nazionale (1. n. 833/1978), decretando la fine dei manicomi, ha riformato l'organizzazione dell'assistenza psichiatrica ospedaliera e territoriale e sottratto il malato psichico dalla 'reclusione' manicomiale, a favore di una logica riabilitativa e terapeutica. La legge sull'amministrazione di sostegno (l. 9 gennaio 2004, n. 6) ha dato vita ad un nuovo strumento di protezione dei soggetti deboli e di tutela dei loro diritti conforme ai principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3 e coerente con i principi affermati anche in ambito europeo nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Sul tema, diffusamente P. CENDON, Infermi di mente ed altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile, in Pol. dir. 1987, p. 621 ss.; A. Venchiarutti, La protezione civilistica dell'incapace, Milano, 1995; G. Ferrando, Le finalità della legge, Il nuovo istituto nel quadro delle misure delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, in G. Ferrando, L. Lenti (a cura di), Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione, Torino, 2006, p. 13; P. CENDON- R. ROSSI, Amministrazione di sostegno, Torino, 2009, I, p. 79 ss. Da ultimo M. Dogliotti, Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione, in Trattato dir. civ. comm. Cicu -Messineo, continuato da Mengoni e Roppo, Milano, 2019, p. 124 ss.

⁸ Lo ha ricordato Trib. Roma, 26 luglio 2021, in *Dejure*.

tempi dilatati e viene promossa *ex post*, per porre rimedio a situazioni e fatti già verificatisi.

Ciò nonostante, si registra in tempi recenti una maggiore consapevolezza delle possibilità riconosciute, sotto questo profilo, dalla legge del 2006 che ha portato ad un aumento delle istanze di tutela e delle pronunce di condanna, laddove sia data prova della condizione di discriminazione⁹.

Sul piano europeo l'esigenza di tutela delle persone con disabilità contro la violazione del principio di non discriminazione si attua con l'inclusione e la partecipazione attiva, la salvaguardia della dignità e il miglioramento della vita sotto il profilo dell'autonomia che rappresentano gli obiettivi della Risoluzione del Parlamento europeo del 30.11.2017 - 2017/2127(INI) sull'attuazione della *Strategia europea sulla disabilità*, il cui programma per il 2020-2030 si prefigge di garantire alle persone con disabilità l'esercizio dei diritti umani, il godimento di pari opportunità, la partecipazione alla società e all'economia su base di parità, il diritto di circolare liberamente nell'Unione europea, assicurando al contempo misure di attenuazione e di ripresa per evitare che le persone con disabilità siano vittime principali degli effetti di crisi sociali e sanitarie, come la recente pandemia di coronavirus.

In questo quadro è previsto da parte della Commissione europea anche l'avvio di un centro di risorse europeo c.d. *AccessibleEU*, destinato a creare una base di conoscenze di informazioni e buone pratiche sull'accessibilità in tutti i settori, la creazione di una *EU disability card* che faciliti il riconoscimento dello *status* di disabilità in tutti gli Stati membri, la promozione della partecipazione al processo democratico attraverso la candidatura delle persone con disabilità alle elezioni politiche su base di parità con gli altri, la pubblicazione di un vademecum per la partecipazione delle persone con disabilità al processo elettorale anche attraverso il programma «Cittadinanza, uguaglianza, diritti e valori» per il periodo 2021-2027¹⁰.

In ambito tecnologico e informatico, in particolare, il legislatore europeo è intervenuto con la direttiva 2016/2102/UE sull'accessibilità dei siti web (*Web Accessibility Directive, WAD*) e delle applicazioni mobili degli enti pubblici, recepita all'interno dell'ordinamento italiano con d. lgs. n. 106/2018 e con la direttiva 2019/882/UE sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi

⁹ La Cassazione ha ribadito, in un recente caso di discriminazione in campo scolastico di un alunno disabile, come l'onere della prova della discriminazione gravi sull'attore (Cass., 28 marzo 2022, n. 9870, in *Giust. civ. mass.*, 2022).

¹⁰ Reperibile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/info/departments/justice-and-consumers/justice-and-consum

nel mercato interno dell'Unione Europea (*European Accessibility Act*), compresa nell'elenco degli atti previsti nella l. 22 aprile 2021, n. 53l (legge di delegazione europea 2019-2020) e non ancora attuata, destinata ad armonizzare le legislazioni interne degli Stati membri, implementare il mercato interno di prodotti e servizi anche nel campo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, con la rimozione delle barriere create da legislazioni divergenti con un programma da attuarsi in un arco temporale tra il 2022 e il 2027¹¹.

2. Il diritto al lavoro e all'istruzione.

I diritti delle persone con disabilità sono stati dapprima riconosciuti in ambito lavoristico, ove i rimedi previsti dalla normativa speciale contro le discriminazioni per disparità di trattamento sono complessivamente efficaci.

Pur non essendo presente nel quadro costituzionale una norma dedicata alle persone disabili, gli artt. 2 e 3 della Costituzione, l'art. 35, secondo cui la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, l'art. 1, che sul lavoro costruisce il fondamento della democrazia, indipendentemente dalle differenze personali e di capacità¹² e l'art. 38, che attribuisce alle attività assistenziali e previdenziali anche il compito di integrare le persone 'inabili' nel mondo del lavoro, costituiscono il fondamento dell'apparato di tutele riconosciute alle persone disabili, oggi improntato al rispetto del principio di non discriminazione¹³.

¹¹ La Strategia Europea Decennale per la disabilità ha quale perno programmatico l'eliminazione delle barriere alla partecipazione dei disabili alla vita sociale, culturale ed economica e indica le misure da adottare a livello europeo per rendere operativa la Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità, richiamando gli obiettivi dell'inclusione, della partecipazione eguale in tutte le aree della vita quotidiana, del raggiungimento di tassi di occupazione più elevati per le persone disabili, di un'educazione più inclusiva, del miglioramento della assistenza medica e di una protezione sociale rinforzata, ma soprattutto dell'accessibilità (degli spazi pubblici, dell'ambiente edificato, e dell'ambiente digitale) che deve essere garantita con un approccio di progettazione universale e con un bilancio separato.

¹² Sul tema, diffusamente, P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim*.

¹³ Riguardo ai diritti costituzionalmente tutelati e definiti 'diritti sociali' A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, pp. 29 e 183, ricorda come la concezione dei diritti inviolabili presente nell'art. 2 Cost. non si limiti all'idea di diritti al di sopra di un potere autoritativo pubblico, ma si estenda ai diritti funzionali allo sviluppo sociale della persona.

L'evoluzione normativa nel campo del diritto del lavoro ha preso avvio con la 1. 2 febbraio1968, n. 482, ispirata ad una logica fondamentalmente assistenziale, seguita dalla 1. 12 marzo 1999, n. 68, che, abrogando la legge del 1968, ha adottato il termine «persona disabile», anziché «inabile» (riportato nell'art. 38 Cost.) o «handicappata» (come definito nella legge n. 104/1992), valorizzando la capacità lavorativa dei soggetti con disabilità, massimizzando l'utilità del loro inserimento nell'organizzazione produttiva, e riconoscendo agevolazioni fiscali ed un'adeguata tutela giudiziaria nel caso di licenziamento illegittimo e discriminatorio¹⁴.

La l. 5 febbraio 1992, n. 104 (e successive modifiche), finalizzata ad integrare nella realtà sociale la persona con disabilità, è ispirata ad una logica innovativa rispetto all'impostazione tradizionale di tipo assistenziale e protettiva incentrata sull'attribuzione di sussidi alla persona (assegni di invalidità, indennità di accompagnamento, etc.) ed è rivolta a promuoverne la massima autonomia, la partecipazione alla vita collettiva, l'integrazione sociale, scolastica, lavorativa, garantendo il diritto al trasporto, all'eliminazione delle barriere architettoniche, nel rispetto dei principi di dignità, libertà e autonomia (artt.1, 8), in assenza, tuttavia, di effettivi strumenti idonei a realizzare concretamente l'obiettivo.

¹⁴La l. n. 68/1999 ha introdotto le figure del collocamento mirato, del sostegno, delle convenzioni di integrazione e ha previsto uno specifico regime sanzionatorio (art. 15), per il cui commento si rinvia a A. RICCARDI, Disabili e lavoro, Bari, 2018, p. 200 ss. Secondo A. MARRA, Le persone con disabilità cit., p. 480, l'impianto normativo della legge n. 68/1999 è incentrato più sulle carenze che sulle potenzialità della persona e, benché sia prevista la collocazione lavorativa, manca ancora il riconoscimento di una posizione paritetica rispetto a quelle di tutti gli altri anche sul piano dell'integrazione. Dopo la legge n. 68/1999 è stato emanato il d. lgs. 18.7.2011, n. 119 che ha introdotto nuove regole sul prolungamento del congedo parentale e permessi per l'assistenza ai figli disabili, ampliando i tempi di permanenza del genitore con il figlio colpito da handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 41. n. 104/1992. L'art. 33 concede agevolazioni al familiare (c.d. caregiver) che si occupa del congiunto disabile, consentendo di compiere scelte sulla sede del luogo di lavoro anche nel corso del rapporto lavorativo (Cass., 1 marzo 2019, n. 6150 in Dejure, con motivazione analoga, quanto alla discriminazione, alla sentenza Corte giust., sent. 17 luglio 2008, causa C-303/06 cit.). La materia è stata oggetto di altri interventi normativi, specificamente nell'art. 18, 7° comma, Stat. lav. (come modificato dalla legge n. 92 del 28.6.2012, c.d. legge Fornero), relativo al licenziamento del lavoratore per difetto del motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica e, nell'art. 2, 4° comma del d. lgs. n. 23 del 4 marzo 2015 (c.d. Jobs Act), che contiene misure volte a garantire, in caso di licenziamento del lavoratore con disabilità fisica o psichica, la reintegrazione nel posto di lavoro e la tutela risarcitoria piena, in sintonia, quanto ai rimedi applicabili, con il licenziamento discriminatorio o altrimenti nullo S. Giubboni, Disabilità, Sopravvenuta inidoneità, licenziamento, in Riv. giur. lav. prev. soc., 2016, I, p. 621.

La prospettiva antidiscriminatoria viene accolta con l'intervento del legislatore comunitario.

Il d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, attuativo della direttiva 2000/78/Ce, prevede rimedi inibitori e sanzionatori (nell'art. 4, successivamente abrogato e sostituito dall'art. 28 d.lgs. n. 150/2011 sulla riforma del processo di cognizione), recependo nell'art. 3 comma 3 *bis*, inserito nel 2013, il contenuto delle disposizioni della direttiva (art. 5) e della UNCRPD (artt. 2 e 5) che impongono l'adozione di soluzioni ragionevoli per il datore di lavoro al fine di garantire il rispetto della parità di trattamento, purché ciò non richieda un onere sproporzionato¹⁵.

L'art. 4 del d. lgs. n. 216/2003 è dedicato agli strumenti di tutela e prevede l'applicazione delle regole contenute nell'art. 28 del d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che contemplano la condanna alla cessazione della condotta lesiva, l'adozione di ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti, oltre alla previsione di un piano di rimozione delle discriminazioni e al risarcimento del danno non patrimoniale (art. 5)¹⁶.

¹⁵ Corte giust., sent. 4 luglio 2013, causa C-312/2011 cit.; D. Ferri, L'accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic Borrowing alla Cross-Fertilization, in Dir. pubbl. comp. eur., 2017, p. 384. La direttiva 2000/78/CE non fornisce una definizione di disabilità. Il d. lgs. 9 luglio 2003, n. 215, in materia di parità di trattamento per motivi razziali etnici, nazionali o religiosi che prevede forme di tutela risarcitoria e inibitoria a favore della vittima, emanato in attuazione della direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000, sulla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, che ha fatto seguito al T.U. sull'immigrazione n. 286/1998 (art. 44) e il d. lgs. n. 145/2005, in attuazione della direttiva 2002/73/Ce del 23.9.2002, sulla parità di genere per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione professionale e le condizioni di lavoro, sono espressione dell'affermazione crescente del diritto antidiscriminatorio che attinge largamente dalla legislazione europea. Tuttavia, la limitata attenzione alle persone con disabilità su versanti diversi da quello del diritto del lavoro alimenta la percezione delle questioni ad esse inerenti come problematiche e marginali: v. su questo aspetto M. Barbera, Le discriminazioni basate sulla disabilità, in M. Barbera (a cura di), Il Nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale, Milano, 2007, p. 77 ss.; C. FA-VILLI, La non discriminazione nell'Unione europea, Bologna, 2008, p. 324 ss.; O. La Tegola, Oltre la discriminazione: legittima differenziazione e divieti di discriminazione, in Dir. lav. rel. ind., 2009, p. 471. Applica il criterio dell'adattamento ragionevole nell'individuare un licenziamento discriminatorio riguardo al periodo di comporto Trib. Milano, 28 ottobre 2016, in Riv. giur. lav. prev. soc., 2017, II, p. 475.

¹⁶ Le misure previste sono applicabili anche ai casi di discriminazione sanzionati dalla 1. n. 67/2006 sopra citata. V. sul tema A. Marra, *La tutela contro la discriminazione dei disabili in Italia: legge n. 67/2006*, in *Dir. fam.*, 2008, p. 2167.

Il risarcimento del danno non patrimoniale e la pubblicazione del provvedimento su un quotidiano a tiratura nazionale a spese del convenuto, previsti dalla norma, assolvono una funzione riparatoria/sanzionatoria che può avere effetti consolatori e deterrenti, ma non determinano una modifica del comportamento lesivo, vero interesse della vittima della discriminazione. È quindi evidente come gli strumenti rimediali descritti, anche nell'ottica della l. n. 67/2006, non siano del tutto risolutivi delle carenze del sistema di politiche sociali di lotta alla discriminazione: il fenomeno è spesso di carattere collettivo (si pensi alla difficoltà di accedere ad un mezzo pubblico, ad un centro sportivo, di muoversi sul litorale o all'interno di un villaggio turistico) e una soluzione resa sul piano individuale, benché utile al singolo, non opera sul piano generale ove dovrebbe essere concentrata l'azione delle istituzioni, soprattutto in via preventiva¹⁷.

Sul terreno educativo e dell'istruzione delle persone con disabilità la comunità internazionale è molto attiva.

La Convenzione ONU contempla il diritto all'istruzione delle persone disabili nell'art. 24, che impone agli Stati di promuovere il pieno sviluppo del potenziale umano, del senso di dignità e dell'autostima delle persone con disabilità. Principi dello stesso tenore sono contenuti negli artt. 9 e 10 del TFUE che prevedono la promozione di un livello di istruzione elevato e la lotta contro la discriminazione, anche quando essa riguardi la disabilità¹⁸.

L'art. 2 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, inoltre, garantisce a tutte le persone il diritto all'istruzione (in particolare, ne vieta il rifiuto) e la Carta sociale Europea prevede l'impegno degli Stati a somministrare alle persone con disabilità un'educazione o

¹⁷ Più recentemente è intervenuta la 1. 22 giugno 2016, n. 112, meglio nota come legge sul 'Dopo di noi', introdotta con la finalità di porre soluzione alle problematiche riguardanti la vita delle persone con disabilità grave, che in un'ottica protettiva si è posta l'obiettivo di favorire il benessere, l'inclusione e l'autonomia attraverso misure che prevedono la progressiva presa in carico della persona disabile (art. 1, 3° comma). La disabilità grave deve essere accertata con i criteri di cui alla legge n. 104/1992. Riferimenti alla disabilità sono contenuti nella legge 22 dicembre 2017, n. 219, sul consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento che, nell'art. 4, 6° comma, stabilisce che le DAT possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare e, nell'art. 3, 4° e 5° comma, prevede che l'amministratore di sostegno possa esprimere il consenso o il rifiuto delle cure per il beneficiario.

¹⁸ L'art. 9 TFUE prevede che nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tenga conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana.

formazione professionale, per assicurare loro l'esercizio dei diritti di integrazione sociale, autonomia, autodeterminazione (art. 15)¹⁹.

Sul piano costituzionale, il sistema di garanzie predisposte dall'ordinamento per la tutela del diritto all'istruzione si fonda sugli artt. 3, 34 e 38 ed è integrato dalle leggi che, partire dalla fine del secolo scorso, hanno dato origine ad un modello scolastico condiviso e di inclusione degli alunni disabili, contrapposto all'anacronistica impostazione divisiva che li collocava in classi differenziate.

Gli interventi legislativi compiuti con la legge quadro sull'handicap (l. n. 104/1992) e con la legge sui disturbi di apprendimento in ambito scolastico (l. 8 ottobre 2010, n. 170) hanno introdotto misure di integrazione e programmi di sostegno affinché i ragazzi con disabilità non venissero esclusi dalle classi scolastiche frequentate dagli altri studenti dettando criteri di supporto per gli alunni con disturbi specifici dell'apprendimento (DSA) per tutto il periodo scolastico e durante la formazione universitaria²⁰.

Una svolta sul tema dell'integrazione dei disabili nell'ambiente scolastico è stata data dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione che ha valorizzato le misure di sostegno²¹ e dalla Corte eu-

¹⁹ Segnala F. Addis, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità cit.*, p. 157, come nel settore dell'istruzione, l'UE abbia meno potere di compiere azioni incisive, avendo, ai sensi dell'art. 6 del TFUE, competenza per svolgere azioni intese a «sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri» e una funzione di supporto, coordinamento, e completamento.

²⁰ Il sistema 'segregante' consacrato nella l. 31 dicembre 1962, n. 1869 è stato soppresso dalla l. 30 marzo 1971, n. 118, seguita dalla l. 4 agosto 1977, n. 517, che ha previsto forme di integrazione degli studenti portatori di handicap con la prestazione di insegnanti specializzati e iniziative di sostegno anche attraverso interventi individualizzati in relazione alle esigenze dei singoli alunni (artt. 2 e 7).

²¹ Corte cost., 8 giugno 1987, n. 215, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 354. La Corte valorizza i caratteri e le attitudini della persona a discapito della menomazione, segnalando che i disabili «non costituiscono un gruppo omogeneo, dovendosi tener conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto una persona». La giurisprudenza amministrativa successiva alle decisioni citate, nel tutelare il diritto all'istruzione degli allievi disabili e dichiarare la violazione del principio di parità di trattamento, richiama la legge n. 104/1992. Dopo la sentenza della Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1066, sono stati annullati provvedimenti assunti dall'amministrazione scolastica che avevano abbassato il monte ore di sostegno: così Cons. Stato, 10 febbraio 2015, n. 704, in *Dejure*; Tar Roma, 5 giugno 2019, n. 7217, in *Dejure*. Che la violazione del diritto fondamentale all'istruzione della persona disabile configuri una discriminazione è stato confermato recentemente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 83 del 2019 che, nel respingere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 70° comma, della legge di bilancio del 2018, ha dichiarato che il diritto all'istruzione impone allo Stato di

ropea dei diritti umani che ha posto a base delle proprie decisioni l'art.14 CEDU sul principio di non discriminazione, offrendone un'interpretazione evolutiva e conforme ai dettami della Convenzione ONU, intesa come strumento per proteggere l'essere umano e assicurare l'effettività dei diritti²².

3. Accessibilità e trasporti: il progresso tecnologico al servizio della disabilità.

Robotica e macchine intelligenti rappresentano la principale espressione dell'evoluzione tecnologica che ha caratterizzato gli ultimi venti anni.

L'elaborazione di sistemi sempre più sofisticati, in grado di prendere decisioni in base ad algoritmi e di sviluppare meccanismi di autoapprendimento ha determinato conseguenze anche sul piano giuridico ove l'esigenza di regolamentazione si è avvertita non solo del settore dell'automazione industriale, ma anche in campo sociale, rendendo più urgente l'individuazione di una normativa multilivello mirata a rendere il più possibile omogenea l'interpretazione delle disposizioni vigenti nel campo della responsabilità civile, della tutela della riservatezza, della sicurezza informatica, ivi compresa la sicurezza intesa sia come protezione da attacchi informatici esterni (security) che come tutela contro possibili danni alla persona (safety), ma anche nell'ambito della formazione del contratto e, non ultimo, nel settore giudiziario ove è

adottare le scelte finanziarie necessarie a consentire la fruibilità del sistema educativo generale a chiunque, e quindi anche alle persone con disabilità. Corte cost., 11 aprile 2019, n. 83, in *Guida al dir.* 2019, p. 16 e in *Dejure*. Con sentenza 25 luglio 2018, n. 679, in *Dejure*, la Corte di giustizia ha affermato che il diritto all'assistenza personale di una persona gravemente disabile spetta anche se essa soggiorna all'estero per proseguire gli studi superiori. V. anche per il riconoscimento del diritto al congedo per l'assistenza al disabile in caso di convivenza avviata dopo la presentazione della domanda di congedo: Corte cost., 7 dicembre 2018, n. 232, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2019 e le altre decisioni citate nelle note precedenti.

²² Corte EDU, sent. 10 settembre 2020 cit. *supra*, in nota 3. Nel caso *Cam* v. *Turkey*, Corte EDU, 23 febbraio 2016 cit., una ragazza ipovedente lamentava la violazione al suo diritto all'educazione per trattamento discriminatorio ai sensi dell'art. 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. A seguito di domanda per entrare all'Accademia Nazionale della Musica Turca, la giovane era stata ammessa a frequentare i corsi in cui non era necessaria la vista e successivamente esclusa per mancanza di corsi organizzati *ad hoc*. La Corte ritiene sussistente la violazione dell'art. 14, poiché lo Stato deve bilanciare i bisogni educativi e le sue limitate capacità di assolvervi sulla base degli strumenti internazionali, compresa la Carta delle Nazioni Unite sulle persone con disabilità.

progressivamente aumentata l'adozione di strumenti informatici per garantire l'uniformità delle decisioni giudiziali²³.

Ai vantaggi determinati dall'uso dell'intelligenza artificiale si contrappongono i rischi di danni derivanti da difetto di progettazione (ideazione dell'algoritmo) o di programmazione (sviluppo del codice che realizza l'algoritmo), da vizi delle componenti che si sottraggono al controllo del sistema, deviando dal modello prefigurato o da difetti dei meccanismi di autoapprendimento che agiscono in maniera difforme da quanto previsto originariamente. Altri aspetti critici sono costituiti dai rischi di illegittimo impossessamento e di sfruttamento illecito di una massa di dati personali, anche di ordine sanitario, ottenuti in modo legittimo per finalità determinate, tramite *device* e sistemi che li conservano, li profilano e li elaborano anche quando la divulgazione o la comunicazione a terzi non è stata autorizzata o, situazione ancora più grave, quando il dato è riconducibile al suo titolare²⁴.

La tecnologia svolge un ruolo determinante al servizio delle persone con disabilità soprattutto nel settore dei trasporti, dell'*Internet of Things*, nel campo dei servizi sanitari e di assistenza alla persona, rendendo necessaria la predisposizione di strategie di *compliance* con le norme vigenti e l'elaborazione, ove occorra, di nuove regole idonee a sfruttare le opportunità offerte dallo sviluppo scientifico, ma al contempo capaci di limitare i rischi generati dalla produzione e commercializzazione di strumenti e apparati che, nel consentire alla comunità di usufruire dei vantaggi sul piano della maggiore accessibilità dei servizi da essi resi e della sicurezza pubblica, possano al contempo rappresentare un pericolo nella salvaguardia dei diritti e degli interessi della collettività.

²³ Sul tema A. Garapon, J. Lassegue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021. Per un'applicazione dell'intelligenza artificiale al diritto di famiglia: E. Al Mureden, R. Rovatti, *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, Torino, 2020. L'impegno dell'Unione Europea nel campo del ricorso alle nuove tecnologie in ambito giurisdizionale è testimoniata dalla redazione a Strasburgo, il 3.12.2018, della *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their Environment*, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza dei sistemi di giustizia (CEPEJ) che rileva l'esigenza di preservare la tutela dei diritti fondamentali, prevede la lotta alla discriminazione e il ricorso a criteri di trasparenza ed equità delle decisioni assunte con l'impiego delle nuove tecnologie.

²⁴ La necessità di creare una definizione generalmente accettata di *Robot* e di *Artificial Intelligence (AI)* è espressa nella Risoluzione del Parlamento europeo del 16.2.2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla Robotica (2015/2103 (INL)), seguita dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 12.2.2019 su una politica industriale europea in materia di robotica e intelligenza artificiale (2018/2088(INI)). Il fondamento di questa scienza è ricondotto agli studi di Turing, considerato il padre dell'informatica (A. Turing, *Computing machinery and Intelligence*, in *Mind, New Series*, 1950, p. 59).

Il principio di non discriminazione impone l'eliminazione di barriere materiali e virtuali

L'eliminazione delle barriere materiali e sensoriali all'accessibilità materiale di luoghi, edifici, servizi, strutture è infatti uno degli obiettivi della normativa antidiscriminatoria, finalizzata a consentire alla persona che si trova in una situazione di vulnerabilità di realizzare aspirazioni e valorizzare risorse con scelte autonome e consapevoli: il principio di autodeterminazione, che trova fondamento nell'art. 13 Cost., oltre che negli artt. 2, 3 e 32, si pone alla base della trama normativa europea e internazionale sulla disabilità e trova esplicito riconoscimento nella Convenzione ONU del 2006, nelle norme sulla vita autonoma, sull'inclusione nella comunità (art. 19) e sulla mobilità personale (art. 20)²⁵.

La convenzione ONU, all'art.1, attribuisce ai diritti dei disabili una posizione tra i diritti fondamentali, definendo le persone con disabilità come coloro che «hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri».

Nel documento, l'accessibilità è considerata un principio generale in più di una norma.

L'accento è posto sulle barriere esterne che limitano l'esercizio dei diritti. come emerge anche nel Preambolo alla Convenzione, alla lett. e), in cui la disabilità è definita come un concetto in evoluzione, «risultato dell'interazione tra persone con minorazioni e barriere attitudinali ed ambientali, che impedisce la loro piena ed efficace partecipazione nella società su una base di parità con gli altri» e dalla lett. v) che riconosce l'importanza «dell'accessibilità all'ambiente fisico, sociale, economico e culturale, alla salute, all'istruzione, all'informazione e alla comunicazione, per permettere alle persone con disabilità di godere pienamente di tutti i diritti umani e libertà fondamentali». L'art. 3 richiama espressamente alla lett. f) l'accessibilità, nel declinare i principi di dignità intrinseca, indipendenza delle persone, non-discriminazione, piena ed effettiva partecipazione e inclusione all'interno della società, rispetto per la differenza e accettazione delle persone con disabilità come parte della diversità umana e dell'umanità stessa, parità di opportunità anche tra uomini e donne, rispetto per lo sviluppo delle capacità dei bambini con disabilità

²⁵ C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 1037; T. MONTECCHIARI, *Il diritto di autodeterminazione dei soggetti deboli*, Rimini, 2015. Il preambolo lett. r) della Convenzione ONU sui diritti persone con disabilità prevede l'inclusione sociale dei bambini con disabilità.

La Convenzione dedica al principio di accessibilità specificamente l'art. 9 che, nel proclamare il diritto delle persone con disabilità di vivere in maniera indipendente e di partecipare pienamente a tutti gli ambiti della vita, precisa che tale diritto deve trovare riconoscimento con l'accesso all'ambiente fisico (edifici, strade, leggi su barriere architettoniche), ai trasporti (ascensori, trasporto ferroviario, aereo), all'informazione e alla comunicazione, compresi i sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione, e ad altre attrezzature e servizi aperti o offerti al pubblico, sia nelle aree urbane che nelle aree rurali.

In particolare, l'art. 9, al 1° comma (lett. b), prevede l'accessibilità ai servizi di informazione, comunicazione, compresi i servizi elettronici e di emergenza, imponendo agli Stati di adottare misure che promuovano l'accesso per le persone con disabilità alle nuove tecnologie ed ai sistemi di informazione e comunicazione, nei quali è compresa la rete Internet (art. 9, 2° comma, lett. g) e la progettazione, lo sviluppo, la produzione e la distribuzione di tecnologie e sistemi accessibili di informazione e comunicazione sin dalle prime fasi, in modo che tecnologie e sistemi divengano accessibili al minor costo (art. 9, 2° comma, lett. h)²⁶.

Sul piano dell'accessibilità dei luoghi, la normativa italiana è precoce: nel 1989 viene emanata la prima legge sull'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati (l. 9 gennaio 1989, n. 13), attuata con d. m. n. 236/1989 (art. 2) che definisce le barriere come ostacoli che sono fonte di disagio per la mobilità, impediscono l'utilizzo di spazi, di attrezzature e di componenti e la mancanza di accorgimenti o segnalazioni che non permettono l'orientamento e la riconoscibilità dei luoghi e delle fonti di pericolo²⁷. Il decreto ministeriale indica tre requisiti necessari per garantire la fruibilità degli spazi: i) l'accessibilità, ovvero la possibilità che le persone con invalidità motoria o sensoriale possano entrare con facilità nell'edificio e muoversi con sicurezza nei suoi locali; ii) la visitabilità, intesa come opportunità per i disabili di accedere ad almeno un servizio igienico apposito e agli «spazi di

²⁶ Tali principi, ancora prima della ratifica della Convenzione, erano stati espressi dalla l. n. 104/1992 che prevede l'attuazione del diritto alla vita indipendente della persona con disabilità grave mediante misure che si traducono in programmi di aiuto e piani personalizzati e con specifiche previsioni di bilancio, anticipando, le direttive della Convenzione. Artt. 8-10, 39, 2° comma, lett. 1 *ter*, e art. 40 l. n. 104/1992. G. Arconzo, *Il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in A. Morelli, L. Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, p. 270.

²⁷ L. 9 gennaio 1989, n. 13, recante *Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati*, attuata con D.M. LL.PP. 14.6.1989, n. 236, ora confluita nel T.U. edilizia (d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, artt. 77 e 82) e nel d.p.r. 24 luglio 1996, n. 503, sulle barriere architettoniche negli edifici pubblici.

relazione», cioè tutti i luoghi interni di soggiorno, lavoro, servizio e incontro; iii) l'adattabilità, che implica una relativa facilità di modifica nel tempo degli spazi costruiti, al fine di renderli progressivamente sempre più accessibili e fruibili anche per i disabili.

Vengono precisati nel documento i parametri che gli edifici privati devono rispettare al fine di garantire l'assenza di barriere architettoniche interne ed esterne (es., che le porte abbiano delle dimensioni minime, gli spazi siano sufficientemente ampi da permettere lo spostamento di una sedia a ruote o di una persona con ridotta capacità di deambulazione, i servizi igienici siano adatti, che le scale siano dotate di rampe, e via dicendo) e specifici meccanismi come scivoli, segnalatori acustici, montascale, pedane per salita e discesa²⁸.

Con la legge n. 67/2006, cui si è già fatto cenno in precedenza, il diritto all'accessibilità dei luoghi diviene concretamente azionabile con gli strumenti sopra descritti: sulla scorta della normativa antidiscriminatoria è stato affermato il diritto alla predisposizione all'interno di una sala cinematografica di posti riservati fruibili da persone disabili idonei alla visione²⁹ e l'accesso al servizio del bancomat³⁰, l'accesso alla sala del consiglio comunale di un Comune italiano³¹, mentre il diritto all'installazione nel condominio di un ascensore che limita in parte, ma non esclude l'uso della scala ai condomini, è stato riconosciuto alla persona con disabilità sulla base delle norme costituzionali che garantiscono il diritto fondamentale all'abitazione (artt. 32 e 42 Cost.)³².

²⁸ Per gli edifici pubblici, inoltre, la legge n. 104/1992 preclude l'utilizzo di edifici che non rispettino le norme sulle barriere architettoniche e le regole imposte dai Piani per l'Eliminazione delle Barriere Architettoniche (P.E.B.A.) di cui ogni Comune dovrebbe dotarsi e che dovrebbero risultare da una ricognizione di tutti gli ostacoli e le barriere architettoniche presenti in una data area con conseguente eliminazione nel minor tempo possibile.

²⁹ Trib. Reggio Emilia, 7.10.2011, in <u>www.altalex.it</u>, condanna sia il gestore che il proprietario del cinema.

³⁰ Cass., 23 settembre 2016, n. 18762, in *Dir. fam. pers.*, 2017, I, p. 728.

³¹ Cass., 13 febbraio 2020, n. 3691, in *Resp. civ. prev.*, 2021, p. 226.

³² TAR Liguria, 29 gennaio 2016, n. 97, in *Foro amm.*, 2016, I, p. 217. L'eliminazione delle barriere deve essere effettuata anche quando si tratti di immobili sottoposti a vincoli culturali: Cons. Stato, 18 ottobre 2017, n. 4824, in *Dejure* e contro il regolamento di condominio che lo vieti. In quest'ultimo senso v. Cass., 28 marzo 2017, n. 7938, in *Riv. giur. ed.*, 2017, I, p. 370. Molte ordinanze sono generate da procedimenti promossi dalle associazioni nel campo dell'accesso ai mezzi pubblici di trasporto: così, nel caso deciso da Trib. Roma, 24 ottobre 2011, in *Dejure*, che ha ordinato la predisposizione di vetture delle linee di trasporto metropolitane di pedana e l'installazione nelle stazioni della metropolitana di piattaforme servoscala ribaltabili e condannato al risarcimento del danno non patrimoniale. Trib. Roma,

Il legislatore europeo, nell'ottica dell'armonizzazione dei requisiti di accessibilità per il mercato interno, in materia di trasporti, ha emanato il regolamento 2009/661/CE che stabilisce i requisiti tecnici e le procedure volte a garantire che i nuovi veicoli a motore siano conformi agli standard di sicurezza e di efficienza energetica dell'UE, intervenendo in un campo in cui la normativa di settore, per le singole tipologie di mezzi di trasporto, descrive una specifica disciplina, dettando regole anche in materia di tutela dei diritti delle persona con disabilità, spesso portati all'attenzione dei giudici per mancato rispetto del divieto di discriminazione³³.

5 marzo 2012, in www.jusabili.org, ha condannato il Comune di Roma a rendere accessibili alle persone disabili i marciapiedi di alcune fermate di autobus. In un recente caso, un'associazione rappresentativa degli interessi dei soggetti disabili residenti nella città di Vicenza ha ottenuto la condanna della società di trasporto pubblico locale all'adeguamento del parco mezzi con apposite pedane per far fronte alle esigenze dei passeggeri a ridotta mobilità: così Trib. Vicenza, 13 settembre 2017, in Dejure. Liquidano il danno non patrimoniale in via equitativa, simbolicamente e senza indicazione dei parametri adottati App. Roma, 4 giugno 2014, in www.associazionelucacoscioni.it; App. Ancona, 14 novembre 2017, in www.superando.it, per l'accesso di una consigliera comunale al palazzo del Comune in presenza di scale; Trib. Milano, 20 novembre 2014, in www.rivistagiuridica.ACI.it, relativa ai mezzi di trasporto della città di Milano.

³³ Nell'ambito della normativa dell'UE i diritti di libera circolazione sono esplicitati dagli articoli 45 TUE e 49 TFUE e nell'art. 8, c. 1, lett. g) e nell'art. 26 (per il trasporto locale) della 1. n. 104/1992. Il dovere di garantire parità di accesso ai cittadini disabili ai mezzi di trasporto pubblico locale è stato ritenuto comprensivo dell'obbligo di rimozione delle barriere architettoniche all'accesso alle stazioni, fermate e pensiline di sosta dei mezzi di trasporto pubblico dal Trib. Roma 24 ottobre 2011 cit. In particolare sulle diposizioni in materia di trasporto dei disabili, G. Camarda, Il trasporto dei disabili. Profili giuridici pluriordinamentali, in Riv. dir. ec. trasp. amb., 2011, p. 749 ss. Il divieto di discriminazione nell'ambito dei trasporti è stato affermato, unitamente al richiamo delle norme dettate in materia di pacchetti turistici, in un caso di richiesta di risarcimento danni promossa dai genitori di una minore disabile i quali avevano acquistato tramite tour operator una crociera per tutta la famiglia, informando la compagnia di navigazione delle ridotte capacità motorie della figlia. La presenza di barriere architettoniche in numerose aree della nave, nonché l'impossibilità di effettuare la maggior parte delle visite a terra per inadeguatezza e inaccessibilità dei mezzi adoperati per raggiungere la costa è stato ritenuto discriminatorio per violazione delle disposizioni sul trasporto marittimo e sul turismo (art. 86 d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206, cod. cons., abrogato dal d. lgs. 23 maggio 2011 n. 79 (codice del turismo) che prevede nell'art.22, dell'all. 1 condizioni vantaggiose per determinate categorie di utenti tra i quali rientrano le persone con disabilità) (Trib. Grosseto, 17 novemb2017, in DeJure). In materia di autotrasporto contengono disposizioni sul trasporto delle persone con disabilità la Dir. 2001/85/CE, recepita in Italia con D.M. 20.6, 2003; per il trasporto con autobus v. la dir. 2001/85/CE del 20.11.2001 e il Reg. 2011/181/UE, attuato con d. lgs. 4 novembre 2014, n. 169. Nel campo del trasporto aereo v. il Reg. 2006/1107/CE del 5 luglio 2006, attuato con d. lgs. 24 febbraio 2009, n. 24. In questo Quello dei trasporti è uno dei settori, insieme all'assistenza sanitaria e riabilitativa, in cui il progresso tecnologico nelle forme dell'intelligenza artificiale e della robotica può apportare miglioramenti nella vita delle persone con disabilità incidendo sulla loro capacità di movimento.

Si pone in questa prospettiva l'avvio della produzione (l'utilizzazione è per il momento limitata, perché ancora in fase sperimentale), di autoveicoli 'intelligenti', c.d. *Smart Cars*, nella versione *self driving*, che viaggiano ammettendo l'intervento umano e *driverless*, senza conducente o che prevedono la presenza del conducente a bordo, consentendo operazioni di arresto e di richiesta di intervento in emergenza, il cui utilizzo da parte delle persone con disabilità dovrebbe permettere di salire a bordo dell'auto senza accompagnatori e senza la necessità di compiere particolare movimenti fisici.

Il tema della sicurezza dei veicoli autonomi, la cui introduzione è finalizzata a ridurre il numero degli incidenti causati dall'errore umano del guidatore e a migliorare il traffico, impone tuttavia la ricerca di un equilibrio tra sviluppo tecnologico e repressione degli illeciti che possano eventualmente derivare da una decisione programmata della macchina, posto che all'algoritmo può essere rimessa la scelta rappresentata dalla comparazione tra il 'capitale umano' rappresentato dal conducente/ trasportato e il pedone o l'occupante di altro mezzo e dei danni originati dall'impossessamento di dati riservati mediante azioni di *hacking* dei sistemi *software* dell'auto, in violazione del GDPR n. 679/2016³⁴.

settore non è discriminatoria, secondo la giurisprudenza amministrativa, la limitazione all'accesso al trasporto aereo praticata nei confronti della persona disabile, essendo necessaria per soddisfare esigenze di sicurezza della stessa (T.A.R. Roma Lazio, 17 luglio 2007, n. 6506, in *Foro amm*. TAR, 2007, I, p. 2498). In materia di trasporto ferroviario v. il Regolamento 2007/1371/CE del 23 ottobre 2007, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario, che costituisce uno dei pilastri del c.d. 'terzo pacchetto ferroviario', insieme alla direttiva 2007/48/CE del 26 luglio 2007 e alla direttiva 2007/59/CE, attuata con d. lgs. 17 aprile 2014, n. 70. Nel settore marittimo il Regolamento 2010/1177/UE è affiancato dalle disposizioni sulla nautica da diporto contenute nel d. lgs. 18 luglio 2005, n. 171.

³⁴ Sul tema la bibliografia è piuttosto estesa: oltre al noto studio di G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile, Analisi economico-giuridico*, Milano, 1975, si segnala il recente contributo, anche sotto il profilo dell'analisi economica del diritto, di E. Al Mureden, G. Calabresi, Driverless cars. *Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Bologna, 2021; U. Ruffolo, E. Al Mureden, Autonomous vehicles *e responsabilità nel nostro sistema e in quello statunitense*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1704; A. Davola, R. Pardolesi, *In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto* ("driverless")?, in *Danno e resp.*, 2017, p. 616 ss.; M.C. Gaeta, Automazione e responsabilità civile automobilistica, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1718 ss.; per l'esperienza europea v. M. Losano, *Il progetto di legge tedesco sull'auto a guida automatizzata*, in *Dir. inf.*, 2017, p. 1 ss. In Europa i veicoli autonomi sono già in fase

La contrapposizione tra i benefici derivanti dall'immissione sul mercato dei veicoli autonomi e la provocazione di danni derivanti da malfunzionamento del sistema o dalla sua manomissione richiede la predisposizione di un apparato di regole finalizzate a fronteggiare i rischi di danno alla persona che è attualmente ricostruito, all'interno dell'ordinamento, sulla base delle norme dettate dal codice civile in tema di responsabilità oggettiva e, in particolare, sugli artt. 2050, 2051, 2054 e della normativa in materia di *product liability* (codice del consumo, d. lgs. n. 206/2005, artt. 114-127), per quanto riguarda soprattutto i danni derivanti da difetto di fabbricazione, progettazione, programmazione del software.

Del problema della regolamentazione dei sistemi di intelligenza artificiale e robotica è consapevole l'Unione Europea che ha predisposto una serie di atti, come le Risoluzioni del Parlamento europeo sulle norme civili sulla robotica del 16 febbraio 2017 e sul regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale del 20 ottobre 2020 che configurano un sistema binario di regole³⁵.

Secondo le regole delineate, il regime più severo, di tipo oggettivo, *risk based approach*, è riservato agli operatori di dispositivi o di processi guidati da sistemi definiti «ad alto rischio» che concentra la responsabilità sul soggetto che è in grado di minimizzare i rischi e affrontarne l'impatto negativo. Il regime meno rigoroso è costruito su una presunzione di colpa dalla quale l'operatore può liberarsi provando che: a) il sistema di AI si è attivato senza che ne fosse

di sperimentazione su strada; nel nostro ordinamento è stato allegato alla legge di bilancio del 2018 (l. 27 dicembre 2017, n. 2015) il decreto del Ministero dei trasporti e delle infrastrutture del 28.2.2018 (c.d. decreto *Smart Roads*) che ha autorizzato i test delle auto senza conducente. In Germania alle leggi che consentono i test su strada di guida autonoma è affiancata l'introduzione di modifiche al codice della strada. Per quanto riguarda l'esperienza americana, l'approccio nell'accogliere sistemi di guida automatizzati è nel senso di prevedere diversi livelli di automazione (precisamente sei), reperibili sul sito *National Highway Traffic Safety Administration*, all'indirizzo https://www.nhtsa.gov/technology-innovation/automated-vehicles-safety e la sperimentazione è in fase già avanzata.

³⁵ L'Unione europea ha emanato una serie di risoluzioni sul tema: la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, sulle norme di diritto civile sulla Robotica (2015/2103 (INL)); la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 sulla politica industriale europea in materia di robotica e intelligenza artificiale (2018/2088(INI) cit. in nota n. 35, la Risoluzione del Parlamento europeo del 20.10.2020 sul regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)) (P9_TA(2020)0276); la Risoluzione del Parlamento europeo del 20.10.2020 sugli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012(INL)) (P9_TA(2020)0275); la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale (2020/2015(INI); la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di armonizzazione delle regole sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione del 21 aprile 2021.

a conoscenza e sono state adottate tutte le misure ragionevoli e necessarie per evitare l'attivazione al di fuori del suo controllo; b) è stata tenuta una condotta diligente consistente nello svolgimento di una serie di operazioni specificamente indicate (selezione sistema di AI idoneo al compito, messa in funzione corretta, monitoraggio e manutenzione con aggiornamenti).

Tale meccanismo è alla base della proposta di Regolamento del 21 aprile 2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, mirata all'emanazione di regole armonizzate per l'immissione sul mercato di sistemi di intelligenza artificiale, che descrive una 'piramide di rischio' ascendente (che va dal rischio basso/medio a quello elevato, fino al rischio inaccettabile e quindi vietato), con il rinvio ad un elenco allegato.

In questo campo, lo sviluppo tecnologico impone l'adeguamento anche dei trasporti pubblici alle regole di accessibilità attraverso la progettazione dei mezzi di trasporto e della strumentazione stradale, come la segnaletica stradale e semaforica e la progettazione di presidi di supporto fruibili con il sistema sanitario nazionale, come i presidi motori elettronici che rappresentano un aiuto fondamentale per le persone con gravi disabilità motorie³⁶.

I dispositivi sopra citati (smartwatch, ecc.) possono sostituire l'attività dell'uomo, intervenendo nella soluzione di problemi di assistenza (come nel caso del robot assistente personale) mediante l'uso di strumenti controllabili da remoto (IoT) che restituiscono autonomia alle persone, prospettando, per contro, questioni di sostituzione dell'uomo con la macchina e di sicurezza dei dati raccolti ed elaborati dal dispositivo, capace di captare e rielaborare le informazioni ricevute in modo pervasivo e di diffondere i dati raccolti in spregio delle regole sulla riservatezza dei dati personali³⁷.

Sotto il profilo dell'accessibilità ai sistemi informatici e ai siti web, la Web Accessibility Directive 2016/2102/UE (WAD), relativa all'accessibilità dei siti web e delle applicazioni mobili degli enti pubblici, il cui decreto

³⁶ Alcuni di essi possiedono un sistema di monitoraggio che raccoglie dati per i medici e i terapisti nel *Cloud* (*back-end*), mentre le condizioni di funzionamento del sistema (accensione e spegnimento del mezzo, attivazione e disattivazione dei motori) possono essere monitorate mediante uno smartphone e raccogliere anche altri segnali (come dati fisiologici o di movimento della persona) tramite dispositivi *wearable* (come ad esempio gli smartwatch) utilizzabili anche per la riabilitazione. Per tutte queste prospettive il ruolo della tecnologia informatica è fondamentale per supportare la necessaria multidisciplinarietà e la collaborazione tra le istituzioni *Crosswalk* è un sistema progettato in Olanda che utilizza sensori a semaforo per identificare le persone con disabilità che potrebbero aver bisogno di periodi di tempo più lunghi per attraversare.

³⁷ V. sul tema F. Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

attuativo n. 106/2018 modifica la legge n. 4 del 9 gennaio 2004 (recente *Disposizioni per favorire e semplificare l'accesso degli utenti e, in particolare, delle persone con disabilità agli strumenti informatici*, c.d. legge Stanca) sulla semplificazione dell'accesso degli utenti e delle persone con disabilità agli strumenti informatici, si propone di favorire l'inclusione, la partecipazione attiva, la dignità e l'accessibilità. Nella stessa direzione sono rivolte la Risoluzione del Parlamento europeo 7 luglio 2016 sull'attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite, la Risoluzione del Parlamento europeo del 30 novembre 2017-2017/2127, sull'attuazione della Strategia europea sulla disabilità e, da ultimo, la Direttiva 2019/882/UE del 17 aprile 2019 sull'accessibilità dei prodotti e dei servizi (*European Accessibility Act*).

L'obiettivo della direttiva 2016/2102/UE è garantire il ravvicinamento delle misure nazionali a livello europeo in materia di progettazione dei siti web in modo da favorire l'accessibilità (art. 1), con il limite dell'onere sproporzionato previsto nell'art. 5 che consente agli enti pubblici di derogare alle prescrizioni, valutando le dimensioni e risorse dell'ente e il rapporto costi/benefici per l'ente in rapporto ai vantaggi conseguiti della persona con disabilità, secondo una regola corrispondente a quella dettata nell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE sulla non discriminazione in campo lavorativo che si riferisce alle «soluzioni ragionevoli»³⁸.

Nel richiamare la Convenzione ONU (cons. 12), la direttiva stabilisce che l'accesso alle tecnologie e ai sistemi di informazione e comunicazione deve essere garantita anche alle persone con disabilità, sulla base di linee guida redatte dagli Stati e come la progettazione di prodotti, strutture, programmi debba essere realizzata secondo i criteri della progettazione universale.

Riguardo ai servizi di tipo tecnologico, con la *WAD* sono introdotte nuove regole sull'accessibilità informatica dei siti web e delle applicazioni mobili degli enti pubblici e viene modificato il contenuto della legge n. 4/2004 che già conteneva norme innovative per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici.

Nell'art. 2, lett. a), della l. n. 4/2004, nella versione più recente, l''accessibilità' è descritta come la «capacità dei sistemi informatici, ivi inclusi i siti web e le applicazioni mobili, nelle forme e nei limiti consentiti dalle conoscenze tecnologiche, di erogare servizi e fornire informazioni fruibili, senza discriminazioni, anche da parte di coloro che a causa di disabilità necessitano di tecnologie assistive o configurazioni particolari». Gli artt. 2, lett. a-bis) e a-ter) definiscono le «applicazioni mobili» e il sito web, mentre l'art. 2, lett.

³⁸ Il principio è espresso anche nel codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. n. 82/2005).

b), descrive le «tecnologie assistive», come «gli strumenti e le soluzioni tecniche, *hardware* e *software*, che permettono alla persona disabile (*rectius* con disabilità), superando o riducendo le condizioni di svantaggio, di accedere alle informazioni e ai servizi erogati dai sistemi informatici».

L'art. 3 bis della medesima legge indica, nel 1° comma, i requisiti che i siti web e le applicazioni mobili devono possedere per essere considerati accessibili secondo quanto previsto dalla direttiva nel considerando 37, specificati nella percepibilità, nell'utilizzabilità, nella comprensibilità, nella solidità. Nel secondo comma, riguardo ai servizi realizzati tramite sistemi informatici, inclusi i siti web e le applicazioni mobili, la norma richiede che siano soddisfatti i requisiti dell'accessibilità al contenuto del servizio da parte dell'utente (lett. a) e della fruibilità delle informazioni offerte (lett. b). Quest'ultimo elemento deve essere caratterizzato da 1) facilità e semplicità d'uso, assicurando che le azioni da compiere per ottenere servizi e informazioni siano sempre uniformi tra loro; 2) efficienza nell'uso, assicurando, la separazione tra contenuto, presentazione e modalità di funzionamento delle interfacce, nonché la possibilità di rendere disponibile l'informazione attraverso differenti canali sensoriali; 3) efficacia nell'uso e rispondenza alle esigenze dell'utente, assicurando che le azioni da compiere per ottenere in modo corretto servizi e informazioni siano indipendenti dal dispositivo utilizzato per l'accesso; 4) soddisfazione nell'uso, assicurando l'accesso al servizio e all'informazione senza ingiustificati disagi o vincoli per l'utente.

La Strategia decennale sulla disabilità (2010-2020) aveva previsto l'adozione del c.d. *European Accessibility Act*, con lo scopo di armonizzare le legislazioni interne degli Stati membri, implementare il mercato interno di prodotti e servizi con la rimozione delle barriere create da legislazioni divergenti nel mercato interno dell'Unione Europea.

Parte dei contenuti dell'Atto di accessibilità europeo è confluita nella direttiva 2019/882/UE, sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi, che si propone di rimuovere gli ostacoli anche nel campo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. L'atto normativo, che si applica ai produttori, agli importatori e ai fornitori dei servizi, riguarda i prodotti immessi sul mercato e i servizi offerti anche da privati ed è finalizzata a portare vantaggi alle imprese, ma soprattutto alle persone con disabilità e alle persone anziane, anche in qualità di consumatori.

Pur non essendo compresi nella direttiva i servizi sanitari, l'istruzione, i trasporti, l'abitazione e alcuni prodotti essenziali alla vita quotidiana, il documento costituisce un importante passo avanti nel prevedere requisiti di accessibilità per i prodotti e i servizi nel campo degli appalti pubblici, nella progettazione di forniture, servizi e lavori e nell'imporre agli operatori

economici di mettere in atto misure correttive immediate o di ritirare il prodotto che non soddisfi i requisiti di accessibilità, negandone l'utilizzabilità.

I prodotti contemplati dalla legge sono computer e sistemi operativi, terminali di pagamento e taluni terminali *self-service* quali gli sportelli automatici, macchine per l'emissione di biglietti e terminali per il *check-in*, terminali *self-service* interattivi destinati alla fornitura di informazioni, smartphone e altre apparecchiature per accedere a servizi di comunicazione elettronica, apparecchi televisivi che implicano servizi di televisione digitale, lettori di libri elettronici. I servizi riguardano i servizi di telefonia, servizi per accedere a servizi di media audiovisivi, alcuni elementi dei servizi di trasporto aereo, con autobus, ferroviario e per vie navigabili, quali siti web, servizi per i dispositivi mobili, biglietti elettronici, informazioni, servizi bancari per consumatori, libri elettronici, il commercio elettronico, la risposta alle chiamate verso il numero unico di emergenza europeo '112'.

In sintesi, ai fini dell'accessibilità, i prodotti – salvo che non venga alterata la loro natura di base o ne derivi un onere sproporzionato agli operatori – devono essere progettati e prodotti per massimizzare il loro utilizzo da parte delle persone con disabilità e rispettare le regole dettagliate su informazioni e istruzioni, interfaccia utente e design delle funzionalità, servizi di supporto e imballaggio. Sempre in questo quadro devono essere fornite informazioni sul funzionamento del servizio stesso, sulle sue caratteristiche e strutture di accessibilità, devono essere resi facilmente accessibili siti web e dispositivi mobili, essere garantiti sistemi di supporto, come sportelli di assistenza, centri di assistenza telefonica e di formazione per fornire informazioni sull'accessibilità, applicate pratiche, politiche e procedure per rispondere alle esigenze delle persone con disabilità. Vi sono anche norme specifiche relative a servizi particolari, come comunicazioni elettroniche, audiovisive, trasporto aereo, con autobus, ferroviario, per vie navigabili e trasporto urbano, servizi bancari al consumatore, libri elettronici, commercio elettronico e comunicazioni al numero di telefono di emergenza 112.

4. Brevi osservazioni finali.

Come si può agevolmente constatare, la pluralità di fonti regolatrici della materia non agevola il compito dell'interprete che voglia orientarsi nell'articolata legislazione multilivello in tema di disabilità.

La verifica dell'efficacia dell'attuale normativa rispetto al raggiungimento dell'obiettivo della parità di trattamento e dell'inclusione delle persone disabili passa attraverso il problema della discriminazione nei rapporti, di non

semplice soluzione perché il principio di uguaglianza che si pone a base del divieto propone risposte conflittuali rispetto al principio di libertà³⁹.

Se per eguaglianza si intende uguale garanzia di accesso e di godimento dei diritti fondamentali, ivi compresa la libertà, non esiste una vera contrapposizione tra libertà ed eguaglianza, essendo i due principi sì antinomici, ma anche complementari: una legislazione 'diseguale', capace di comprendere una realtà soggettiva multiforme, contribuisce dunque alla conciliazione delle diverse istanze.

Se, quindi, nel quadro dell'uguaglianza formale, irrompe la realtà rappresentata dagli ostacoli di fatto di cui all'art. 3 Cost. «che mettono alla prova l'adeguatezza dello schema formale rispetto al risultato, non soltanto sostanziale, che si vuole realizzare»⁴⁰, per la ricostruzione del significato da attribuire al concetto di discriminazione, è opportuno, alla luce dei valori dell'uguaglianza, della libertà e dignità, individuare il punto di equilibrio tra il ripristino della parità di trattamento e le contrapposte esigenze dell'autonomia privata e del mercato⁴¹. Quest'ultimo termine di comparazione, nel campo della tutela dei diritti dei soggetti deboli, si affievolisce, non solo quando si riscontra la violazione del principio di uguaglianza, ma anche quando la condotta è discriminatoria perché lesiva della dignità o della libertà della persona, terreno sul quale non sono previsti accomodamenti o soluzioni 'ragionevoli'.

Gli atti lesivi del principio di uguaglianza o tali da provocare un pregiudizio alla dignità e alla libertà della persona sono colpiti con rimedi repressivi e risarcitori come l'azione inibitoria e con il risarcimento del danno. L'ingiustificato rifiuto di un servizio, la negazione dell'accesso ad un luogo, la restrizione o la limitazione alla partecipazione ad un'attività, qualora il comportamento lesivo integri una delle fattispecie descritte nelle disposizioni applicabili, legittimano il ricorso al giudice e sono sanzionati secondo modalità di tutela che rispondono ai meccanismi di reazione tipici della responsabilità extracontrattuale: è infatti esplicitamente riconosciuta la risarcibilità del danno non patrimoniale per la cui liquidazione può tenersi

³⁹ A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 210; E. Navarretta, *Principio di uguaglianza*, *principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547; B. Checchini, *Eguaglianza*, *non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 186.

⁴⁰ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti cit.*, p. 147.

⁴¹ N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, p. 38. V. le considerazioni di M.V. Ballestrero, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lav. e dir.*, 2004, p. 501 ss.; G. De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001.

conto di alcune circostanze che sono d'ausilio per il giudice che procede ad una valutazione equitativa.

Se la discriminazione deriva da una lesione di un diritto costituzionalmente tutelato, come la dignità e la libertà, in presenza dei requisiti della serietà del pregiudizio e della gravità della lesione, il diritto al risarcimento del danno è comunque garantito dalle norme generali (applicate in questo settore soprattutto dalla giurisprudenza amministrativa) che, tuttavia, non sembrano assolvere la funzione assegnata: sotto questo profilo, si è notato che neppure la legge n. 67/2006, anticipatoria di un assetto poi consacrato con la ratifica della Convenzione sulla disabilità, offre una soluzione soddisfacente ai fini della tutela dei diritti delle persone disabili contro la discriminazione.

Nel complesso la normativa vigente, pur molto articolata e parte di una programmazione europea mirata alla rimozione di ogni discriminazione, non pare ancora del tutto soddisfacente.

Al raggiungimento dello scopo ostano il fattore culturale, costituito dall'insufficiente informazione sugli strumenti giudiziari – ancorché limitati negli esiti – cui fare ricorso e dalla mancata conoscenza della possibilità di ricorrere al sostegno delle associazioni, dotate di legittimazione attiva e il fattore economico che, dal lato della persona discriminata implica la sopportazione dei costi di un procedimento giudiziale e dal lato dell'autore dell'atto, soggetto pubblico o privato, impone di provvedere al ripristino della parità di trattamento – con i limiti legislativamente previsti della sproporzione degli oneri finanziari e della carenza di risorse utilizzabili – dopo l'accertamento della violazione nelle singole situazioni 'svantaggiose', ma in assenza di un progetto politico e sociale diretto alla prevenzione e dotato di sufficienti risorse⁴².

Il primo fattore è in via di superamento, come è dato constatare dai recenti interventi legislativi che hanno mostrato una maggiore attenzione rivolta alla persona, accreditando un modello che mira al cambiamento della percezione sociale della disabilità e offre una lettura del fenomeno in termini di tutela

⁴² Secondo A. Gorassini, *Persona e disabilità: i paradossi degli attuali modelli di tutela giuridica*, in *Tutela della persona e* Disability Studies, in M.L. Chiarella, G. Cosco, A.D. Marra, B. Saccà (a cura di), *Atti del Convegno Internazionale di Reggio Calabria*, 2012, p. 85, l'attenzione riversata sulle barriere esterne e sull'organizzazione delle strutture proposta dai *Disability Studies*, stemperando gli aspetti della menomazione e della malattia, rischia di avallare un equivoco sullo stesso concetto di disabilità, con l'effetto di allargare eccessivamente i destinatari della tutela e facendo emergere, all'opposto, disuguaglianze anche sul piano economico originate dalla difficoltà di gestire il peso dei relativi costi sociali. In particolare, sugli aspetti economici della tutela dei disabili, v. le considerazioni di M.R. Saulle, *I fondamenti storici delle norme standard*, in *Le norme standard sulle pari opportunità dei disabili* a cura di M. R. Saulle, Napoli, 1997, p. 11.

dei diritti umani, nella consapevolezza che la persona con disabilità non è 'anormale', ma possiede alcune caratteristiche e attitudini: a tal fine lo Stato dovrebbe essere presente nel sensibilizzare la società, fin dai primi livelli di istruzione, alla situazione della disabilità, eliminando sentimenti di mero pietismo e incentivando la collaborazione e la partecipazione della collettività⁴³.

Il secondo fattore dovrebbe essere fronteggiato con il potenziamento delle politiche di *welfare* e di prevenzione, attraverso la destinazione di un maggior quantitativo di risorse pubbliche alla valorizzazione dell'inserimento lavorativo (settore in cui sono già stati fatti passi avanti), alla migliore accessibilità dei servizi di trasporto, a favorire la mobilità e la vita indipendente attraverso programmi diretti a facilitare anche le più semplici, ma indispensabili attività quotidiane, impegno questo che richiede un investimento finanziario tanto più lontano dal realizzarsi quanto più a lungo perdurano i periodi di crisi economica, come quello in corso, in cui l'impegno politico viene rivolto altrove.

Sembra che sia in approvazione, oltre ad un unico testo normativo finalizzato alla razionalizzazione delle regole disseminate in varie leggi, la creazione, sul piano amministrativo, di un'Autorità indipendente garante della disabilità che, se dotata di autonomia organizzativa e regolamentare, di poteri sanzionatori, di conciliazione e risoluzione di conflitti, come suggerito in un mio precedente scritto, consentirebbe di soddisfare le esigenze di tutela in tempi rapidi e con costi ridotti, contribuendo così al raggiungimento dell'integrazione in condizione di imparzialità rispetto agli interessi coinvolti⁴⁴.

⁴³ M.R. MARELLA, *L'integrazione sociale delle persone disabili cit.*, pp. 185 e 212, che segnala l'importanza di ricorrere alla realtà «ricca e multiforme del privato sociale».

⁴⁴ V. Di Gregorio, *Il principio di non discriminazione nella tutela delle persone con disabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 549 ss. spec. p. 574.

EMBEDDING EU EQUALITY LAW INTO THE COMMON EUROPEAN ASYLUM SYSTEM: AN INVESTIGATION OF AGE ASSESSMENT PROCEDURES

Elena Gualco*

Summary: 1. Introduction – 2. The EU legal provisions safeguarding young asylum seekers: an overview. – 3. Setting the scene: does the Common European Asylum System belong to the Universe of EU Equality Law? – 3.1. The EU legal framework on non-discrimination (on grounds of age). – 3.2. EU equality law as mainstream: the CEAS *vis-à-vis* the principle of non-discrimination on grounds of age. – 4. Testing the respect of EU equality law within age assessment procedures. – 4.1. The pursuit of a legitimate aim. – 4.2. Reasonability and proportion in the performance of age assessment. – 5. Does age assessment result into age discrimination under EU law? – 6. Overcoming age discrimination in age assessment procedures: possible ways forward.

1 Introduction

This paper will assess the lawfulness of age assessment procedures – as they are currently designed and implemented within the European Union provisions on asylum – in light of the principle of non-discrimination on grounds of age.

After a brief recollection of the main EU provisions focusing on asylum seeking minors and young adults (2), the paper will look at EU equality law (3) so to assess whether the lawfulness of age assessment procedures could and should be read through the lens of the principle of non-discrimination on grounds of age. Once established that the non-discrimination discourse is indeed relevant in the asylum field as well, the paper analyses whether the current age assessment rules and practices do pursue a legitimate aim, and especially if the means towards the achievement of that aim are reasonable and proportionate (4).

Given the high discrepancies currently experienced at national level, and the major impact that unsuitable age assessment procedures have on the protection of asylum seekers' human rights, the paper lastly concludes that age assessment procedures now amount to age discrimination (5).

^{*} Senior Lecturer in Law, Arden University.

A few suggestions – that could, if not solve, at least reduce the problem – are eventually offered (6).

2. The EU legal provisions safeguarding young asylum seekers: an overview.

Since 1999¹, when the Amsterdam Treaty gave the European Union (EU) mandate to pass legislation in the area of asylum, several EU laws have been adopted: while a first set of secondary provisions were adopted between 1999 and 2005, a round of reforms took place in 2013². Despite two attempts brought forward by the EU Commission³, no further normative reforms of the Common European Asylum System (CEAS) have been adopted⁴.

¹ According to the Tampere Programme, the establishment of an area of freedom, security and justice, within the Amsterdam Treaty, was led by the aim to build «an open and secure European Union, fully committed to the obligations of the Geneva Refugee Convention and other relevant human rights instruments, and able to respond to humanitarian needs on the basis of solidarity». This in turn required the European Union to develop a comprehensive approach towards migration and borders' control that has since then been labelled as the 'Common European Asylum System' ('CEAS').

² The Common European Asylum System is made of the following secondary provisions: the European Parliament and Council Directive 2013/32/EU of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection, OJ 2013, L 180/60 (Revised Asylum Procedure Directive); the European Parliament and Council Directive 2013/33/EU of 26 June 2013 laying down minimum standards for the reception of applicants for international protection, OJ 2013, L 180/96 (Revised Reception Conditions Directive); the European Parliament and Council Directive 2011/95/EU of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted, OJ 2011, L 337/248 (Revised Qualification Directive); the European Parliament and Council Regulation (EU) No 604/2013 of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person, OJ 2013, L 180/108 (Revised Dublin Regulation); the European Parliament and Council Regulation (EU) No 603/2013 of 26 June 2013 on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints, OJ 2013, L 180/78 (Revised Eurodac Regulation).

³ The reference, here, is to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of Regions, A European Agenda on Migration, COM(2015) 240 final, and the six Commission Proposals adopted between May and July 2016; and to the Communication from the Commission on New Pact on Migration and Asylum, COM(2020) 609 final, and the mixture of legally binding provisions and soft law instruments it includes.

⁴ For a recollection of the main issues of the CEAS, see M. DEN HEIJER, J. RIJPMA,

Before investigating the EU provisions expressly tackling asylum, a brief recollection of a few EU primary provisions is however needed. Notwithstanding their broader scope, these rules are in fact extremely relevant in ensuring the protection of young asylum seekers.

Starting from the Treaty on European Union (hereinafter TEU), art. 3 TEU lists the rights of the child as one of the core values the European Union is seeking to promote and achieve⁵. Furthermore, the duty to protect minors' vulnerability against exploitation and trafficking is specifically tackled in the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter TFEU) insofar as art. 79 TFEU clarifies that, within the common EU asylum policy (which has then become the CEAS), specific measures would have to be taken towards «combating trafficking in persons, in particular women and children»⁶.

The situation of asylum seeking minors is also addressed by the EU Charter of Fundamental Rights (EUCFR): on the one side, art. 18 EUCFR states that the right to asylum shall be guaranteed in compliance with «the rules of the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees»; on the other side, as testified by its art. 24, the Charter is also devoted towards accommodating the rights of the child and taking the best interests of the child into primary consideration.

Turning the analysis to the EU secondary provisions, the CEAS commitment towards protecting people fleeing persecution and/or serious harm in their country of origin has resulted – *inter alia* – into the adoption of specific provisions focusing on asylum seeking minors, and unaccompanied minors in particular.

Among the regulations, the EURODAC Regulation⁷ stresses the need to take applicants' fingerprints in compliance with «the safeguards laid down in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and in the United Nations Convention on the Rights of the Child»⁸. With regard to the Dublin III Regulation⁹, at least two observations are worth to be made. First,

T. Spijkerboer, Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System, in Common Market Law Review, 2016, pp. 607-642.

⁵ See art. 3(3) and art. 3(5) TEU.

⁶ See art. 79(2), lett. d), TFEU.

⁷ European Parliament and Council Regulation (EU) No 603/2013 of 26 June 2013 on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints, OJ 2013, L 180/78 (Revised Eurodac Regulation).

⁸ Art. 3(5), Regulation No 603/2013/EU, cit.

⁹ European Parliament and Council Regulation (EU) No 604/2013 of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for

Dublin III Regulation takes a significant step to accommodate minors' vulnerability into the procedure identifying the Member State responsible to deal with the asylum claim: namely, departing from the «first country of arrival» rule with a view of allocating the responsibility of the claim onto the State where the minor is legally present¹⁰. Second, Dublin III also makes an express reference to age assessment procedures by clarifying that the outcome of the age assessment procedures amounts to a «relevant information» under art. 31(2), lett. d), and therefore will be shared among Member States¹¹.

With regard to CEAS directives, Directive 2013/33/EU¹², which draws the standards for the reception of applicants for international protection, clarifies that detention of vulnerable migrants should be a last resort measure and should never consist in a prison accommodation¹³. According to art. 23 of the Reception Conditions Directive, when minors are involved, the need to ensure the best interests of the child entails States' duty to take into account: a) family reunion possibilities, b) minors' wellbeing and social development, c) minors' safety and security, d) minors' views, and the access to rehabilitation services for all minors that have been victims of abuse, torture or other forms of inhuman and degrading treatment. With specific focus on unaccompanied minors, this Directive foresees a few measures that Members States are required to adopt in order to accommodate minors' vulnerability: first, a representative has to be appointed in order to assist and support the minor applicant¹⁴, secondly, asylum seeking unaccompanied minors have to be placed in a suitable accommodation for the whole duration of the procedure and until the moment they might have to leave the Member State¹⁵; thirdly, an ad hoc and appropriate training will have to be attended by everyone working with unaccompanied minors¹⁶. Furthermore, on the basis of art. 31 of the Revised Qualification Directive¹⁷,

examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person, OJ 2013, L 180/108 (Revised Dublin Regulation).

¹⁰ Art. 8 Regulation 604/2013/EU, cit.

¹¹ Art. 31(2), lett. d), Regulation 604/2013/EU, cit.

¹² European Parliament and Council Directive 2013/33/EU of 26 June 2013 laying down minimum standards for the reception of applicants for international protection, OJ 2013, L 180/96 (Revised Reception Conditions Directive).

¹³ Art. 11 Directive 2013/33/EU, cit.

¹⁴ Art. 24(1) Directive 2013/33 /EU, cit.

¹⁵ Art. 24(2) Directive 2013/33/EU, cit.

¹⁶ Art. 24(4) Directive 2013/33/EU, cit.

¹⁷ European Parliament and Council Directive 2011/95/EU of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary

the above-mentioned obligations will continue to operate once the unaccompanied asylum seeking minor is granted international protection, with the clarification that, from that moment onward, the figure of the 'legal representative' – as described in Directive 2013/33/EU – will be replaced with that of a 'legal guardian'.

Last, but not least, the Recast Asylum Procedure Directive¹⁸ has to be recalled. The importance of this Directive lies on the observation that – among both primary and secondary EU legislation – such directive represents the sole provision expressly tackling the implementation of age assessment procedures. Hence, in order to understand the age assessment mechanisms, its analysis is of paramount importance: such an investigation will however be carried out in section 4.2 together with an in-depth analysis of age assessment techniques.

3. Setting the scene: does the Common European Asylum System belong to the Universe of EU Equality Law?

The overview carried out in the previous section was intended to highlight the main features of the EU provisions focusing on asylum seeking minors, with a view of appreciating the importance of distinguishing between asylum claims lodged by adult migrants, from those lodged by minors. As a consequence, it is of paramount importance to design age assessment procedures which are at time adequate and effective. The first word refers to the need for age assessment procedures to respect asylum seekers' fundamental rights and vulnerabilities, whereas the second word is linked to the idea that such procedures should also be «fit for purpose», *i.e.* be able to attain the goal they have been designed for.

As it will be explained in the next sections, an investigation of age assessment procedures through the lens of the principle of equality, and the principle of non-discrimination on grounds of age in particular, will ultimately challenge the suitability, and lawfulness, of these procedures. In order for such an investigation to be carried out, the following steps are required.

protection, and for the content of the protection granted, OJ 2011, L 337/248 (Revised Qualification Directive).

¹⁸ European Parliament and Council Directive 2013/32/EU of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection, OJ 2013, L 180/60 (Revised Asylum Procedure Directive).

First, a brief recollection of the scope of application of EU equality law needs to be tackled with a view of demonstrating the relevance, and applicability, of EU equality law in the area of migration and asylum (3.1). Second, should such an express recognition be lacking, the possibility to nonetheless include the EU rules on migration and asylum under the equality roof should be evaluated (3.2).

3.1. The EU legal framework on non-discrimination (on grounds of age).

When the European Communities were firstly created, no competence in the areas of equality and non-discrimination was given to this new form of international cooperation. At that time, the only provision related to the promotion of equality was art. 141 of the EC Treaty, which established the principle of equal pay for equal work between men and women.

The EU commitment towards the protection of equality has been formalised in 1997 when the Treaty of Amsterdam gave mandate to the EU institutions to «take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation»¹⁹. On that legal basis, two directives have been adopted so far: Directive 2000/43/EC which covers race and ethnic origin²⁰, and Directive 2000/78/EC that was created in order to combat discrimination on several grounds but exclusively in the field of employment and occupation²¹.

In addition to having a very confined field of application, the Equality Framework Directive allows for circumstances where a disparate treatment on grounds of age does not amount to a discrimination. As a matter of fact, art. 6 Directive 2000/78/EC acknowledges that differences of treatment on grounds of age do not constitute discrimination, if *i*) they are objectively and reasonably justified by a legitimate aim, *ii*) the means of achieving that aim are appropriate and necessary. Therefore, both direct and indirect discrimination on grounds of age can be justified according to the Directive's regime.

¹⁹ Art. 13 EC Treaty, now Art. 19 TFEU. On this provision, see L. FLYNN, *The Implications of Article 13 EC – After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 1127 ff.

²⁰ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Official Journal L 180, 19.07.2000, 22-26.

²¹ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2.12.2000, 16-22.

The protection of age equality within the EU, however, is currently tackled by two further – and primary – sources: the EU Charter of Fundamental Rights²² and the general principles of EU law²³. Contrary to the limited scope of Directive 2000/78/EC neither the Charter nor the general principles confine the fight against discriminatory treatments grounded on age to the area of employment and occupation. As a result, both sources could potentially be triggered in further situations than the ones specifically covered by Directive 2000/78/EC, and therefore they could possibly apply in the area of immigration and asylum as well.

In order to assess whether – under EU law – one or even both sources could apply in the field of asylum law, and thus play a role towards the protection of asylum seeking minors/young adults, a point has to be clarified. The applicability of the Charter and that of the EU general principles is in fact subject to a significant limitation: neither the Charter nor general principles are in fact capable to define the scope of application of EU law, their application being necessarily intertwined with the existence of a different EU source triggering either or both of them. As clarified by the Charter itself²⁴, and as stated by the CJEU with regard to general principles,²⁵ none of those sources of EU law expands the scope of application of Union law. As a consequence, they can only be triggered if the EU competence on a given matter is defined elsewhere in the Treaties.

The following paragraph will seek to overcome the above-mentioned limitation, by assessing whether any of the EU legal sources in the field of migration and asylum could trigger the applicability of principle of equality as a fundamental right and a general principle of EU law.

3.2. EU equality law as mainstream: the CEAS vis-à-vis the principle of non-discrimination on grounds of age.

The short overview carried out in the previous section highlighted that no provisions expressly address age equality in the field of asylum law. On the one side, none of the EU provisions focusing equality include asylum within

²² Art. 21 EUCFR.

²³ See CJEU, 22 November 2005, case C-144/04, Werner Mangold v. Rüdiger Helm, ECLI:EU:C:2005:709; CJEU, 19 January 2010, Seda Kücükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG, ECLI:EU:C:2010:21.

²⁴ Art. 51(2) EUCFR.

²⁵ T. Tridimas, Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2014, 361-392.

their scope of application. On the other side, the norms belonging to the Common European Asylum System are focused on the actual asylum procedure and related activities (such as age assessment) rather than on ensuring the enjoyment of asylum seekers/refugees' right to equality.

Notwithstanding the lack of express reference to equality within the existing legal provisions focusing on asylum seekers, it might still be possible to argue that the EU and the Member States should respect equality as a right of the Charter when dealing with asylum seekers. That being the case, age assessment procedures would need to accommodate equality and, more specifically, non-discrimination on grounds of age. To ascertain this latter point, an analysis of the CJEU jurisprudence concerning the applicability of Charter of Fundamental Rights is needed.

Traditionally, Member States' duty to comply with fundamental rights under EU law was triggered in two circumstances: either Member States were implementing a EU provision into their national legal systems, or they were derogating from a EU norm. Such a rather restrictive approach has changed with the very well known Åkerberg Fransson²⁶ ruling, when the Court of Justice has in fact clarified that the duty to respect fundamental rights – and the applicability of the Charter particularly – goes beyond the typical 'agency' and 'derogation' situations²⁷. Being asked whether the protection foreseen by the Charter of Fundamental Rights should be ensured also in those situations where the domestic provision is not a *strictu sensu* implementation of an EU provision, the Court acknowledged that Member States' commitment to respect fundamental rights – equality included – is not limited to the circumstances where they are implementing or derogating from EU law, but shall be ensured in each and every situation where Member States act within the scope of EU law²⁸.

²⁶ CJEU 26 February 2013, case C-617/10, Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2012:340.

²⁷ X. Groussot, L. Pech, G.T. Petursson, *The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States' Action: In Search of Certainty in EU Adjudication*, in *Eric Stein Working Paper*, 1/2011, pp. 1-36, at 16.

²⁸ See the 'Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights', OJ C 303, 14.12.2007, 17-35, where – omitting to use the word 'implementation' – it is stated that 'the requirement to respect fundamental rights defined in the context of the Union is only binding on the Member States when they act in the scope of Union law'. On this matter, see also M. Szwarc, Application of the Charter of Fundamental Rights in the Context of Sanctions Imposed by Member States for Infringements of EU Law: Comment on Fransson Case, European Public Law, 2014, p. 229; E. Hancox, The meaning of "implementing" EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson, in Common Market Law Review, 2013, pp. 1411, at 1418.

Two subsequent decisions of the Court of Justice further support this latter statement. First, the Association de Médiation Sociale (AMS)²⁹ case must be briefly mentioned. As known, several issues emerged within this decision with specific regard to the possibility to recognise a horizontal direct effect to art. 27 EUCFR, on workers' right to consultation and representation³⁰. For the purpose of the present analysis, and with specific focus on the field of application of EU general principles, that decision is of extreme interest. First of all, the AMS case indirectly confirms Åkerberg Fransson, as long as – despite excluding the enforceability of art. 27 EUCFR in horizontal disputes – the Court has indeed accommodated its applicability within the dispute at the main proceeding stressing that «the fundamental rights guaranteed in the legal order of the European Union are applicable in all situations governed by European Union law»³¹. Secondly, the Court has made a specific reference to the general principle of non-discrimination of grounds of age, clarifying not only that this principle is laid down in art. 21(1) EUCFR, but first and foremost that «is sufficient in itself to confer on individuals an individual right which they may invoke as such»³².

A second ruling supporting an 'enhanced applicability' of the Charter of Fundamental Rights – and therefore of general principles protecting fundamental rights – is the *Siragusa* decision. Asked to assess whether an Italian provision, art. 167(4)(a) of Code of Cultural Heritage and the Landscape, was sufficiently connected to EU law to justify the applicability of both the right to property, protected under art. 17 EUCFR, and the EU general principle of proportionality, the Court of Justice reiterated the approach held in $^{A}kerberg$ Fransson³⁴. As a further clarification to the statements made in previous rulings³⁵, the Court stressed that – although EU law would apply only if a certain

²⁹ CJEU 15 January 2014, case C-176/12 Association de médiation sociale v Union locale des syndicats CGT and Others EU:C:2014:2.

³⁰ See N. LAZZERINI, (Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties: AMS, in Common Market Law Review, 2014, pp. 907-933.

³¹ CJEU 15 January 2014, case C-176/12, Association de médiation sociale v Union locale des syndicats CGT and Others cit., para. 42.

³² Ivi, para. 47.

³³ CJEU 6 March 2014, case C-206/13 Cruciano Siragusa v Regione Sicilia EU:C:2014:126.

³⁴ CJEU 6 March 2014, case C-206/13 *Cruciano Siragusa v Regione Sicilia cit.*, paras. 22-25. See J. SNELL, *Fundamental Rights Review of National Measures: Nothing New under the Charter?*, in *European Public Law*, 2015, pp. 285-308, at 296.

³⁵ Namely CJEU 26 February 2013, case C-617/10 Åklagaren v *Hans Åkerberg Fransson cit.*; and CJEU 8 November 2012, case C-40/11, *Yoshikazu Iida v Stadt Ulm*, EU:C:2012:691.

degree of connection between the national provision and the EU ones exists – such circumstance is not confined to the sole scenario where the national provision is a direct and actual implementation of EU law³⁶.

According to the abovementioned rulings, Member States' duty to protect fundamental rights under EU law is thus triggered when two conditions are met: first, the European Union was conferred the power to legislate in a given policy area; second, Member States are acting within the boundaries of that area.

Since the establishment of the area of freedom, security and justice in 1999, the legal basis for the development of a common policy on asylum have been created within the TFEU: following the *Åkerberg Fransson* jurisprudence, it thus seems that arts. 67(2), 78 and 80 TFEU do constitute the 'trigger' enabling the applicability of the EU Charter. This being the case, Member States would be under an obligation to comply with the principle of non-discrimination on grounds of age, under art. 21 EUCFR³⁷, also when acting within the scope of the CEAS.

4. Testing the respect of EU equality law within age assessment procedures.

Moving from the interim conclusion reached at the end of the previous section, *i.e.* that the compliance with EU equality law should be guaranteed in the area of asylum, and possibly enforced via the application of the EUCFR (and/or the general principle³⁸), this section will focus on testing whether

³⁶ CJEU 6 March 2014, case C-2016/13 Cruciano Siragusa v Regione Sicilia cit., para. 25. ³⁷ On art. 21 EUCFR, see on art. 21 EU Charter A. WARD, The impact of the EU Charter of Fundamental Rights on anti-discrimination law: more a whimper than a bang?, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2018, 32-60, at. 36 ff.

³⁸ The argument of observing the Charter's case law in the field of general principles as well seems to be grounded on several reasons: first, an osmotic relationship exists between the Charter and general principles of law protecting fundamental rights. When the principle of non-discrimination is at stake, such an entangled connection is now regularly stressed by the European Court of Justice itself by affirming, for instance, that the principle of non-discrimination on grounds of age is enshrined in art. 21 EU Charter of Fundamental Rights (see Case C-143/16 *Abercrombie & Fitch Italia Srl v Antonino Bordonaro* EU:C:2017:566, para. 17; AG Kokott in Case C-443/15, *David L. Parris v Trinity College Dublin and Others* EU:C:2016:493, para. 3). Secondly, the unwritten and flexible nature of general principles makes them *extrema ratio* provisions within the protection of fundamental rights being able to fill the *lacunae* left in this field by the written provisions of EU law. It seems therefore consistent with the primordial function of general principles to affirm that they are (at least) applicable in all circumstances where the Charter does apply. As such, general principles

- despite the differential treatment triggered by age assessment procedures – such a distinction should nonetheless be justified. Following the two steps test typically linked to the assessment on the compliance of the principle of equality, sub-section 4.1 looks at whether age assessment procedures have been designed to achieve a legitimate aim. Sub-section 4.2 deals instead with the proportionality and overall reasonableness of such an assessment with a view of understanding whether «the means to achieve the legitimate aim are appropriate and necessary».

4.1. The pursuit of a legitimate aim.

Age assessment procedures were created to distinguish asylum claims. Applications lodged by adult migrants should follow a standard procedure, which, as mentioned, is partially outlined within the CEAS and partially given to Member States to define. Applications lodged by minors would follow a tailored procedure, having the aim to accommodate minors' needs all along the asylum claim and within the host country once the refugee status has been granted. In this framework, EU provisions refer to the Convention on the Rights of the Child (CRC)³⁹ as a primary model, and thus foresee additional safeguards that Member States shall adopt to protect asylum seeking minors/refugees.

Minors should benefit from a protective regime⁴⁰ accommodating their vulnerability and giving them the chance to live in a suitable environment, to access healthcare and education, and to receive the support of a guardian promoting their interests and needs.

When minors are seeking for asylum on their own (i.e. they are seeking for asylum and they are unaccompanied), an additional duty arises. Insofar

should apply whenever a piece of national legislation falls within the scope of EU law, *i.e.* the given provision is either the transposition of a EU norm, or it has otherwise been intended to implement an obligation stemming from EU law. This approach will eventually enhance the protection of fundamental rights within the EU since the EU sources of protection of fundamental rights would impact on any situation covered by a substantive EU provision (see S. VASSILIOS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts* Melloni et Akerberg Fransson, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, pp. 229-243).

³⁹ United Nations Convention on the Rights of the Child, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989; entered into force 2 September 1990, in accordance with Article 49.

⁴⁰ V. Felts, Age assessment for unaccompanied minors, in Doctors of the Word – Médecins du Monde International Network, 2015, pp. 1-17, at 3.

as unaccompanied children cross the European border with no parents or other adult responsible for their safety, it is vital to trace family members and accommodate minors into a safe and suitable environment, where their protection against trafficking and other forms of child exploitation is ensured and their integration into the host country is promoted.

The reason why the distinction between the above-mentioned procedures relies on the applicants' age is linked to the enhanced vulnerability that applicants under the age of 18 are rightfully believed to need of additional protection and care. The need to accommodate – first and foremost – asylum seekers' vulnerability as 'minors' has led to the argument that considering unaccompanied minors as «"children" and not as "refugees" or "foreigners" also involves that they have the right to the same standard of care as native-born children and youths»⁴¹.

In light of the legitimate goal pursued by age assessment procedures and given the very different outcome – both in terms of States' duties and human rights protection mechanisms – they trigger, it is of vital importance for national authorities to properly evaluate applicants' age so to set those people into the correct 'path'. Despite age assessment becoming a gateway towards enhanced protection, the following paragraphs will show that both the European Union – via the Common European Asylum System – and the European States are struggling in finding suitable means to attain the goal of offering asylum seeking minors/young adults enhanced protection.

4.2. Reasonability and proportion in the performance of age assessment.

Once clarified the rationale and goal of age assessment procedures, it is important to verify how such mechanisms are usually implemented at States' level. Such an investigation serves a dual purpose: first, it evaluates the suitability of age assessment techniques, and overall, their compliance with human rights protection. Secondly, the observation that age assessment procedures fall short in protecting asylum seekers' human rights also triggers the question on their effectiveness in correctly allocating them in either the 'adult' or the 'minor' group. Should age assessment procedures prove their inadequacy and ineffectiveness, an ultimate question will arise: do then age assessment procedures result in age discrimination?

⁴¹ I. Derluyn, E. Broekaert, *Unaccompanied refugee children and adolescents: the glaring contrast between a legal and a psychological perspective*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2008, pp. 319-330, at p. 328.

Before attempting an answer to this latter question, a short investigation of the main age assessment techniques – as conceived at EU level and implemented at national level – is needed. When referring to age assessment, Directive 2013/32/EU stresses that age assessment needs to be completed in compliance with the Convention on the Rights of the Child and particularly the best interest of the child⁴². As a further clarification, Directive 2013/32/EU explains that age assessment should be dealt with respecting the identity of the applicants, protecting them from violence and accommodating the enhanced vulnerability of asylum seeking children. Furthermore, medical examination should be performed in full respect of the individual's dignity, selecting the less invasive examination. Other than these minimum and minimal⁴³ standards of protection, no further guidance is provided by the EU Directive

Given the lack of standardisation at EU level in the field of age assessment procedures⁴⁴, Members States have not only used different techniques in order to determine applicants' age, but also adopted different approaches with regards to the applicants' protection when the procedure is pending.

Aside from interviewing the applicant, across the EU, the very first step towards assessing age deals with the analysis of the documentation provided, while a second step involves various forms of medical exams, and finally, a third tool deals with psychological/behavioural tests⁴⁵.

Reports in this field show that the majority of the Member State rely on the documentation provided, if possible. Most of the times, however, the allegedly grounded fear of false documentation leads Member States to either disregard the outcome of such assessment or to seek for confirmation of the outcome via other assessment tools⁴⁶.

⁴² Recital 33, Directive 2013/32/EU, cit. See also, EUROPEAN ASYLUM SUPPORT OFFICE (EASO), *Age assessment practice in Europe*, Luxembourg, 2014, pp. 1-89, at 16.

⁴³ On this regard, see, for instance, art. 25(2) that allows Member States to be exempted from appointing a representative if «the unaccompanied minor will in all likelihood reach the age of 18 before a decision at first instance is taken».

⁴⁴ See European Union Agency for Fundamental Rights, *Separated, asylum-seeking children in European Union Member States*, Summary report, 2011, pp. 1-33, at 26.

⁴⁵ A. HJERN, M. BRENDLER-LINDQVIST, M. NORREDAM, *Age assessment of young asylum seekers*, in *Acta Pædiatrica*, 2011, pp. 4-7, at 5.

⁴⁶ See House of Lords, European Union Committee, *Children in crisis: unaccompanied migrant children in the EU*, 2nd Report of Session 2016-17, HL Paper 34, 2016, pp. 1-113, at 16, according to which «when no documentation is available, and authorities have reason to doubt a child's stated age, EU Member States use a variety of methods to assess age. The frequency with which such assessments are carried out across the EU suggests that little weight

As a consequence, any analysis of the documentation is usually completed by either medical and/or non-medical method assessments⁴⁷.

Starting from the first category, medical methods involve three main types of activities

First, dental observations are carried out to ascertain the age of the patient. Despite not being extremely intrusive, these techniques have proven to be largely inaccurate as only the third molars can be used as an indicator of adulthood and they «may or may not appear at any time between age 15 and 23»⁴⁸. Hence, this method proves its inconsistency as it cannot be reliable in the clarification of the exact age of the asylum seeker.

Second, some EU countries currently implement physical development assessment carried out by paediatricians. This technique aims at assessing the height, weight and skin rating of the asylum seeker against a set reference values. Despite not being invasive *per se*, since this method may also involve the assessment of the sexual maturity of the patient, it does affect, if not the physical, surely the psychological well-being of the patient. Further to this enormous side effect, several factors – such as ethnicity, race, nutrition and socioeconomic background that do interfere with the result of such assessment – are very rarely taken into account. As a result, among the medical techniques currently deployed across the EU⁴⁹, the physical development assessment can be easily qualified as being one of the least accurate but most invasive.

Finally, x-ray assessments are frequently used to establish the development stage of bones and thus assess age. Various forms of radiography examinations are implemented in the European Union. The most recurring techniques involve either the carpal x-ray, the collar bone x-ray, dental x-ray, or pelvic bone x-ray. Despite being perceived as «scientifically valid»⁵⁰, these techniques face several shortcomings that vastly outreach their scientific accuracy⁵¹. X-ray examinations are highly intrusive and

is attached to children's statements in this regard».

⁴⁷ While some virtuous countries – namely Ireland, Slovenia and the UK– have undertaken a holistic approach towards age assessment practices by relying exclusively on non-medical methods, the vast majority of EU countries still relies on some forms of medical observations or examinations. See European Asylum Support Office (EASO), *Practical Guide on age assessment*, Luxembourg, 2018, p. 106.

⁴⁸ EASO, Practical Guide on age assessment cit., p. 52.

⁴⁹ Seven EU countries currently rely on sexual maturity observations, see EASO, *Practical Guide on age assessment cit.*, p. 106.

⁵⁰ Ivi. at 58.

⁵¹ G. Noll, Junk Science? Four Arguments against the Radiological Age Assessment of

invasive: not only the physical health of the applicant is affected given his exposure to radiations, but his psychological health is jeopardised as they represent a stressful and traumatic experience faced by a person who is precisely fleeing life threatening and traumatic experiences, *i.e.* persecution and torture.

Furthermore, x-ray assessments are not that accurate after all, especially when applied in the context of migration and asylum: since x-ray examinations do not lead to the determination of the exact calendar age, but only provide an age range, they are inconclusive against the need to ascertain if an asylum seeker is a minor or an adult.

In addition to being very intrusive, medical examinations thus raise concerns regarding their accountability: as outlined by the majority of the research in this field⁵², medical examinations disclose a range of error of two years, which could clearly work in favour of the applicator or rule against him. As a result, the adequacy and suitability of medical examinations has been and still is largely criticised. Nevertheless, States still rely on such form of assessment, prescribing dental observation, x-ray examinations and even sexual maturity exams.

As an alternative, or sometimes as an addendum, to medical examinations, EU States sometimes rely on psychological tests which – although ideally suitable to accommodate minors' vulnerability – frequently end up by being carried out by untrained professionals.

The gravity of the scenario just described is further worsened by – at least – an additional element: the so-called 'culture of disbelief' that surrounds age assessment procedures.

Under Directive 2013/32/EU⁵³, Members States have in fact the duty to treat the applicant as a minor until the age assessment clarifies otherwise. In other words, pending the age assessment procedure, the applicant should be given the 'benefit of the doubt', and thus enjoy the additional safeguards foreseen for minors. Yet the Directive's provisions are quite often disregarded at domestic level

Unaccompanied Minors Seeking Asylum, in *International Journal of Refugee Law*, Vol. 28, 2016, pp. 234-250.

⁵² See Asylum Information Database (AIDA), *Detriment of the Doubt: Age Assessment of Unaccompanied Asylum-Seeking Children*, Legal Briefing No. 5, December 2015, pp. 1-7, at 2.

⁵³ Art. 25(5), Directive 2013/32/EU, cit.

5. Does age assessment result into age discrimination under EU law?

The section above was meant to highlight the extent to which age assessment procedures represent the key for young asylum seekers to access the effective enjoyment of their human rights. Notwithstanding their role and the aim they pursue, age assessment procedures – as currently foreseen and implemented within the EU – result into unsuitable tools under two points of view.

First, the implementation of such procedures exposes the asylum seeker to various risks and severe violations of their human rights⁵⁴. Age assessment procedures not only fail to have a holistic approach accommodating the vulnerability of asylum seeking minors/young adults, but they largely depart from any basic acknowledgment of the need to respect the best interests of the child and to follow the so called 'benefit of the doubt' doctrine.

Under a second point of view, which arises when young asylum seekers are not assessed as 'minors', age assessment procedures ultimately trigger a proper discrimination of grounds of age. If such a disparate treatment on grounds of age can to a certain extent be tolerated when adults are at stake, when young adults are involved, a few additional questions arise. One may wonder, first, if the vulnerability EU provisions on asylum are trying to accommodate is solely triggered by the chronological age of the applicant. Such vulnerability could perhaps be stemming from further factors (*e.g.* psychological age, maturity, life experiences). A second and subsequent question would then be: has all vulnerability disappeared as soon as the asylum seeker has turned eighteen?

The present contribution takes the view that, aside from being widely inaccurate, age assessment procedures aim to distinguish between two categories of people (minors and young adults) than in most instances are equally vulnerable and should thus receive an equally enhanced protection and care. Quite contrary, under EU law, young adults (who – by the way – could in fact still be minors) are fully aligned to proper adults, with the result that no vulnerabilities are tolerated. This, in turn, results into a disparate treatment on grounds of age that – despite pursuing a legitimate aim – does not entail the implementation of appropriate and reasonable means.

⁵⁴ H.D.C. Roscam Abbing, *Age Determination of Unaccompanied Asylum Seeking Minors in the European Union: A Health Law Perspective*, in *European Journal of Health Law*, 2011, pp. 11-25, at 19.

6. Overcoming age discrimination in age assessment procedures: possible ways forward.

The analysis conducted in the paper has outlined two main issues stemming from the current set up of age assessment procedures. One issue concerns the actual completion of age assessment procedures: in so far as the assessment methods currently used are inaccurate, unreliable, and above all largely invasive, these procedures are likely to result in a breach of asylum seekers human rights and of asylum seeking minors' best interests.

A second issue concerns the rationale and goal of those procedures: as already discussed, this is where the principle of non-discrimination on grounds of age comes into play.

Considering the purpose they serve, it would probably be unrealistic (and unreasonable) to argue that similar procedures should be abruptly dismantled. However, it is most certain that their implementation can be improved and aligned to human rights – and equality – standards⁵⁵.

A first set of improvements related with the first issue emerged in this paper, *i.e.* the need to make sure age assessment procedures respect asylum seekers' human rights, and human dignity above all, and that these comply with the best interests of the child principle.

In this scenario, age assessment should disregard the physical maturity – and thus chronological age – of the applicant, with the view of prioritising the psychological maturity of the asylum seeker⁵⁶. Such a change of focus – that should also be featured by a multidisciplinary approach in ascertaining age⁵⁷ – does not require any modification of the current EU legal framework

⁵⁵ See H. D.C. ROSCAM ABBING, *Age Determination of Unaccompanied Asylum Seeking Minors in the European Union: A Health Law Perspective cit.*, at 24, who suggests the adoption of "Best Practice Guidelines".

⁵⁶ See the General Comment No.6 on the Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside their Country of Origin, where the UN Committee on the Rights of the Child states that «identification measures including age assessment should not only take into account the physical appearance of the individual, but also his or her psychological maturity». A similar statement was already included in the Guidelines for Unaccompanied Children Seeking Asylum (1997) elaborated by the UN High Commissioner for Refugees.

⁵⁷ A very timid, and not at also satisfying attempt has been recently brought forward by the Italy's National Institute for Health, Migration and Poverty (INMP) and the Council of Europe's Office of the Secretary General's Special Representative on Migration and Refugees, in the framework of the Italian Presidency of the Committee of Ministers of the Council of Europe, *Multidisciplinary protocol for age assessment of unaccompanied migrant minors*, 30 March 2022, available at https://www.inmp.it/upload/pdf/Protocol_English.pdf (last accessed 16 May 2022).

but has certainly the potential to make age assessment procedures more humane.

It seems that at least three steps are needed for such an achievement to be met: first, medical examinations should be dismissed across the EU; second, the assessment should move from the observation that

lowering the age of childhood or applying restrictive age assessment approaches in order to treat children as adults in asylum procedures may result in violations of their rights under international human rights law. Being young and vulnerable may make a person especially susceptible to persecution. Thus, there may be exceptional cases for which these guidelines are relevant even if the applicant is 18 years of age or slightly older. This may be particularly the case where persecution has hindered the applicant's development and his/her psychological maturity remains comparable to that of a child⁵⁸.

This second step will thus result in a procedure focusing on the asylum seekers' needs, rather than just their chronological age⁵⁹. Third, the benefit of the doubt principle should be always accommodated: should the age assessment procedure be inconclusive, the asylum seeker will need to be qualified as a 'minor' and thus receive greater protection.

A second set of improvements is instead linked to the need to remove the discriminatory effect of age assessment procedures: while the assessment of needs of the asylum seeker, rather than the assessment of his/her/their chronological age, is already a step forward, an additional – and much bolder – step could be taken.

The enhancement of the legal principles of the 'best interests of the child' and of the 'benefit of the doubt' should lead to a presumption of vulnerability (not of minor age) at least anytime the applicant appears to be under the age of 21. In addition to the existence of a legal presumption, that has somehow been acknowledged by the Court of Justice too, the argument towards shifting from the 18 years old rule to the 21 years old rule can be supported by recalling that a similar approach is followed by

⁵⁸ UNHCR, Guidelines on International Protection: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/09/08, 2009, para 7.

⁵⁹ M.A. Kenny, M. Loughry, *'These don't look like children to me': age assessment of unaccompanied and separated children*, in M. Crock, L.B. Benson (Eds.), *Protecting Migrant Children*, Edward Elgar, 2018, pp. 321-333, at 332.

Directive 2004/38/EC⁶⁰ when, under art. 2(2) it establishes a presumption of dependency on their parent(s) upon «direct descendants who are under the age of 21». Unless it is demonstrated that adulthood is reached at a later stage when EU nationals are involved, the circumstance that EU law itself admits that young adults deserve enhanced protection represents the key 'evidence' towards the argument that age assessment procedures – as they currently stand – are discriminatory.

⁶⁰ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, OJ L 158, 30.4.2004, pp. 77-123.

UGUAGLIANZA E DIFFERENZE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA, SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE

Paola Ivaldi*

Sommario: 1. La pervasività del principio di uguaglianza nel diritto dell'Unione europea. –
2. Il diritto antidiscriminatorio nella sua dimensione interindividuale: l'uguaglianza come non discriminazione ... – 3. ... e come parità di trattamento. – 4. La neutralizzazione delle differenze e il dogma dell'autonomia privata. – 5. Norme UE sui conflitti di leggi ed emancipazione da una rigida equidistanza rispetto agli interessi in gioco.

1. La pervasività del principio di uguaglianza nel diritto dell'Unione europea.

Il diritto dell'Unione europea offre innumerevoli spunti per una riflessione in tema di uguaglianza¹. Si tratta di una constatazione così evidente che, in dottrina, non si è esitato ad affermare l'onnipresenza, in tale ambito, del principio che ne costituisce espressione².

Tale pervasività del principio di uguaglianza si riscontra, anzi tutto, sul piano istituzionale, ove esso opera alla stregua di criterio ordinatorio fondamentale delle relazioni tra gli Stati membri e tra questi e la Comunità e, oggi, l'Unione.

Nel dare vita a «un ordinamento giuridico di nuovo genere»³, gli Stati fondatori vi hanno infatti impresso e via via confermato quella connotazione paritaria che – a garanzia della sua stessa esistenza, in quanto fondata su una pluralità di enti sovrani, tra loro indipendenti – è tradizionalmente propria della comunità internazionale, quanto meno sul piano formale⁴. L'Unione (e

^{*}Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università di Genova.

¹ S. Fredman, Equality: A new Generation?, in Industrial Law Journal, 2001, p. 145: «equality is not just an add-on or after-though to policy, but is one of the factors taken into account in every policy and executive decision».

 $^{^2}$ T. Tridimas, \textit{The General Principles of EU Law}, 2^{nd} ed., Oxford, 2006, p. 60.

³ Corte di giustizia, sent. 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1. V. anche *infra* in questo stesso paragrafo, nel testo e alla nota 9.

⁴ P. IVALDI, Variations on the Principle of Equality in International and EU Law, in D. Amoroso, L. Marotti, P. Rossi, A. Spagnolo, G. Zarra (eds.), More Equal than Others? Perspectives on the Principle of Equality from International and EU Law, Berlino, 2022, p. 2 ss.

già prima la Comunità) afferma dunque l'uguaglianza dei propri membri, sulla base di un principio oggi esplicitato dal Trattato sull'Unione europea con una formula solenne ed evocativa: «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali»⁵.

Nell'ambito dell'integrazione europea l'attuazione di un'effettiva parità di trattamento tra gli Stati in essa coinvolti ha tuttavia condotto anche alla formulazione di regole ispirate a un principio di uguaglianza inteso in termini non soltanto astratti e formali. Sempre con riferimento alla dimensione interstatale merita menzione – per limitarsi a un unico esempio – la disciplina dei *quorum* funzionali delle sue istituzioni⁶. Nella prospettiva appena indicata è particolarmente rilevante ed espressiva, tra l'altro, di una caratteristica essenziale dell'Unione, la previsione della doppia maggioranza per le deliberazioni del Consiglio, calcolata anche in ragione della popolazione dei diversi Stati membri⁷. Si tratta di una regola che, come noto, riflette il carattere sovranazionale dell'organizzazione e l'esigenza di rappresentatività, al suo interno, dei cittadini che ne fanno parte.

L'Unione europea è infatti, indiscutibilmente, un'unione di Stati e di cittadini⁸. Questi ultimi sono protagonisti della vita della comunità sovranazionale non soltanto in quanto rappresentati nel Parlamento europeo, eletto a suffragio diretto a partire dal 1979 e dotato progressivamente di poteri più incisivi, ma anche – e soprattutto – in quanto destinatari immediati di diritti e obblighi fondati sul diritto dell'Unione. Non solo i Paesi membri, ma anche i loro cittadini sono soggetti del relativo ordinamento, in un sistema che proprio in ragione di tale caratteristica (strettamente correlata alle cessioni di sovranità operate con i Trattati e puntualmente rafforzata dal principio di *primauté* del diritto sovranazionale) risulta connotato da spiccati elementi di originalità⁹.

⁵ Così l'art. 4, par. 2, del Trattato sull'Unione europea (TUE), la cui versione consolidata è pubblicata in *GUUE* C 326 del 26 ottobre 2012.

⁶ H. Kelsen, The principle of sovereign equality of States as a basis for international organization, in Yale Law Journal, 1944, passim.

⁷ Art. 16, par. 4, TUE.

⁸ Per tutti, U. Triggiani, Le nuove frontiere della cittadinanza europea, Bari, 2011, p. XI; A. Kjeldgaard-Pedersen, The International Legal Personality of the Individual, Oxford, 2018, p. 42, nonché, da ultimo, L.F. Pace, La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia, Bari, 2021, spec. p. 66 ss.

⁹ Come ribadito dalla Corte di giustizia nel parere n. 2/13 (reso il 18 dicembre 2014 e relativo all'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) «i Trattati fondativi dell'Unione hanno dato

Nel contesto così delineato il concetto di uguaglianza si afferma dunque progressivamente come *mainstreaming*¹⁰ (i) permeando qualsivoglia politica e attività dell'Unione europea e (ii) connotando non solo (come già sottolineato) i rapporti tra Unione e Stati membri (oltre che tra questi ultimi), ma anche quelli tra Unione e individui. Non stupisce dunque, in tale prospettiva, che tale valore, comune agli Stati membri, sia annoverato tra quelli a fondamento dell'ordinamento giuridico dell'Unione¹¹.

In ragione della molteplicità delle declinazioni del principio di uguaglianza nell'ambito del diritto dell'Unione appare necessaria una selezione dei profili sui quali concentrare l'attenzione. In tale prospettiva (più che quella interstatale sopra evocata) è la dimensione interindividuale ad attrarre l'attenzione, in quanto consente – tra l'altro – di soffermarsi sulle ricadute della costante interazione tra alcuni valori e obiettivi al centro di tale ordinamento: si tratta della dialettica tra libertà e uguaglianza e – con riguardo a quest'ultima – tra parità di trattamento ed esigenze di differenziazione.

All'interno del campo d'indagine così delimitato, sono due gli ambiti specifici del diritto UE sui quali si è scelto di formulare alcune osservazioni: innanzi tutto, (i) il diritto antidiscriminatorio, tendente a tradurre il principio di uguaglianza in diritti della persona attraverso misure per lo più attestate al dogma della parità di trattamento¹²; in secondo luogo, (ii) il diritto internazionale privato, che formula invece soluzioni anche diversificate rispetto a una medesima relazione interprivata, quando funzionali alla garanzia di determinati obiettivi di giustizia sostanziale¹³.

vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi» (par. 157).

¹⁰ T. Rees, Mainstreaming Equality in the European Union, Londra, 1998, passim.

¹¹ «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»: così l'art. 2 TUE (enfasi aggiunte).

¹² Infra, sub parr. 2-4.

¹³ Infra, sub par. 5.

2. Il diritto antidiscriminatorio nella sua dimensione interindividuale: l'uguaglianza come non discriminazione ...

Prima di procedere all'analisi delle soluzioni normative accolte nei due ambiti del diritto dell'Unione delimitati a chiusura del precedente paragrafo, pare opportuno ricordare che il principio di uguaglianza, inteso nella sua dimensione interindividuale, è stato da sempre percepito come coessenziale al diritto comunitario, anche se per lungo tempo è mancata una sua enunciazione espressa nell'ambito dei Trattati¹⁴. La Corte di giustizia, infatti, anche prima della sua recezione formale nel diritto primario, non ha esitato a richiamarsi a tale principio desumendolo in via interpretativa (tramite una sorta di interpretazione sistematica)¹⁵ a partire dai numerosi divieti di discriminazione, strettamente funzionali ai diversi settori d'intervento dell'allora Comunità europea. È infatti affermazione ricorrente nelle decisioni della Corte quella secondo cui gli espliciti divieti di discriminazione sanciti dal Trattato altro non sono che «espressione specifica» del principio generale di uguaglianza, annoverato tra i valori fondanti dell'ordinamento comunitario 16. E tale principio, secondo una consolidata formula giurisprudenziale, preclude – salvo oggettiva giustificazione – non solo che situazioni comparabili siano trattate in modo differente, ma anche che situazioni diverse ricevano eguale disciplina¹⁷.

La *ratio* che ispira tali approdi della giurisprudenza europea, tuttavia, è *in primis* quella del buon funzionamento del mercato interno, tanto che le ricadute in termini di protezione delle posizioni individuali sono percepite come conseguenze eventuali e, per così dire, 'accidentali' di soluzioni funzionali a un diverso obiettivo primario¹⁸. Sono particolarmente espressive di questo

¹⁴ Fino all'adozione, nel 2000, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e del richiamo ad essa (in termini di fonte pariordinata) operato dal Trattato di Lisbona. Sulla Carta, *infra*, nel testo e alle note da 20 a 23.

¹⁵ F. Sorrentino, Equaglianza formale, in Costituzionalismo.it, fasc. 3, 2017, p. 27.

¹⁶ Per tutte, Corte di giustizia, sent. 8 ottobre 1980, case C-810/79, *Peter Überschär*, ECLI:EU:C:1980:228: «Secondo la costante giurisprudenza della Corte, *il principio generale di uguaglianza*, di cui il divieto di discriminazione a motivo della cittadinanza è solo un'espressione specifica, è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario» (par. 16, enfasi aggiunta).

¹⁷ Il riferimento è all'indirizzo giurisprudenziale inaugurato nel 1977 (Corte di giustizia, sent. 19 ottobre 1977, cause riunite 117/76 e 16/77, *Ruckdeschel* et al. c. *Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, ECLI:EU:C:1977:160, par. 7) e poi puntualmente ripreso da tutta la giurisprudenza successiva.

¹⁸ Sono espressione della medesima logica 'funzionalista' i divieti di discriminazione rinvenibili negli artt. 36 e 110 TFUE in materia di circolazione delle merci, negli artt. 101 e 102 TFUE in tema di concorrenza, nell'art. 107 TFUE a proposito degli aiuti di Stato.

indirizzo interpretativo – come noto – le sentenze *Defrenne*, con le quali la Corte di giustizia è giunta ad affermare la parità di retribuzione tra uomini e donne innanzi tutto per intervenire sulle distorsioni della concorrenza dovute ai salari più bassi previsti per le lavoratrici¹⁹.

In questa sua prima fase di evoluzione il diritto antidiscriminatorio di matrice sovranazionale accoglie e promuove dunque un principio di uguaglianza nella sua accezione statica e negativa, consistente nell'«assenza di discriminazioni», senza richiedere l'adozione di misure volte a garantire un'effettiva parità di trattamento.

3. ... e come parità di trattamento.

Alla prima fase del diritto comunitario antidiscriminatorio, ricostruita in estrema sintesi nel precedente paragrafo, è seguita una seconda, che prende avvio all'inizio degli anni 2000.

Si tratta di un periodo di grande fermento, anche riguardo alla codificazione dei principi generali sui quali si fonda l'Unione: nel dicembre 2000 – come noto – viene infatti proclamata a Nizza la Carta dei diritti fondamentali²⁰, che dedica all'uguaglianza l'intero Titolo III. Il Titolo si apre con l'art. 20, con il quale il principio è affermato alla stregua di limite della potestà normativa²¹, mentre è innanzi tutto il successivo art. 21 a coglierne le ricadute sul piano del riconoscimento dei diritti della persona²². Quest'ultima disposizione enuncia il divieto di discriminazione, corredandolo di un nutrito (e tuttavia non esaustivo) elenco di criteri vietati o (quanto meno) 'sospetti': sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza a una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, disabilità, età, orientamento sessuale e (salve disposizioni specifiche nei Trattati) nazionalità²³. Si tratta di una disposizione che, oltre ad accordare

¹⁹ Si tratta delle sentt. 25 maggio 1971, causa 80/70, *Defrenne* I, ECLI:EU:C:1971:55; 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne* II, ECLI:EU:C:1976:56, e 15 giugno 1978, causa 149/77, *Defrenne* III, ECLI:EU:C:1978:130.

²⁰ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) è stata solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e poi, una seconda volta in versione adattata, a Strasburgo, il 12 dicembre 2007 (in *GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007).

²¹ Art. 20 CDFUE: «*Uguaglianza davanti alla legge*. Tutte le persone sono uguali davanti alla legge».

²² Il Titolo III comprende cinque articoli in tema di uguaglianza: gli artt. da 22 a 26 della Carta.

²³ Art. 21 CDFUE: «Non discriminazione. 1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione

maggiore 'visibilità' al principio di uguaglianza, già tante volte enunciato dalla giurisprudenza comunitaria a partire dal divieto di discriminazione, fornirà tra l'altro alla Corte di giustizia la base normativa per affermare l'effetto diretto anche orizzontale di tale principio²⁴.

Anticipano di poco la proclamazione della Carta le direttive 2000/43 e 2000/78 che – fondandosi sull'art. 13 CE²⁵ (oggi, art. 19 TFUE) – sanciscono il principio di parità di trattamento vietando, nel primo caso, qualsiasi discriminazione in ragione della razza e origine etnica e, nel secondo (la c.d. direttiva quadro), neutralizzando in via di principio ogni differenza in materia di occupazione e di condizioni di lavoro²⁶. Tali misure segnano l'inizio di una nuova stagione, nella quale l'ordinamento comunitario si emancipa definitivamente da una concezione dell'uguaglianza intesa come mera «assenza di discriminazioni». L'obiettivo dichiarato è infatti quello di (*i*) promuovere – tramite una regolamentazione 'cieca' rispetto alle differenze – l'effettiva parità di trattamento, con conseguente rimozione di qualsiasi differenziazione giuridica idonea a pregiudicare l'intento perseguito.

Caratteristica comune delle direttive richiamate è, tuttavia, quella di (ii) contemplare «requisiti minimi» antidiscriminatori e di riservare, di conseguenza, ampi margini di discrezionalità agli Stati membri in occasione della loro attuazione. La stessa adozione di azioni positive, ampiamente consentita

fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. 2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità».

²⁴ Tra le più significative, Corte di giustizia, sentt. 17 aprile 2018, in causa C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:2571, e 29 gennaio 2019, in causa C-193/17, *Cresco Investigation GmbH* c. *Markus Achatz*, ECLI:EU:C:2019:43.

²⁵ A differenza del già citato art. 21 della Carta, l'art. 13 CE (oggi art. 19 TFUE) non enuncia il divieto di discriminazione nella sua accezione sostanziale, ma fornisce la base giuridica per l'adozione di misure comunitarie volte ad attuare la parità di trattamento. Tale articolo del Trattato (sempre a differenza del richiamato art. 21) non è poi soggetto ai limiti stringenti, quanto al suo ambito di applicazione, fissati invece dalla Carta (in particolare, dal suo art. 51.1) con riguardo alle proprie disposizioni sostanziali.

²⁶ Si tratta della direttiva 2000/43 CE del 29 giugno 2000, che attua il principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e della direttiva 2000/78 CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (c.d. direttiva quadro). Ha richiesto più tempo l'approvazione della direttiva 2002/73 CE del 23 settembre 2002 relativa alle discriminazioni di genere nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazione professionale.

da tali strumenti, non costituisce un obbligo per gli Stati membri, che – nel darvi corso in armonia alle rispettive politiche di *welfare* – garantiscono alle misure comunitarie un'effettività variabile nei diversi ambiti nazionali²⁷.

È un tratto, quello appena ricordato, che non solo è confermato persino nelle direttive più recenti (come quella sul congedo parentale)²⁸ ma che, più in generale, si rintraccia nelle stesse disposizioni dei Trattati che sanciscono la parità di trattamento, come diritto riconosciuto in capo agli individui²⁹.

Si è già sottolineato che – a garanzia dell'uguaglianza nella sfera interindividuale – il diritto antidiscriminatorio di matrice sovranazionale tende a privilegiare la 'neutralizzazione delle differenze' con conseguente livellamento delle tutele. Un'opzione in questa direzione finisce tuttavia per (iii) risultare difficilmente conciliabile con la previsione di trattamenti diversificati, anche quando questi ultimi sono dichiaratamente rivolti a garantire una (più effettiva) equiparazione sul piano sostanziale.

In questo senso è emblematico l'orientamento manifestato dalla Corte di giustizia in occasione del vaglio, alla luce dell'art. 141 CE (oggi art. 157 TFUE), della legittimità della legislazione italiana che offriva alle lavoratrici la possibilità di accedere al trattamento pensionistico in età anticipata rispetto a quella prevista per i lavoratori³⁰. Sebbene la richiamata disposizione del Trattato, al par. 4, riservi agli Stati membri la possibilità di mantenere in vigore, ovvero introdurre *ex novo*, misure nazionali volte ad assicurare «l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa», la Corte ha ritenuto la disciplina italiana incompatibile con il principio di non discriminazione sulla base del sesso, quale affermato dal diritto sovranazionale.

Si tratta di un orientamento ribadito anche in relazione alla normativa austriaca che consentiva il licenziamento al raggiungimento dell'età pensionabile, stabilita in modo differenziato per lavoratori e lavoratrici³¹. Secondo la Corte, infatti, la discriminazione diretta in base al sesso prevista da tale legislazione nazionale non poteva trovare giustificazione anche considerando l'obiettivo –

²⁷ F. COSTAMAGNA, *The Internal Market and the Welfare State: Anything New after Lisbon*?, in M. TRYBUS, L. RUBINI (eds.), *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Cheltenham-Northampton, Ma, 2012, p. 382 ss.

²⁸ Direttiva (UE) n. 2019/1158 del 20 giugno 2019 relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza.

²⁹ Così l'art. 141 CE, oggi art. 157 TFUE, in tema di parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile, di cui *infra* in questo stesso paragrafo.

³⁰ Corte di giustizia, sent. 13 novembre 2008, in causa C-46/07, *Commissione* contro *Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2008:618.

³¹ Corte di giustizia, sent. 18 novembre 2010, in causa C-356/09, *Kleist*, ECLI:EU::C:2010:703

pur socialmente apprezzabile – cui tale legislazione nel suo complesso risultava ispirata: quello della promozione dell'occupazione giovanile³².

Rispetto alle conclusioni così raggiunte, non sembra estraneo un atteggiamento di pregiudiziale diffidenza verso qualsiasi differenziazione giuridica, nel timore che ogni diversità di disciplina celi al proprio interno una discriminazione ingiusta³³. Nel ragionamento della Corte di giustizia, infatti, è per definizione non discriminatorio il trattamento fondato su una regolamentazione giuridica uniforme e, dunque, su un atteggiamento di neutralità rispetto alle differenze: ogni deviazione rispetto a tale modello, anche se favorevole alla categoria più vulnerabile, risulta così tendenzialmente inconciliabile con il principio di uguaglianza.

Nel privilegiare tale prospettiva, il diritto UE antidiscriminatorio rinuncia, tuttavia, a cogliere le potenzialità – in termini di ampliamento dei diritti garantiti e dei loro destinatari, nonché di innalzamento dei livelli di garanzia – di trattamenti anche differenziati, fondati su una disciplina conforme ai parametri di ragionevolezza e proporzionalità. Secondo un'immagine efficace, una disciplina caratterizzata nei termini appena indicati avrebbe il pregio di ricorre all'uguaglianza non solo come scudo protettivo contro le discriminazioni, ma anche come principio ispiratore di norme apertamente, positivamente egualitarie³⁴.

4. La neutralizzazione delle differenze e il dogma dell'autonomia privata.

Come sottolineato nel paragrafo precedente l'opzione di fondo che accompagna la pervasività, nel diritto dell'Unione, del principio di uguaglianza consiste in un atteggiamento di pregiudiziale neutralità rispetto alle differenze.

³² La Corte di giustizia non si sofferma invece sulla questione dell'eventuale esistenza di una discriminazione basata sull'età, a norma della direttiva 2000/78, trattandosi di questione non prospettata dal giudice nazionale *a quo* nell'ambito del rinvio pregiudiziale: Corte di giustizia, sent. 18 novembre 2010 cit., par. 44.

³³ La legge 23 ottobre 1992, n. 42, scrutinata dalla Corte di giustizia nella sentenza in esame pronunciata nel 2008, era stata in precedenza sottoposta, a varie riprese, al vaglio della Corte costituzionale italiana, la quale aveva sempre respinto ogni censura di incostituzionalità, in considerazione del fatto che la differenziazione legislativa era animata da un *favor* nei confronti delle donne, a compensazione degli eventuali svantaggi da sofferti nel corso della loro vita professionale.

³⁴ L'uguaglianza come spada: M. BARBERA, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, in *Riv. giur. lavoro previdenza sociale*, 2002, pp. 805-820. Sulle norme egualitarie E. HOLMES, *Anti-Discrimination Rights Without Equality*, in *Modern Law Rev.*, 2005, p. 175 ss.

È infatti «identità» la parola chiave sottesa ai molteplici strumenti elaborati in tale ambito in materia di non discriminazione³⁵.

L'approccio adottato in prevalenza, tendente a garantire uniformità di trattamento, non consente tuttavia di interpretare adeguatamente le istanze di chi è «differente» a causa del possesso di determinate qualità costitutive dell'identità personale (non solo genere, razza, religione, ma anche disabilità, età, orientamento sessuale...) e per tale ragione viene discriminato. Vi è ancora un passaggio evolutivo da compiere, affinché – con l'obiettivo di accordare importanza fondamentale al punto di vista dei diritti umani – il diritto dell'Unione accolga la differenza (anche) come valore³⁶.

L'attuale declinazione, ancora prevalente nel diritto antidiscriminatorio UE, dell'uguaglianza in termini di parità di trattamento appare – in una diversa prospettiva – funzionale a un sistema nel quale l'autodeterminazione individuale gioca un ruolo fondamentale a garanzia della libertà della persona. L'atteggiamento di tendenziale «indifferenza rispetto alle differenze» si traduce infatti in una legislazione che – al di là di un nucleo minimo e incomprimibile di regole uniformi – non discrimina né privilegia alcuna opzione, risultando così in linea di principio neutra rispetto alle scelte dei singoli.

Come sottolineato dall'Avvocato generale Maduro già in un caso risalente, tale impostazione valorizza la stretta correlazione tra il valore dell'uguaglianza, da un lato, e quello dell'autonomia della persona, dall'altro. In tale prospettiva la pari dignità di tutti gli individui trova tra l'altro affermazione attraverso il riconoscimento, in capo a ciascuno di essi, della possibilità di orientare la propria esistenza «attraverso una serie successiva di scelte tra diverse opzioni»³⁷.

³⁵ Nel modello antidiscriminatorio tradizionale il concetto di discriminazione (diretta) si riferisce a una situazione in cui la persona che lamenta di essere stata discriminata appare, in tutti gli aspetti rilevanti, eguale a quella cui si confronta e, nonostante ciò, subisce un pregiudizio.

³⁶ Per alcuni autori la riconduzione, nell'ambito della citata direttiva 2000 78, della «molestia a sfondo sessuale» al fenomeno discriminatorio, in quanto comportamento che ha lo scopo o l'effetto di violare la dignità della persona creando un clima «intimidatorio, ostile, umiliante, offensivo», sarebbe indice dell'emersione anche in ambito UE di un concetto di uguaglianza con una portata non limitata alla neutralizzazione delle differenze, con specifica attenzione ai soggetti distinti a causa di caratteristiche intrinseche e che per tale loro differenza subiscono un pregiudizio.

³⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro del 31 gennaio 2008, *Coleman* c. *Attridge Law* e *Steve Law*: «Al fine di determinare che cosa il principio di uguaglianza impone in ogni caso di specie, vale la pena di ricordare i valori ad esso sottesi. Si tratta della dignità umana e dell'autonomia della persona (par. 8). La dignità umana ricomprende, come contenuto minimo indispensabile, il riconoscimento del fatto che ogni essere umano ha uguale valore

Come appena sottolineato, il diritto antidiscriminatorio dell'Unione, considerato nella sua dimensione interindividuale, esprime dunque preferenza per una regolamentazione uniforme, tendenzialmente neutrale rispetto alle differenze, offrendo una cornice normativa essenziale, entro la quale l'autonomia privata può liberamente esplicarsi. Entro i limiti così tracciati l'uguaglianza, intesa come parificazione del trattamento giuridico, e la libertà, intesa come autonoma determinazione del singolo, sono percepiti come interdipendenti e fortemente sinergici nelle relazioni reciproche.

Il rischio insito in una disciplina essenzialmente attestata, nel riconoscimento dei diritti della persona, al paradigma dell'identità è tuttavia quello di condannare tutte le differenze all'irrilevanza sul piano giuridico, anche quando considerarle potrebbe essere funzionale alla promozione dei diritti di categorie di soggetti oggettivamente svantaggiati. Si tratta di una conseguenza estrema dalla quale, in un diverso ambito, il diritto sovranazionale ha invece saputo affrancarsi, formulando soluzioni talvolta particolarmente evolute. Il riferimento è alle norme dell'Unione in tema di diritto internazionale privato, cui sarà dedicata attenzione nel paragrafo seguente, a conclusione delle riflessioni svolte.

5. Norme UE sui conflitti di leggi ed emancipazione da una rigida equidistanza rispetto agli interessi in gioco.

Nella logica del diritto antidiscriminatorio dell'Unione, considerato nella sua dimensione interindividuale, esiste dunque una significativa correlazione tra uguaglianza, da un lato, e libertà di scelta, dall'altro. Si tratta di un aspetto che assume certamente rilievo anche nella diversa prospettiva delle regole di diritto internazionale privato d'origine comunitaria che, a tale proposito, offrono indubbi (ma, per lo più, meno coltivati) spunti di riflessione.

^[...] Un valore pertinente, ma diverso, è quello dell'autonomia della persona. Esso impone che i singoli siano in grado di determinare e di condurre la propria esistenza attraverso una serie successiva di scelte tra diverse opzioni. L'esercizio dell'autonomia presuppone che alle persone sia data una gamma di opzioni entro la quale scegliere (par. 9) [...] Riconoscere uguale valore ad ogni essere umano significa che occorre essere ciechi a considerazioni di questo tipo allorché si impone un onere su qualcuno o si priva qualcuno di un vantaggio. In altre parole, si tratta di caratteristiche che non dovrebbero giocare alcun ruolo quando si tratti di valutare se sia giusto trattare qualcuno in modo meno favorevole (par. 10). Analogamente, l'impegno a garantire l'autonomia significa che nessuno dev'essere privato di opzioni in settori di importanza fondamentale per la sua vita in ragione della sua appartenenza a una delle categorie sospette (par. 11)».

Anche con riguardo a quest'ultimo ambito d'indagine s'impone tuttavia – in ragione dei plurimi profili d'interesse – una selezione delle disposizioni sulle quali concentrare l'attenzione. Malgrado la loro indiscussa rilevanza ai fini di una riflessione sul tema dell'uguaglianza, non sarà così possibile trattare le questioni relative ai conflitti di giurisdizione³⁸ e, in merito a quelli di legge, occorrerà restringere l'analisi a non più di una categoria di rapporti soltanto, tra le molteplici contemplate dai regolamenti in materia.

A una prima valutazione il settore più emblematico nella prospettiva delineata parrebbe essere quello delle obbligazioni contrattuali, sul quale si è formato il primo nucleo di regole europee sui conflitti di leggi, trasfuso prima nella Convenzione di Roma del 1980 e poi nel Regolamento n. 593/2008, c.d. Roma I³⁹. Se la «libertà», intesa come autonoma determinazione della legge applicabile, è un tratto costante della disciplina prevista dai regolamenti di diritto internazionale privato, essa riceve infatti il riconoscimento più compiuto nei due strumenti appena citati, nella logica dei quali assume il rilievo di vera e propria 'pietra angolare' del sistema⁴⁰.

Il Regolamento Roma I offre dunque un osservatorio privilegiato al fine di accertare il grado di tensione tra (i) la pretesa dei privati di scegliere, in quanto utenti, il diritto più adatto a soddisfare le proprie esigenze, con il minimo possibile di interferenze eteronome, da una parte, e, dall'altra, (ii) l'esigenza di Stati membri e Unione di realizzare, anche limitando tale pretesa, le rispettive *policies* nei diversi ambiti di intervento⁴¹. Ma non soltanto. Tale Regolamento, con le sue norme di conflitto 'a considerazioni materiali', non si limita a fornire una regolamentazione differenziata con riguardo a particolari categorie di rapporti (come sempre avviene nel caso di norme conflitto specializzate), ma assolve (iii) l'obiettivo ulteriore di offrire una protezione rafforzata in favore di determinati soggetti (consumatore, lavoratore, assicurato). Il che avviene riequilibrando rapporti oggettivamente sbilanciati sul piano della forza contrattuale delle parti coinvolte, attraverso la previsione – tra l'altro – di un limite specifico all'altrimenti piena libertà nella scelta della legge applicabile, in linea di principio riconosciuta dalla disciplina in esame.

³⁸ S. Tonolo, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, Milano, 2011, spec. pp. 34-161.

³⁹ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *GUUE* L 177 del 4 luglio 2008, pp. 6-16.

⁴⁰ Per tutti, G. Carella, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazio*nale privato, Bari, 1999, passim.

⁴¹ Assumendo l'autoregolazione come possibile fonte di ingiustizia, si giustifica infatti un intervento pubblico in difesa dei più deboli e contro gli interessi egemonici dei più forti.

Proprio l'ultima osservazione svolta – quella per cui, in ambito contrattuale, il tentativo di portare 'giustizia', e dunque uguaglianza, nel rapporto⁴² passa attraverso una compressione del principio di libera autodeterminazione delle parti – rende tuttavia, nella prospettiva di questa riflessione, forse addirittura più interessante richiamare l'attenzione su un diverso settore, nel quale – al contrario – è un surplus di autonomia privata lo strumento affinato dal diritto UE per realizzare le finalità materiali perseguite. Una soluzione nei termini appena indicati si rintraccia nella norma di conflitto in materia di responsabilità per danno ambientale, codificata dall'art. 7 del Regolamento n. 864 del 2007, c.d. Roma II⁴³.

Il profilo che più caratterizza la norma ora richiamata, tanto da accordarle una fisionomia del tutto particolare nello stesso 'sistema' di regole di conflitto delineato dal Regolamento Roma II, è costituito dalla possibilità di una determinazione unilaterale della legge applicabile: in caso di *multi-State torts*, e dunque di dissociazione spaziale tra fatto causale e danno ambientale, l'art. 7 – in mancanza di una scelta concordata tra le parti⁴⁴ – riconosce infatti al soggetto leso la facoltà di optare per la *lex actus*, preferendola così alla *lex damni*, altrimenti applicabile in virtù della regola generale sancita in materia di illecito⁴⁵.

È dunque il peculiare ricorso all'autonomia privata a suggerire una qualificazione dell'art. 7 del Regolamento Roma II alla stregua di norma orientata a considerazioni di carattere materiale⁴⁶, con la precisazione, tuttavia, che queste ultime trascendono – senza contraddirla – la prospettiva meramente individuale. Per il tramite di un'opzione operata nell'interesse economico del danneggiato, tale disposizione fornisce infatti uno strumento indiretto di attuazione di ragioni di politica legislativa correlate alla tutela di un bene, l'ambiente, considerato nella sua dimensione anche collettiva.

Oltre agli obiettivi che tipicamente le sono propri, in quanto codificata in uno strumento di unificazione di norme di conflitto⁴⁷, la disposizione in

⁴² L. RAISER, *Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten*, Kronberg, 1977, p. 171 ss.

⁴³ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), in *GUUE* L 199 del 31 luglio 2007, pp. 40-48.

⁴⁴ A norma del successivo art. 14 del Regolamento Roma II.

⁴⁵ Così l'art. 4 del medesimo Regolamento Roma II.

⁴⁶ Si tratta del *content-oriented choice-of-law method*, fondato sulle note teorie statunitensi del *governmental interest analysis* (B. Currie), ovvero del *jurisdiction-selective*, *o state-selective*, *approach* (D. Carvers).

⁴⁷ Il Regolamento Roma II sottolinea, al considerando 6, che le norme di conflitto da esso

esame persegue dunque finalità ulteriori, connotate in senso pubblicistico oltre che materiale. Il rinvio, disposto dal considerando 25 del Regolamento, all'art. 174 CE, oggi 191 TFUE, offre una sorta di copertura «costituzionale» all'art. 7, funzionalizzandolo agli obiettivi perseguiti dall'Unione mediante la disposizione richiamata⁴⁸ e identificando così nell'elevato livello di tutela ambientale il principio (riaffermato oggi anche dalla Carta dei diritti fondamentali)⁴⁹ in funzione del quale è stata modellata la soluzione internazional-privatistica accolta. Ed è proprio in questa logica che, in misura almeno prevalente se non esclusiva, viene giustificato il ricorso al *Günstigkeitsprinzip* e dunque l'impiego della tecnica basata sul trattamento favorevole per la parte lesa⁵⁰.

Sotto un diverso profilo, l'art. 7 non riserva al giudice alcun spazio di «correzione», alla luce delle specificità del caso ed in applicazione del principio di prossimità, della localizzazione conseguita sulla base del criterio oggettivo, quello del *locus delicti*, contemplato da tale disposizione. Nell'ambito della norma speciale di conflitto si rinuncia così – in vista di altri obiettivi, considerati preminenti – a quell'esigenza di flessibilità che la norma generale

previste perseguono «la prevedibilità dell'esito delle controversie giudiziarie, la certezza circa la legge applicabile e la libera circolazione delle sentenze».

⁴⁸ L'art. 7 del Regolamento Roma II viene così correlato ai principi (di rilievo non meramente privatistico) che – in base a quanto precisato nello stesso considerando 25 – concorrono alla realizzazione dell'obiettivo di elevata tutela ambientale che viene posto al centro della disposizione in esame: si tratta, oltre a quello desumibile dal brocardo «chi inquina paga», dei principi di precauzione, di azione preventiva e di correzione, in via prioritaria, alla fonte. In tale prospettiva l'art. 7 (i) si presta a contrastare l'esportazione di esternalità negative da parte delle imprese che intendono trarre profitto dalle politiche di *dumping* ambientale praticate dagli Stati, svolgendo una specifica funzione sul piano della *governance* economica. In ragione della sua appartenenza al diritto dell'Unione, tale disposizione, altresì, (ii) può operare come strumento indiretto di attuazione di una politica comune degli Stati membri, quella definita nel Titolo XX TFUE, in vista della quale essa (iii) contribuisce a svolgere una funzione di regolazione, specificamente orientata, della concorrenza tra ordinamenti.

⁴⁹ Il riferimento è all'art. 37 della Carta.

⁵⁰ Affermato inizialmente dalla giurisprudenza, il *Günstigkeitsprinzip* è stato codificato nell'ordinamento tedesco dalla legge 21 maggio 1999, recante norme di diritto internazionale privato in tema di obbligazioni extracontrattuali e di diritti reali: la norma generale di conflitto in materia di illecito (l'art. 40.1 EGBGB) consente infatti al danneggiato – nei casi in cui non debba trovare applicazione il regolamento Roma II – di scegliere la *lex loci damni*, che risulta pertanto applicabile a preferenza della legge del luogo in cui si è verificato l'evento generatore, in prima battuta richiamata da tale disposizione. Su tale principio P. Hay, *From Rule-Orientation to «Approach» in German Conflicts Law*, in *Am. Journal Comp. Law*, 1999, pp. 633-652.

persegue attraverso la clausola di salvaguardia⁵¹. È dunque la previsione della facoltà di opzione in favore della legge dell'azione a corredare la norma speciale di un (limitato) margine di flessibilità, introducendo una possibile alternativa rispetto all'altrimenti meccanica applicazione della legge del luogo di materializzazione del danno, indicata in via principale.

L'art. 7 del Regolamento Roma II, affidando al danneggiato la valutazione in ordine all'opportunità di rendere applicabile, mediante un'opzione in tal senso, una legge diversa rispetto a quella altrimenti applicabile, formula una norma di conflitto improntata al *favor laesi*⁵² e dunque palesemente non equidistante rispetto alla posizione delle parti coinvolte nella relazione, in vista dei diversi, sinergici obiettivi sinteticamente indicati. Per il tramite di tale disposizione il diritto dell'Unione sembra dunque superare la difficoltà – ancora così attuale ed evidente, invece, nel diritto materiale antidiscriminatorio, come più volte sottolineato – a emanciparsi dal dogma del trattamento indifferenziato preservando, al contempo, il valore della libertà, intesa come autodeterminazione dei privati, proprio in un ambito, quello delle norme di conflitto, tradizionalmente (ma forse ingiustamente) considerato poco sensibile alle *policies* di carattere materiale.

⁵¹ Si tratta del par. 3 del già citato art. 4 del Regolamento Roma II. L'eventuale revisione dell'art. 7 mediante l'inclusione *de iure condendo* di una clausola di salvaguardia che il giudice dovrebbe eventualmente applicare allo scopo di individuare la soluzione più funzionale rispetto all'obiettivo materiale di tutela dell'ambiente appare tuttavia difficilmente compatibile con la disposizione in esame. Infatti, in primo luogo, una soluzione di questo tipo finisce per assecondare le tendenze legeforiste spesso manifestate dalle giurisprudenze nazionali anche, e in particolare, in materia di illecito; in secondo luogo, tale soluzione promuove un impiego della clausola in esame per finalità materiali, in contrasto con la finalità localizzatrice che invece le è tradizionalmente propria: per tutti, P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des Cours*, 1986, t. 196, p. 123.

⁵² «In materia di danni all'ambiente, l'articolo 174 del trattato [oggi art. 191 TFUE], il quale si prefigge un elevato livello di tutela fondata sui principi di precauzione e di azione preventiva, sul principio di correzione, in via prioritaria alla fonte, e sul principio "chi inquina paga", giustifica pienamente il *ricorso al principio del trattamento favorevole per la parte lesa*. Il momento in cui la persona che chiede il risarcimento può effettuare la scelta in merito alla legge applicabile dovrebbe essere determinato in conformità della legge dello Stato membro in cui il giudice è adito»: così, testualmente, il richiamato considerando 25 del Regolamento Roma II.

PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA ED ESERCIZIO DELLA GIURISDIZIONE

Nicolò Lipari*

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'eguaglianza come risultato da conseguire. – 3. Il processo applicativo del principio di eguaglianza. – 4. Il raccordo tra principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione. – 5. L'ottica del giudice costituzionale. – 6. Un diritto diseguale. Conclusioni e un auspicio.

1. Premessa.

Sono particolarmente grato agli amici genovesi per aver organizzato questo incontro perché, a mio giudizio, incide su quello che considero il nodo cruciale dell'esperienza giuridica del nostro tempo, un nodo che continua invece a rimanere sotto traccia nelle riflessioni dei nostri giuristi e, ancor di più, nelle applicazioni giurisprudenziali. Il tema è decisivo perché consente di verificare la necessità di coniugare in concreto diritto e giustizia. È questo il tema al quale ho dedicato il mio ultimo libro 'Elogio della giustizia'¹ ed è un tema che qui non intendo sfiorare, consapevole che la conclusione dovrà comunque essere tratta da quel che vi dirò.

Mi ritengo, per quanto attiene al tema dell'eguaglianza, un precursore, perché – all'inizio dei preistorici anni Settanta – avviai, con alcuni amici dell'Università di Bari, una innovativa esperienza didattica, che coraggiosamente si proponeva, rompendo con la tradizione del dogmatismo codicistico, una rilettura dell'intero impianto del codice civile alla luce dell'art. 3 cpv. della nostra Costituzione: una prospettiva volta a rompere gli schemi costrittivi del vecchio dogmatismo, figlio della codificazione, per aprire finalmente una finestra sulla prospettiva di un diritto che non fosse soltanto figlio del potere costituito. La proposta suscitò allora un ampio dibattito, ma bisogna onestamente riconoscere che quel fermento si è venuto stemperando nel tempo, sovrastato dalla forza condizionante delle vecchie categorie e dal

^{*} Professore emerito di Diritto civile, Università di Roma La Sapienza. Il testo è la trasposizione scritta della relazione tenuta a Genova il 15 ottobre 2021, nell'ambito del convegno conclusivo dell'attività didattica dottorale relativa all'a.a. 2020/2021.

¹ N. Lipari, *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021.

convincimento, ancora fortemente radicato fra i giuristi, che oggetto della loro analisi sia un sistema di enunciati, non l'articolato svolgimento di una prassi. Quali che siano i rigurgiti del c.d. nichilismo giuridico, contro il quale continuo tenacemente a battermi, il tema dell'eguaglianza ci riporta al fondamento della giuridicità, perché è ovvio che negherebbe se stesso un diritto che constatasse di non poter far altro che registrare le disuguaglianze.

È proprio attraverso il filtro di una concreta attuazione del principio di eguaglianza che si misura il passaggio – consumatosi nell'ultimo mezzo secolo – del diritto da scienza teoretica a scienza pratica, da una scienza cioè che assume un oggetto definibile a priori in un contesto normativo, a una scienza che invece dialoga con una realtà in movimento, nella quale è inesorabilmente implicato anche l'operatore. Uno dei nostri più rappresentativi giuristi, Natalino Irti, ancora di recente ha affermato che «esperienza giuridica è propriamente il giudizio che si fa in base alle norme, un guardare alla realtà nella prospettiva del comando»². È chiaro che, se si ragiona secondo un paradigma di questo tipo, il discorso sull'eguaglianza non andrà al di là di una mera enunciazione formale: un predicato astratto, non un vissuto concreto. Il tentativo che cercherò di svolgere in questa relazione si muove in un'ottica radicalmente opposta.

2. L'eguaglianza come risultato da conseguire.

Il riferimento al principio di eguaglianza è inevitabilmente carico di suggestioni, lo si intenda come realtà o come speranza, come verità o come programma rivoluzionario. In una prospettiva storica esso è stato volta a volta inteso come un necessario punto di partenza di qualsiasi assetto sociale, come un tendenziale punto di arrivo da conquistare o addirittura come traguardo rivoluzionario che implicasse una radicale ristrutturazione della società. La stessa idea di diritto, laddove inteso come volto a conseguire un risultato di giustizia, si raccorda al principio di eguaglianza, perché, come è stato giustamente rilevato – sulla traccia indicata da Kant e poi ribadita da Fichte – una teoria del diritto è concretamente possibile solo in una società di uomini egualmente liberi, e cioè capaci di un concreto rapporto paritario. Dalle Carte della Francia rivoluzionaria alle moderne costituzioni degli Stati di diritto l'affermazione che tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge appare ormai scontata, quasi un riferimento ovvio. Questa evidenza, tuttavia, si esaurisce nella formalità dell'enunciazione, essendo ancora molto varia l'articolazione in cui la dottrina e la giurisprudenza dei diversi paesi intendono e quindi

² N. Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, p. 20.

attuano il principio di eguaglianza. Talora in maniera netta, talaltra con diverse intersezioni e sovrapposizioni, si distingue l'eguaglianza come progetto di legislazione dall'uso di tale principio come norma generale dell'attività di esecuzione e segnatamente della discrezionalità amministrativa e infine, nella sua massima affermazione, come presupposto giustificativo della legge e quindi come carattere dell'intero sistema normativo.

Con riguardo a quest'ultimo profilo il nostro ordinamento costituzionale si caratterizza peraltro per una specificazione esclusiva. Non si limita ad enunciare l'eguaglianza in termini formali, ma afferma, all'art. 3 cpv., che «è compito della Repubblica» (quindi di tutte le sue articolazioni istituzionali, ivi compresa la giurisdizione) rimuovere gli ostacoli che limitano «di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini». La nostra cultura giuridica (e segnatamente quella universitaria) ha sempre sistematicamente rifiutato ogni tentativo di intendere il procedimento interpretativo alla luce di questo rivoluzionario dettato. Per quanto possa sembrare paradossale, quella norma ha finito per apparire, anche alla dottrina apparentemente più aperta, come l'unica disposizione veramente programmatica della nostra Carta costituzionale, risultando, a ben vedere, insuscettibile di una applicazione diretta. Nella corrente valutazione dei costituzionalisti la norma dell'art. 3 cpv. sembra avere un valore semplicemente direttivo, senza incidenza sulla disciplina concreta dei casi specifici e quindi sull'esercizio della giurisdizione.

Nell'ottica dei costituenti l'eguaglianza non è solo un principio da affermare, ma un risultato da conseguire. Se così è, l'alternativa tra interpretazione per principî e interpretazione per fattispecie, intorno alla quale tanti dibattiti si vanno consumando, non può esaurirsi, per quanto attiene all'attuazione del principio di eguaglianza, nelle modalità di svolgimento di un procedimento, ma nell'analisi degli strumenti idonei a raggiungere un traguardo che si reputa essenziale e ineludibile. Certo il riferimento a principi sembra in apparenza consentire una maggiore duttilità, ma si tratta pur sempre di un'apparenza. Se il problema è attingere, per quanto possibile, il risultato dell'eguaglianza, questo incide comunque sulla consistenza della fattualità. Nel primo caso si tratterà di intendere il principio in maniera tale che implichi anche la vicenda concreta che si tratta di disciplinare; nel secondo si tratterà invece di ricostruire la fattispecie secondo confini tali da consentirne la tutela. Ovviamente è più probabile che, operando con questo secondo paradigma, il giudice si trovi di fronte alla necessità di sollevare la questione di costituzionalità della norma che si tratta di applicare ove tale applicazione conduca ad un esito di diseguaglianza, ma non si può escludere che egli possa conseguire il risultato anche secondo un'interpretazione conforme a costituzione. E ciò senza che si debba paventare – come suppone Luciani – che in tal modo si trasformi in un diffuso sindacato di costituzionalità ciò che all'origine era stato concepito come un giudizio accentrato.

3. Il processo applicativo del principio di eguaglianza.

A scanso di equivoci, va immediatamente accantonata la tesi proposta da D'Amico, secondo la quale anche le norme costituzionali dovrebbero ritenersi dotate di fattispecie, in quanto non si limitano ad enunciare valori assoluti (riconducibili potenzialmente a qualunque situazione), ma principi, che sono quindi riconducibili a situazioni circoscritte oltre ad essere soggetti ad un bilanciamento con altri principi. È chiaro che qui è necessario non avvitarsi nell'uso delle parole. L'ottica della fattispecie suppone un'alternativa fra mezzi tutti concretamente offerti dal legislatore, quella dei principi si limita ad una indicazione di fini, senza specificazione degli strumenti idonei ad attuarli. Nella sua accezione tradizionale, la fattispecie, che letteralmente suona come figura o apparenza del fatto, viene intesa come causa degli effetti, con la conseguenza che «essenziale ad una sua corretta attuazione sia l'esatta determinazione degli elementi della fattispecie, cioè del materiale da analizzare» (Cataudella)³. Che, ad esempio, nel testo costituzionale la 'funzione sociale' sia riferita alla proprietà significa solo che quel valore (o principio, come lo si voglia chiamare) non dovrà essere valutato esclusivamente nel rapporto del titolare con il bene, ma in un'ottica che implichi anche soggetti estranei a quel rapporto, senza in alcun modo definirne le modalità applicative. A ciò si aggiunga che nel testo costituzionale sono spesso indicati principi suscettibili di un ambito applicativo praticamente indefinito: si pensi al principio di solidarietà di cui all'art. 2, che la Corte ha utilizzato sia per giustificare la tutela delle unioni omosessuali, sia per incidere sul contenuto di contratti in cui l'attuazione di clausole, pur formalmente legittime, avrebbe condotto ad un risultato di oggettiva spereguazione a danno di uno dei contraenti. D'altra parte, la stessa astratta possibilità di sottoporre ciascun principio ad un bilanciamento con altri principi esclude la possibilità di configurare in astratto una fattispecie, sia pure a maglie larghe, perché introduce volta a volta nella determinazione dei confini del fatto circostanze imprevedibili, suscettibili di determinare alternativamente l'operatività o la paralisi del principio da bilanciare. Come aveva giustamente evidenziato Mengoni⁴, i principi costituzionali, giuridicizzando valori morali, si sottraggono, per loro natura, ad ogni riconducibilità entro i confini della fattispecie.

³ A. Cataudella, voce *Fattispecie*, in Enc. dir., XVI, Milano, 1967, p. 941.

⁴ L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, p. 7 ss.

Per intendere il ruolo del giudice nel processo applicativo del principio di eguaglianza, specie assumendo questo principio nel necessario raccordo tra i due commi dell'art. 3, io credo ci si debba liberare, ancora una volta, dalla forza costrittiva delle vecchie categorie, al fine di conseguire quel risultato concreto che il costituente ha posto come traguardo necessario. Quel che mi sembra essenziale evidenziare, nonostante le persistenti resistenze della cultura giuridica sul punto, è che il disegno tratteggiato nel cpv. dell'art. 3 non appartiene soltanto ad un astratto futuribile, ma qualifica il ruolo inderogabile del nostro complessivo assetto costituzionale e quindi anche la funzione istituzionale della giurisdizione. Ovviamente il vero problema sorge al di fuori dei casi in cui l'effetto di disuguaglianza può essere paralizzato in radice (nullità del contratto per mancato rispetto degli obblighi di informazione nel corso delle trattative precontrattuali, per pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o per situazioni di dipendenza e simili), fermo restando che è da escludere, per quanto analitiche possano essere le previsioni del legislatore, che la legge possa esaurire tutte le potenziali situazioni di disuguaglianza. Ogni ingiustizia in chiave di disuguaglianza si palesa con le peculiarità di un caso.

4. Il raccordo tra principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione.

Quel che mi sembra essenziale chiarire è che, nell'intento dei costituenti, i due commi dell'articolo 3 implicano una necessaria integrazione, senza possibilità di collocare il primo nel quadro delle regole direttamente attuabili e il secondo sul terreno, molto più sfumato e generico, di un programma d'azione indirizzato al futuro legislatore. Se cioè si ammette che il giudice, di fronte ad un risultato applicativo che gli appaia, anche in funzione delle condizioni del destinatario, oggettivamente ingiusto, non abbia altra via che quella di sollevare una questione di costituzionalità della norma che è chiamato ad applicare, il principio dell'eguaglianza sostanziale finisce per svuotarsi perché si consegue il medesimo risultato al quale si sarebbe pervenuti in base al richiamo classico all'eguaglianza formale. Che la differenza risulti enunciata nella previsione legislativa o che emerga in sede applicativa, in entrambi i casi l'affermazione del principio di eguaglianza esige che essa sia riconosciuta.

Contrapporre una uguaglianza di principio ad una uguaglianza di fatto significa, a mio giudizio, evidenziare una radicale diversità. L'uguaglianza formale di cui alle affermazioni classiche tende a sanzionare discipline normative che regolino in maniera difforme situazioni formalmente identiche

o, reciprocamente, che regolino in maniera identica situazioni formalmente difformi. Il riferimento al 'fatto' lascia invece intendere che vi possa essere un modo di ripianare, in sede applicativa, la disuguaglianza che si consumerebbe applicando in maniera miope un testo di legge, che pure nella sua enunciazione formale non aveva ipotizzato alcuna disparità. Muove cioè dal presupposto che il paradigma astratto (proprietario, acquirente, contraente, consumatore ecc.) non sia di per sé sufficiente se non si valutano in concreto le condizioni del soggetto che ne risulta investito. Può quindi accadere che un provvedimento (amministrativo o giurisdizionale) debba essere diversamente cadenzato in relazione alle peculiarità del soggetto cui si indirizza. solo così realizzando un'eguaglianza che altrimenti l'applicazione (formale) della legge finirebbe per frustrare. In sede amministrativa, tuttavia, un risultato equilibrato può astrattamente conseguirsi trincerandocisi dietro l'elasticità del concetto di discrezionalità amministrativa. Più difficile un simile procedimento appare in sede giurisdizionale, essendo la discrezionalità del giudice assunta come una patologia che va semmai combattuta.

Oui sta, a mio avviso, la delicatezza del raccordo tra principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione, un raccordo che va cercato rompendo i condizionamenti di vecchie sedimentazioni concettuali. È fisiologico che il giudice si trinceri dietro il richiamo a principi o a clausole generali per superare un'impasse che gli risulterebbe altrimenti irresolubile. Il riferimento all'abuso del diritto, ad esempio, spesso discende dalla constatazione che l'obbligo (o addirittura la soggezione) che a quel diritto si contrappone implicherebbe una situazione di oggettiva disuguaglianza ove ritenuta operante nei modi del suo riconoscimento formale. Si tratta talvolta, a ben vedere, di un mero espediente argomentativo. Si potrebbe analogamente sostenere, facendo applicazione diretta dell'art. 3 cpv., che, essendo chiamato il giudice ad applicare la legge ad una situazione concreta in cui le condizioni del soggetto implicato non corrispondono a quelle astrattamente previste (o comunque prevalentemente operanti in sede applicativa), trovandosi invece questi in una situazione deteriore, è necessario tener conto del 'fatto', assumendolo come capace di dare alla previsione astratta una diversa valenza concreta.

Fermo restando che la previsione di cui all'art. 3 cpv. diventa determinante per stabilire la legittimità costituzionale di una norma che in sede applicativa finisca per determinare un risultato di disuguaglianza, il problema consiste nello stabilire se sia consentito al giudice, oltre che – com'è ovvio – sollevare la questione di costituzionalità, anche svolgere, nella logica di un'interpretazione conforme a costituzione, una sua applicazione commisurata alla disuguaglianza di fatto, così realizzando la parità non in sede enunciativa ma applicativa.

5. L'ottica del giudice costituzionale.

Si deve comunque ammettere che il problema della rilevanza diretta del principio di cui al secondo comma dell'art. 3 cost. è rimasto sotto traccia nella nostra cultura giuridica. È opinione diffusa quella secondo la quale il *tertium comparationis*, al quale deve essere ragguagliata la relazione binaria tra norma impugnata e parametro costituzionale ai fini del giudizio di eguaglianza, non può che avere carattere normativo con conseguente irrilevanza della disuguaglianza di fatto. Il principio di eguaglianza sostanziale è talora invocato dalla Corte quale fondamento giustificativo delle deroghe apportate al principio di eguaglianza formale o ad altre norme costituzionali. Non mancano tuttavia esempi, ancorchè del tutto isolati, nei quali la considerazione dei rapporti di fatto sottostanti alla disciplina legislativa viene assunta in una chiave concettuale e logica autonoma rispetto alle motivazioni fondate sul primo comma dell'art. 3, così da acquisire una distinta rilevanza ai fini del giudizio di illegittimità costituzionale.

Per rispettare i rigorosi limiti di tempo che mi sono stati concessi non posso qui entrare in una puntuale analisi della (peraltro non massiccia) giurisprudenza della Corte sul punto. Mi sembra comunque doveroso segnalare che il riferimento al cpv. dell'art. 3 è rimasto prevalentemente sullo sfondo nella giurisprudenza della Corte, pur non potendosi escludere che, anche quando la disuguaglianza di fatto non abbia operato da ragione giustificativa dell'illegittimità costituzionale, essa abbia potuto in concreto incidere per orientare i percorsi argomentativi del giudice costituzionale o la selezione assiologica delle conseguenze della decisione. È rimasta quindi del tutto minoritaria la posizione di chi, assegnando al secondo comma dell'art. 3 funzione «mediatrice tra il mondo delle scelte politiche e la sfera dei valori costituzionali» (Volpe), ha ipotizzato che esso avrebbe dovuto imporre una forma di controllo diretta non semplicemente a verificare la razionalità interna o la coerenza sistematica delle scelte legislative, ma la loro strumentalità rispetto a fini di promozione sociale, fermo ovviamente restando che una simile valutazione non può che discendere dal modo di atteggiarsi della situazione fattuale, anziché dalla struttura della previsione normativa.

Comprendo bene che un giudizio del genere riferito all'integralità di una scelta legislativa potrebbe determinare il rischio di una intersezione del giudizio di costituzionalità con le scelte politiche rimesse al legislatore ordinario, anche se non sarebbe difficile cogliere negli svolgimenti di molte motivazioni della Corte (pur senza possibilità di ricostruire i tragitti della camera di consiglio) la sostanza di un fondamento che, al di là delle giustificazioni finali, affonda le sue radici in ragioni di giustizia sostanziale. Al di là

delle motivazioni tecniche è stata questa, comunque, la chiave con la quale molte decisioni della Corte sono state recepite dalla comunità di riferimento. Quel che mi sembra in ogni caso opportuno evidenziare è che, ove il richiamo al secondo comma dell'art. 3 non fosse ritenuto sufficiente a sanzionare la radicale illegittimità della norma, questa consentirebbe comunque sempre al giudice di farne un'applicazione conforme a costituzione, facendo sì che l'effetto subìto dal destinatario sia oggettivamente conforme a quello di altri e quindi scontando l'eventuale differenza dei punti di riferimento oggettivi. Se così non fosse, il raccordo tra i due commi dell'art. 3 perderebbe significato perché, laddove la disparità non emerga da un dato formale, l'esperienza giuridica non farebbe che ratificare le disuguaglianze di fatto, con ciò vanificando il principio fondativo di cui al secondo comma. Esito tanto più paradossale nella stagione del postmoderno, che tende ad evidenziare sempre nuove diversità.

Viola (in uno scritto significativamente intitolato, pur con un finale punto interrogativo, ad una 'teoria deliberativa della giurisdizione') coglie uno snodo essenziale del problema quando ammonisce sulla dissociazione che nel processo storico si è venuta a determinare tra «un'eguaglianza intesa come generalità del precetto legislativo e un'eguaglianza configurata come giustificabilità della discriminazione e quindi come ragionevolezza», specificando che «oggi il problema centrale è quello della tipizzazione di questi giudizi di ragionevolezza»⁵. È chiaro, tuttavia, che si tratta di una tipizzazione che non potrà essere compiuta a priori in chiave di fattispecie, ma solo a posteriori sulla base di una serie conforme di pronunce giurisprudenziali.

Il concorso di tutti gli assetti istituzionali per realizzare il traguardo di cui al cpv. dell'art. 3 non può evidentemente escludere il momento giurisdizionale. Né varrebbe in tal caso la consueta accusa di chi assume che si finirebbe in tal modo per assegnare al giudice un potere spropositato, perché, a prescindere dal rilievo che la norma sull'eguaglianza sostanziale ha pari dignità rispetto a quella del comma precedente sull'eguaglianza formale, rimane il dato decisivo che le disuguaglianze di fatto sono quelle più direttamente esposte al controllo sociale e quindi più facilmente motivabili, quando diventano criterio giustificativo della soluzione concreta, in chiave di ragionevolezza e di argomentazione persuasiva.

Se, nell'ottica del giudice costituzionale, la disuguaglianza di fatto, laddove non giustifichi *ex se* l'illegittimità costituzionale delle norme impugnate, può diventare criterio di orientamento per una soluzione altrimenti motivata,

⁵ F. Viola, *Una teoria deliberativa della giurisdizione?*, in Ars interpretandi, 2018, p. 13 ss. (in particolare, p. 20).

per il giudice ordinario, chiamato ad applicare la norma nella maniera più egualitaria possibile, la comparazione fra situazioni diverse può indurlo a dare alla norma una diversa cadenza applicativa in funzione delle condizioni del destinatario. Anche in mancanza della concreta utilizzazione di una clausola generale (e sarebbe superfluo qui ricordare l'uso che della buona fede è stato fatto nella disciplina dei rapporti di fonte contrattuale) lo consente il riferimento alla valenza assorbente del principio costituzionale. L'ottica dei costituenti si è mossa in una direzione radicalmente opposta rispetto a quella di chi pensasse ad una accentuata individualizzazione della legislazione, che dovrebbe rincorrere costantemente le differenze fattuali, anche le più insignificanti, per assicurare a ciascuna situazione o rapporto la più peculiare disciplina.

6. Un diritto diseguale. Conclusioni e un auspicio.

È ovvio che il punto di equilibrio fra i due commi dell'art. 3 si può cogliere solo nel momento applicativo e trova quindi nella sede giurisdizionale il suo più significativo punto di emersione. Sarebbe improprio e temerario pretendere di delineare le modalità di tale emersione secondo paradigmi astratti. È inevitabile che il giudice costituzionale continui ancora ad oscillare, nella varietà di modelli argomentativi, tra soluzioni di illegittimità costituzionale legate allo squilibrio fattuale che un'applicazione della norma determinerebbe in funzione dei rapporti di fatto sottostanti alla disciplina legislativa, ed altre più genericamente giustificate, in chiave di ragionevolezza, da ragioni di giustizia sostanziale. Analogamente è inevitabile che il giudice ordinario continui, a volta a volta, in funzione delle peculiarità del caso, a cercare un punto di equilibrio tra la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma la cui applicazione determinerebbe a suo avviso un esito di oggettiva disuguaglianza e la possibilità di risolvere in concreto il problema attraverso un riequilibramento della situazione con il ricorso ad uno degli strumenti che l'ordinamento gli offre. Lo strumentario del quale si varrà la giurisprudenza ordinaria per conseguire un simile risultato potrà essere il più vario e non è da escludere, come suppone Scoditti⁶, che ciò possa anche implicare un recupero della tecnica della fattispecie, per esempio assegnando a talune previsioni normative un ambito più puntuale e specifico. Quel che è certo è che si tratta di un tragitto il cui traguardo è inesorabilmente tracciato

⁶ E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in Questione giustizia, dicembre 2019

nell'ottica dell'art. 3 cpv. Un traguardo che non sarà raggiunto – come da qualcuno si teme – in un quadro di inclinazioni soggettive o immotivate suggestioni assiologiche, ma in un contesto ordinamentale che il nostro assetto costituzionale rende molto solido e che la comunità dei giuristi deve concorrere a rendere comprensibile ed accettabile a tutta la collettività sociale.

Nella chiave del nostro disegno costituzionale dobbiamo cominciare a comprendere e a far capire perché, se la legge è uguale per tutti, il diritto deve essere inesorabilmente diseguale. Un'interpretazione coordinata dei due commi dell'art. 3 conduce inevitabilmente a questo risultato. Qui non si tratta, a mio avviso, di contrapporre Stato di diritto e Stato sociale, collocandoli su piani sostanzialmente paralleli, ma di intendere che, se il diritto è funzionale ad un risultato di giustizia, non si potrà mai dare attuazione ad una norma che determini oggettivamente un risultato valutabile in chiave di diseguaglianza. Assegnare cioè l'eguaglianza formale allo Stato di diritto e quella sostanziale allo Stato sociale, intendendo la prima attuata in un enunciato, la seconda quale semplice prospettiva di un traguardo futuro, significa, a mio giudizio, svuotare dal di dentro quella che personalmente considero la norma fondante dell'intero impianto costituzionale, il principio che ha dato vita al nostro assetto democratico nella sintesi fra le tre culture (quella cattolica, quella liberale e quella socialista), sintesi emblematicamente evidenziata nell'uso delle tre espressioni – «persona», «cittadino», «lavoratore» – che il cpv. dell'art. 3 riferisce ovviamente al medesimo soggetto. Il giudice non potrà che trovarsi di fronte ad un'alternativa; o ritenere quella attuazione impraticabile in chiave di costituzionalità, sollevando quindi la relativa questione innanzi alla Corte, ovvero ritenere che sia possibile una sua applicazione differenziata in relazione alle peculiari condizioni del destinatario, ammettendo quindi che la previsione legislativa sia suscettibile di essere modulata in relazione alla situazione oggettiva del destinatario. Né varrebbe opporre che un comportamento di questo tipo da parte della giurisdizione finirebbe per «sottrarsi al principio di legalità sostanziale» (come sembra supporre Paladin⁷), perché il problema allora si sposta sul modo di intendere il principio di legalità. Alla legalità in senso formale della tradizione del positivismo si è venuto oggi sostituendo – nell'ottica del diritto come scienza pratica – un modo di intenderla nella chiave di una prassi volta ad un risultato di giustizia. Non è senza significato il fatto che un'opera come l'Enciclopedia del diritto abbia avvertito la necessità, dopo aver proposto la voce 'Legalità, principio di' di Sergio Fois, voce che si concludeva avvertendo la tendenziale contraddizione

⁷ L. Paladin, voce *Eguaglianza, diritto costituzionale*, in Enc. dir., XIV, Milano, 1965, p. 549.

tra il vecchio concetto positivistico di legalità e l'idea di effettività del diritto, di proporne, a distanza di oltre quarant'anni, una nuova affidata a Vogliotti, che invece argomenta di una legalità come εὐπραξία, cioè come prassi indirizzata ad un risultato di giustizia. Il fatto stesso, comunque, che si ammetta la possibilità, a distanza di lustri, di ripensare la legalità all'interno di un ordinamento giuridico definito, fa capire che la sua idea non può essere assunta come presupposto, ma semmai come risultato, del modo stesso di intendere una determinata esperienza giuridica (che non può quindi essere ricondotta a quel modello riduttivo ipotizzato da Irti, del quale dicevo all'inizio). La preveggenza dei costituenti, che induceva a spostare il fulcro dell'attenzione dal presupposto enunciativo all'esito applicativo, può dirsi che abbia anticipato una prospettiva che l'esperienza giuridica tende ormai ad acquisire, sia pure incontrando ancor oggi le resistenze di una vecchia cultura giuridica. Da qui l'importanza – che non posso conclusivamente che ribadire – di un incontro come quello odierno. La mia generazione ha fatto quel che poteva fare, affrontando non poche resistenze e conflitti. Oggi il testimone è passato nelle mani della nuova generazione di giuristi. Mi auguro che abbiano quanto meno un coraggio paragonabile a quello di alcuni dei loro maestri.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE, CANONE DI NON DISCRIMINAZIONE E PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Davide Ponte*

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'algoritmo nella burocrazia. – 3. Approdi della giurisprudenza in tema di algoritmo e procedimento amministrativo. – 4. Algoritmo e diritti fondamentali. – 5. Intelligenza artificiale, algoritmi e ADR.

1. Premessa.

Esiste un rapporto molto stretto fra diritto e tecnologia, tra diritto e attività umane che, sfruttando le acquisizioni della scienza, creano nuovi mezzi o strumenti per 'migliorare' le condizioni di vita dell'uomo. Fecondazione artificiale e brevettabilità di nuove specie animali son casi evidenti, ma anche la rivoluzione informatica è una novità che impone al diritto di adeguarsi. Ciò riguarda ogni evoluzione umana, ad esempio anche la parola e la scrittura sono state una evoluzione tecnologica.

Nella rivoluzione informatica e digitale il tema dell'intelligenza artificiale ha assunto un ruolo fondamentale perché l'aiuto tecnologico può essere visto come del tutto sostitutivo dell'uomo.

L'idea di fondo dell'Intelligenza Artificiale è piuttosto semplice: sviluppare delle macchine dotate di capacità autonome di apprendimento e adattamento che siano ispirate ai modelli di apprendimento umani.

Alla base dell'*Artificial Intelligence* ci sono algoritmi, tecniche computazionali, soluzioni, in grado dunque di replicare il comportamento umano.

2. L'algoritmo nella burocrazia.

Il ruolo del Consiglio di Stato, dinanzi al carattere relativamente giovane del diritto amministrativo¹ e anche per questo così mutevole, nonché all'evoluzione del potere delle Autorità nelle moderne società, assume un rilievo

^{*} Consigliere di Stato.

¹ S. Cassese, *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Milano, 2010.

fondamentale anche dinanzi alla capacità dimostrata di tenere il passo con le nuove frontiere del diritto. Ciò viene perseguito inquadrando le nuove sfide nell'ambito dei principi dell'ordinamento, contribuendo contestualmente all'evoluzione ed alla piena vitalità degli stessi, sia in relazione ad ambiti realmente innovativi, sia rispetto all'evoluzione di ambiti già tradizionalmente affrontati e che tuttavia sono chiamati a nuove sfide.

Sul primo versante si colloca la giurisprudenza in materia di utilizzo dell'algoritmo, e più in generale della c.d. intelligenza artificiale, nell'ambito dell'attività amministrativa.

La digitalizzazione della vita privata come di quella pubblica costituisce un dato ormai consolidato. La necessità di convivere con tali dirompenti novità spinge i giuristi alla ricerca dei relativi inquadramenti. D'altronde il diritto è la regolazione dei fenomeni umani e sociali, l'informatizzazione della società è evidente e rapida, quindi il diritto non può che intervenire, specie il diritto dell'autorità.

Un algoritmo è una strategia che serve per risolvere un problema ed è costituito da una sequenza finita di operazioni (dette anche istruzioni) che consente di risolvere tutti i quesiti di una stessa classe. Esso deve essere, cercando un parallelismo col mondo giuridico:

- finito, cioè quando è costituito da un numero finito di istruzioni e presenta una fine (giuridicamente, l'oggetto di esame coincide con le questioni dedotte);
- deterministico, cioè quando partendo dagli stessi dati in input, si ottengono i medesimi risultati in output (per noi giuristi vale il divieto della c.d. terza via ed il rispetto della corrispondenza fra chiesto e pronunciato);
- non ambiguo, le operazioni devono poter essere interpretate nello stesso modo da tutti anche se l'esecutore è differente (in termini giuridici può declinarsi nel senso della necessaria chiarezza della decisione);
- generale, cioè quando la soluzione è uguale per tutti i problemi della medesima classe (qui è gioco facile tradurre nella certezza del diritto, che a volte appare una vera e propria ricerca dell'araba fenice).

Il termine algoritmo, come noto, deriva dalla trascrizione latina del nome del matematico persiano al-Khwarizmi, vissuto nel IX secolo d.C., che è considerato uno dei primi autori ad aver fatto riferimento a questo concetto scrivendo il libro *Regole di ripristino e riduzione*.

L'analisi matematica di base conosce varie categorie di algoritmi, che spesso paiono riprodurre problemi di base della nostra attività: ad esempio algoritmi iterativi, ricorsivi, di ordinamento, di ricerca, evolutivi (qui si inseriscono i così detti predittivi, così temuti dai giuristi), *swarm intelligence*, combinatorio, automodificante, per giungere a quello di compressione (come

può qualificarsi quello di cui racconta un noto scrittore, nel libro *Caro Gesù Bambino*, con la storia del cammello che deve passare nella cruna di un ago).

Il «rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato», presentato nel 1979 dall'allora ministro della Funzione pubblica Massimo Severo Giannini, rilevava che gli elaboratori elettronici, in principio adoperati come «apparecchi di semplice registrazione di dati complessi, sono divenuti poi apparecchi di accertamento e verificazione, di calcolo, di partecipazione a fasi procedimentali di istruttoria, e infine di decisione», sicché «i sistemi informatici non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna, ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l'esterno».

In altri termini, anche il diritto amministrativo ha visto il progredire e l'affermarsi di strumenti informatici che hanno progressivamente affrancato i pubblici uffici da carta e macchine da scrivere e che, successivamente, hanno dimostrato la capacità di assolvere autonomamente a compiti istruttori e di formulazione di contenuti dei provvedimenti amministrativi.

Prendendo spunto dalle numerose possibili citazioni letterarie, può dirsi che la seconda rivoluzione industriale non si presenta come la prima, con immagini schiaccianti quali presse di laminatoi o colate d'acciaio, ma come i *bits* d'un flusso d'informazione che corre sui circuiti sotto forma d'impulsi elettronici. Le macchine di ferro ci sono sempre, ma obbediscono ai *bits* senza peso².

La dottrina, in riferimento al processo evolutivo in atto, ha parlato di 'amministrazione 4.0', o di quarto modello di amministrazione: ove per primo modello è da intendersi quello dell'amministrazione otto-novecentesca totalmente cartacea; per secondo, quello coadiuvato dai computer, dai programmi di videoscrittura e dalle iniziali forme di telecomunicazione, quali il fax; per terzo modello, quello della prima digitalizzazione e dematerializzazione dei dati, resa possibile dall'impiego di internet nelle normali attività amministrative.

L'amministrazione di 'quarta generazione' è, invece, quella denotata da un «alto grado di automazione e di interconnessione», reso possibile dall'implementazione delle tecniche di scambio e di conservazione dematerializzate delle informazioni, dall'aumento esponenziale della capacità di calcolo dei processori e dalla predisposizione di programmi informatici sempre più sofisticati. In altre parole, si tratterebbe della 'società dell'algoritmo', ove l'impiego di software o 'programmi' –riconducibili alla c.d. intelligenza artificiale – comporta l'affermarsi di moduli operativi automatizzati, non semplicemente idonei a compiere in poco tempo complesse operazioni di

² I. Calvino, *Lezioni americane*. *Sei proposte per il prossimo millennio*, Mondadori, 2016.

calcolo, bensì muniti della capacità di apprendere dai propri errori e, in qualche misura, di emulare il funzionamento della mente umana.

Il dato riportato appare evidente, essendo molteplici i settori della vita quotidiana in cui gli algoritmi – invero non tutti riconducibili alle più evolute forme d'intelligenza artificiale – si affiancano all'uomo, semplificandone l'esistenza. Tra questi basti ricordare i *software* di riconoscimento vocale o visivo e quelli di supporto alla guida di autoveicoli, se non di guida autonoma.

Maggiormente incisivi sono poi i programmi 'predittivi', che, sulla base di alcuni dati a disposizione, i cosiddetti *inputs*, forniscono una soluzione per un certo scenario, sia esso costituito dalle previsioni meteorologiche, ovvero dalla predisposizione di un piano d'investimento per il correntista di un istituto di credito o di una polizza infortunistica per il cliente di una compagnia di assicurazioni. Ciò assume un marcato carattere di 'affrancamento' dall'uomo nel momento in cui l'algoritmo è in grado di elaborare non solo i dati messi a disposizione, ma di acquisirne dei nuovi non direttamente conosciuti, o immediatamente conoscibili, dall'operatore umano, mediante il reperimento in rete di aggiornamenti sull'andamento del mercato del credito o sulla circolazione stradale.

L'estensione e l'indubbia utilità ha spinto al relativo utilizzo anche le lente amministrazioni pubbliche, specie a fronte delle diverse potenzialità, anche per la evidente comodità derivante dalla c.d. neutralizzazione della scelta (quello che è stato definito il sogno di ogni funzionario, ormai sempre terrorizzato dai 'rischi della firma').

In tale quadro, se da un canto non può che prendersi atto dell'evoluzione, da un altro canto in ambito giuridico occorre altresì procedere ad inquadrare la stessa evoluzione nell'ambito dei principi.

L'emergenza pandemica ha evidenziato ancora di più la spinta in tale direzione. In tale ottica, l'emergenza stessa ha imposto il massimo utilizzo dell'innovazione tecnologica; trattasi di un'occasione da cogliere, ma non per forzare, quanto piuttosto per provare e verificare anche alcune potenzialità ulteriori dell'innovazione.

Da giuristi ci si sente sempre impreparati rispetto ad entrambi i corni del problema: l'emergenza fa pensare a qualcosa in cui le regole ordinarie non bastano; l'innovazione è notoriamente considerata un ossimoro rispetto all'immagine di noi 'burocrati'³.

Quindi ci troviamo di fronte ad una doppia sfida.

Ma come insegnava la *Guida galattica per autostoppisti*, la nota saga in cui il rapporto fra uomo ed evoluzione tecnologica è oggetto di una visione

³ Addirittura Gore Vidal sosteneva che «nel burocrate c'è qualcosa che non ama la poesia».

antesignana, *«don't panic»*: i computer sono incredibilmente veloci, accurati e stupidi; gli uomini sono incredibilmente lenti, inaccurati e intelligenti; l'insieme dei due costituisce una forza incalcolabile. E a sostenere ciò abbiamo il conforto di Albert Einstein.

In tale contesto, il versante processuale, attraverso il c.d. PAT (già in vigore da tempo) ha consentito alla giustizia amministrativa di proseguire a svolgere la quasi totalità delle proprie funzioni e potenzialità anche in epoca di lockdown.

Sul versante procedimentale sempre più spesso ci si imbatte in titoli e nozioni ricorrenti, come 'Procedimento e scelte autoritative'. La strada è ancora lunga ma, in fondo il diritto amministrativo, un diritto giovane, e l'attività di tutti noi operatori dello stesso, si scontra quotidianamente con il continuo bilanciamento fra interessi e principi che spingono in direzioni opposte; quindi, forse non siamo del tutto impreparati a certe sfide.

È pur vero che anche in tali ambiti ci si appassiona spesso a disquisizioni sottili, come intorno al tema se, a certi fini, l'algoritmo possa definirsi o meno alla stregua di un atto amministrativo; infatti, una volta che viene a far parte della sequenza procedimentale l'algoritmo è elemento conoscibile, nei termini generali dettati dall'ordinamento.

In dottrina è stata giudicata appropriata la scelta⁴ di ragionare, dinanzi all'algoritmo nel procedimento, sulla scorta di un «principio di conoscibilità» che si completa e combina con quello di «comprensibilità». All'ostensione pura e semplice della stringa di programmazione e degli atti in cui la stessa è formalizzata, dovrebbero accompagnarsi informazioni significative sulla logica utilizzata, rese in modo da essere agevolmente colte dal cittadino e dall'amministrazione stessa, talvolta soccombente nelle questioni relative alle proprietà del software di cui si dirà.

Ad oggi, infatti, le difficoltà di chiarire e motivare le ragioni che hanno ispirato la statuizione adottata sulla base di algoritmi auto-apprendenti ha portato alcune Corti straniere a limitarne consistentemente le possibilità di utilizzo nello svolgimento di funzioni provvedimentali. In tal senso si è espresso il *Conseil Constitutionnel* francese, oltre che il Consiglio di Stato olandese. Anche più recentemente, il tribunale distrettuale dell'Aia, con una decisione del 2 febbraio 2020 ha ritenuto illegittimo l'uso di un programma di lotta all'evasione fiscale (SyRI) le cui modalità di funzionamento non erano risultate trasparenti in quanto non potevano essere puntualmente spiegate dai soggetti che ne facevano utilizzo.

⁴ A partire dal consolidamento dell'orientamento del Consiglio di Stato con la sentenza 13 dicembre 2019, n. 8472.

Fra le diverse questioni si pone quella, solo apparentemente secondaria, relativa alla proprietà del *software*. La conoscenza, e la conseguente ostensibilità, del codice sorgente, ancorché necessaria a garantire adeguata trasparenza, è però possibile qualora l'amministrazione stessa sia già in possesso di tale codice: ma questo non sempre accade, e tutte le volte in cui ciò non succede, appare evidente che una eventuale istanza conoscitiva dei privati che vogliano verificare le modalità di funzionamento del programma rischi di essere concretamente frustrata. Conseguente impatto avrà pertanto sul principio di comprensibilità della decisione adottata. Si realizza dunque l'intersezione problematica dei principi su una questione, come detto, solo apparentemente secondaria.

Ragionando in termini meccanicistici, se pur semplificati, la decisione elettronica sarà adottata «incrociando» le regole indicate da chi realizza il *software* (o dal programma autonomamente acquisite, nelle ipotesi in cui si adoperino sistemi di *self learning*), ed i dati successivamente immessi nell'elaboratore.

Il ruolo del titolare dell'organo competente all'esercizio delle funzioni rischia di essere quindi, quasi secondario, e viene in rilievo solo occasionalmente, nell'eventualità in cui si renda necessario – con intervento spontaneo, o su sollecitazione dei cittadini – provvedere alla correzione di possibili errori dell'elaboratore. Resta sempre sullo sfondo l'accennata difficoltà di intervento laddove non si abbia la proprietà del *software*, la cui gestione dunque può risultare estremamente complessa se non addirittura impossibile per il titolare dell'organo competente.

Ed è qui che si colloca il tema fondamentale del mantenimento dell'imputabilità della scelta. Qui forse – e mi perdonerete se banalizzo ma a volte i principi appaiono tali, o forse ancora son rimasto troppo legato al famoso controinterrogatorio del film *Philadelphia* – ci possono soccorrere, le tre regole della robotica⁵: «1. Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, un essere umano riceva danno; 2. Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non vadano in contrasto alla Prima Legge; 3. Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché la salvaguardia di essa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge».

In relazione al complesso rapporto tra algoritmi e diritti fondamentali è bene evidenziare come il Regolamento europeo appronti una serie di garanzie conoscitive insieme ad un divieto di processi decisionali automatizzati, che il Consiglio di Stato ha richiamato nelle note sentenze del 2019, riferendosi agli artt. 13, 14, 15 e 22 del Regolamento stesso.

⁵ Cfr. I. Asimov, *Circolo vizioso*, 1942, ora in *Io robot*, Milano, 2009.

Proprio intorno all'interpretazione di tali norme è in corso un ampio dibattito in dottrina riguardo all'esistenza o meno di un vero e proprio *right to explanation* nel GDPR, cui si rinvia per la profondità e la relativa dovizia di argomenti.

Occorre provare tuttavia ad approfondire gli algoritmi e la visione di chi li prepara. Orbene non è semplice comprenderli, quindi il tema della conoscibilità rischia di scontrarsi con la realtà, o forse è mal posto. La conoscibilità riguarda i criteri di valutazione inseriti, la totale comprensione tecnica dell'algoritmo è altra cosa. Questo è il tema più complesso, posto forse al di là delle nostre stesse capacità cognitive. Però non può reputarsi alla stregua del 'merito' in senso assoluto, non sindacabile: è semplicemente la tecnica di funzionamento di uno strumento facilitatore scelto dall'autorità nel procedimento di determinazione della scelta.

Sempre in termini di principio si è posto il tema del presupposto dell'utilizzo dell'algoritmo: occorre una legge, basta un regolamento o è sufficiente, quale copertura generale, l'art. 97 Cost. trattandosi di un mero modulo organizzativo?

In giurisprudenza si sta consolidando, rispetto ad una iniziale ritrosia, una posizione di apertura più ampia, laddove si sono intesi tali strumenti alla stregua di moduli organizzativi, da utilizzare nell'ambito delle ordinarie garanzie procedimentali, senza necessità di duplicazioni (come la sentenza citata n. 8472 del 2019 ha chiarito rispetto alla legge 241 del 1990) né di estensioni del principio di legalità: il principio di legalità riguarda il potere esercitato, non il modulo organizzativo.

Ciò porta all'estensione del relativo utilizzo degli algoritmi anche in caso di attività discrezionale, garantendo molteplici utilizzi di grande aiuto all'azione amministrativa, come in tema di valutazione delle offerte tecniche ovvero di determinazione dei criteri per il rilascio delle valutazioni di impatto ambientale.

Una tale estensione, peraltro, non può che ampliare le difficoltà di utilizzo, specie in tema di discrezionalità tecnica, con conseguente ampliamento dei problemi in tema di conoscibilità e comprensibilità. E ciò non solo in relazione alla evocata riservatezza industriale del titolare degli algoritmi, ma anche al doveroso fine di evitare che la digitalizzazione costituisca una nuova fonte di diseguaglianze, sia tecniche (più si amplia il ricorso alla tecnica ed alla tecnologia, più occorrono capacità tecniche peculiari e quindi limitate) che economiche (in relazione ai costi di strumenti sempre più sofisticati).

La digitalizzazione ha il pregio di agevolare, in astratto, un pieno accesso ad una miriade di informazioni, anche attraverso strumenti privati o comunque legati alla pubblicità e quindi all'utilità economica; non sempre

tuttavia alla facilità si accompagna la chiarezza, con conseguente incremento dei rischi di incertezza e confusione⁶. Resta comunque, anche per il 'diritto dell'autorità'⁷, l'indubbia utilità della rivoluzione digitale: un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica è fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti.

In fondo, per abusare ancora delle parole dei romanzieri, parte della disumanità del computer sta nel fatto che, una volta programmato e messo in funzione, si comporta in maniera perfettamente onesta. E qualsiasi computer non è una macchina intelligente che aiuta le persone stupide, anzi è una macchina stupida che funziona solo nelle mani delle persone intelligenti.

3. Approdi della giurisprudenza in tema di algoritmo e procedimento amministrativo.

Il Consiglio di Stato⁸ ha ricostruito definitivamente il ricorso all'algoritmo nei procedimenti amministrativi, inquadrandolo quale modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere.

Un breve richiamo ai passaggi principali della giurisprudenza richiamata evidenzia il ruolo predetto.

In linea generale va ribadito come anche la pubblica amministrazione debba poter sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale. In tale contesto, il ricorso ad algoritmi informatici per l'assunzione di decisioni che riguardano la sfera pubblica e privata si fonda sui paventati guadagni in termini di efficienza e neutralità. In molti campi gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in luce soprattutto negli ultimi anni da un'imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva. In tale contesto, le decisioni prese dall'algoritmo assumono così un'aura

⁶ Un giorno le macchine riusciranno a risolvere tutti i problemi, ma mai nessuna di esse potrà porne uno (Albert Einstein). Baratterei tutta la mia tecnologia per una serata con Socrate (Steve Jobs).

⁷ Azzardiamo qui una definizione provocatoria di diritto amministrativo, anche alla luce dei criteri in tema di riparto di giurisdizione.

⁸ Cfr. ad es. sentenze 8 aprile 2019, n. 2270 e 13 dicembre 2019, n. 8472.

di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati. Peraltro, già in tale ottica è emersa altresì una lettura critica del fenomeno, in quanto l'impiego di tali strumenti comporta in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt'altro che neutre: l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli; da ciò ne consegue che tali strumenti sono chiamati ad operare una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati, in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza.

Peraltro, rispetto all'utilizzo dell'algoritmo non si tratta di sperimentare forme diverse di esternazione della volontà dell'amministrazione, come nel caso dell'atto amministrativo informatico, ovvero di individuare nuovi metodi di comunicazione tra amministrazione e privati, come nel caso della partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative attraverso social network o piattaforme digitali, ovvero di ragionare sulle modalità di scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni.

Nel caso dell'utilizzo di tali strumenti digitali ci si trova dinanzi ad una situazione che, in sede dottrinaria, è stata efficacemente qualificata con l'espressione di rivoluzione 4.0 la quale, riferita all'amministrazione pubblica e alla sua attività, descrive la possibilità che il procedimento di formazione della decisione amministrativa sia affidato a un *software*, nel quale vengono immessi una serie di dati così da giungere, attraverso l'automazione della procedura, alla decisione finale.

L'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure, come quella oggetto del presente contenzioso, seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale

La piena ammissibilità di tali strumenti risponde ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale.

Nelle controversie affrontate, relative a procedure di assegnazione di sedi in base a criteri oggettivi, l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata.

Peraltro, l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa. In tale contesto, infatti, il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere.

Né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse.

In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità.

Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi.

In tale contesto, premessa la generale ammissibilità di tali strumenti, assumono rilievo fondamentale, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo.

Sul versante della piena conoscibilità, rilievo preminente ha il principio della trasparenza, da intendersi sia per la stessa P.A. titolare del potere per il

cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso. Il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) deve essere 'conoscibile', secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare, e conseguentemente sindacabili, le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato.

In relazione ai soggetti coinvolti si pone anche un problema di gestione dei relativi dati. Ad oggi nelle attività di trattamento dei dati personali possono essere individuate due differenti tipologie di processi decisionali automatizzati: quelli che contemplano un coinvolgimento umano e quelli che, al contrario, affidano al solo algoritmo l'intero procedimento.

Il più recente Regolamento europeo in materia (2016/679), concentrandosi su tali modalità di elaborazione dei dati, integra la disciplina già contenuta nella Direttiva 95/46/CE con l'intento di arginare il rischio di trattamenti discriminatori per l'individuo che trovino la propria origine in una cieca fiducia nell'utilizzo degli algoritmi. In particolare, in maniera innovativa rispetto al passato, gli articoli 13 e 14 del Regolamento stabiliscono che nell'informativa rivolta all'interessato venga data notizia dell'eventuale esecuzione di un processo decisionale automatizzato, sia che la raccolta dei dati venga effettuata direttamente presso l'interessato sia che venga compiuta in via indiretta. Una garanzia di particolare rilievo viene riconosciuta allorché il processo sia interamente automatizzato essendo richiesto, almeno in simili ipotesi, che il titolare debba fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato». In questo senso, in dottrina è stato fatto notare come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare il principio di trasparenza che trova centrale importanza all'interno del Regolamento.

Il ragionamento della giurisprudenza prosegue con un dettagliato esame delle norme di origine europea.

Sul versante della verifica degli esiti e della relativa imputabilità, deve essere garantita la verifica a valle, in termini di logicità e di correttezza degli esiti. Ciò a garanzia dell'imputabilità della scelta al titolare del potere

autoritativo, individuato in base al principio di legalità, nonché della verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile, sia nell'interesse della stessa p.a. che dei soggetti coinvolti ed incisi dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo. In tale contesto, lo stesso Regolamento predetto affianca alle garanzie conoscitive assicurate attraverso l'informativa e il diritto di accesso, un espresso limite allo svolgimento di processi decisionali interamente automatizzati. L'articolo 22, paragrafo 1, riconosce alla persona il diritto di non essere sottoposta a decisioni automatizzate prive di un coinvolgimento umano e che, allo stesso tempo, producano effetti giuridici o incidano in modo analogo sull'individuo. Quindi occorre sempre l'individuazione di un centro di imputazione e di responsabilità, che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo.

In tema di imputabilità tale giurisprudenza richiama, quale elemento rilevante di inquadramento del tema, la Carta della Robotica, approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo. Tale atto esprime in maniera efficace questi passaggi, laddove afferma che:

L'autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; [...] tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente; [...] nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati.

Quindi, anche al fine di applicare le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità, occorre garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità ed all'organo competente in base alla legge attributiva del potere.

A conferma dell'inquadramento proposto si richiamano il diritto sovranazionale da cui emergono tre principi, da tenere in debita considerazione nell'esame e nell'utilizzo degli strumenti informatici.

In primo luogo, il principio di conoscibilità, per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata. Il principio in esame è formulato in maniera generale e, perciò, applicabile sia a decisioni prese da soggetti privati che da soggetti pubblici, anche se, nel caso in cui la decisione sia presa da una p.a., la norma del Regolamento costituisce diretta applicazione specifica dell'art. 42 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea-CDFUE (*Right to a good administration*), laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, ed, infine, ha l'obbligo di «dare le ragioni della propria decisione». Tale diritto alla conoscenza dell'esistenza di decisioni che ci riguardino prese da algoritmi e, correlativamente, come dovere da parte di chi tratta i dati in maniera automatizzata, di porre l'interessato a conoscenza, va accompagnato da meccanismi in grado di decifrarne la logica. In tale ottica, il principio di conoscibilità si completa con il principio di comprensibilità, ovverosia la possibilità, per riprendere l'espressione del Regolamento, di ricevere «informazioni significative sulla logica utilizzata».

In secondo luogo, l'altro principio del diritto europeo rilevante in materia (ma di rilievo anche globale in quanto ad esempio utilizzato nella nota decisione *Loomis* vs. *Wisconsin*), è definibile come il principio di non esclusività della decisione algoritmica. Nel caso in cui una decisione automatizzata «produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona», questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato (art. 22 Reg.). In proposito, deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano.

In terzo luogo, dal considerando n. 71 del Regolamento 679/2016 il diritto europeo trae un ulteriore principio fondamentale, di non discriminazione algoritmica, secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti. In tale contesto, pur dinanzi ad un algoritmo conoscibile e

comprensibile, non costituente l'unica motivazione della decisione, occorre che lo stesso non assuma carattere discriminatorio. In questi casi, come afferma il considerando, occorrerebbe rettificare i dati in 'ingresso' per evitare effetti discriminatori nell'output decisionale; operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni.

Infine, si evidenzia come il tema dei pericoli connessi allo strumento non sia ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedimentali della legge n. 241 del 1990, quali ad es. la comunicazione di avvio del procedimento sulla quale si appunta buona parte dell'atto di appello o il responsabile del procedimento che, con tutta evidenza, non può essere una macchina in assenza di disposizioni espresse, dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione.

4. Algoritmo e diritti fondamentali.

In relazione al complesso rapporto tra algoritmi e diritti fondamentali è bene evidenziare come il Regolamento europeo appronti una serie di garanzie conoscitive insieme ad un divieto di processi decisionali automatizzati, che il Consiglio di Stato ha richiamato nella motivazione in diritto della sentenza n. 8472/2019, riferendosi agli artt. 13, 14, 15 e 22 del Regolamento stesso. Proprio intorno all'interpretazione di tali norme è in corso un ampio dibattito in dottrina riguardo all'esistenza o meno di un vero e proprio *right to explanatio*n nel GDPR.

Al riguardo la dottrina ha evidenziato come il concetto di *explanation*, che per molti versi appare affine a quello di 'conoscibilità' in termini di 'comprensibilità' sancito dal Consiglio di Stato, debba essere suddiviso in sottocategorie a seconda dell'oggetto della sua riferibilità e del momento temporale in cui viene fornita la spiegazione.

Con riguardo all'oggetto, occorre distinguere la *explanation* riferibile alla *system functionality*, cioè al funzionamento della struttura di *decision-ma-king* nel suo complesso, e la *explanation* relativa a delle *specific decisions*, cioè alle ragioni e alle circostanze che hanno condotto alla singola decisione; alla stregua del criterio temporale, invece, la differenza si configura tra *explanation ex ante* ed *explanation ex post*. Chiaramente, se il primo può essere riferito solo al funzionamento complessivo del sistema, il *right to explanation ex post* può essere riferito sia all'intera struttura decisionale, che alle singole

decisioni specifiche e alle loro ragioni. Ed è proprio questo particolare tipo di *explanation* a non essere rinvenibile nel Regolamento. Ma qui sovviene l'obbligo di motivazione, principio a noi ben noto e per noi, o meglio per l'ordinamento ed i suoi fondamenti, irrinunciabile (pena trasformazione in scelte politiche cioè giuridicamente immotivate).

Estremamente delicato appare il rapporto con la privacy. Al riguardo, oltre al dato formale della motivazione, è bene tener presente che la 'spiegabilità' e la conseguente 'comprensibilità' sono, invece, degli elementi necessari, alla luce dell'evoluzione subita dal diritto alla privacy, secondo le quattro tendenze indicate da Stefano Rodotà: «1) dal diritto d'esser lasciato solo al diritto di mantenere il controllo sulle informazioni che mi riguardano; 2) dalla privacy al diritto all'autodeterminazione informativa; 3) dalla privacy alla non discriminazione; 4) dalla segretezza al controllo». Il punto cruciale è proprio la sequenza 'persona-informazione-circolazione-controllo', diventata nell'era digitale quantitativamente ben più ampia del classico paradigma 'persona-informazione-segretezza', la quale comporta l'effettiva garanzia della dignità della persona anche nell'odierna società digitale. Tuttavia, tale garanzia non può inverarsi senza una corretta informazione all'interessato del trattamento dei dati.

Come anticipato, il Consiglio di Stato ha citato, infatti, gli obblighi di informazione derivanti dagli artt. 13 e 14 del GDPR, nei quali è previsto che all'interessato debba essere data notizia del fatto che il trattamento dei dati sia effettuato in maniera automatizzata, con particolare riguardo al fatto che in caso di trattamento interamente automatizzata, il titolare debba fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato». Si tratta della nota informativa privacy e anche le Pubbliche amministrazioni, eccetto quando la «registrazione e la comunicazione» fosse prevista dalla legge o negli altri casi previsti espressamente dalle norme, dovrebbero avere cura di fornire ogni qual volta procedano a decisioni basate su trattamenti automatizzati dei dati dei cittadini.

La chiave interpretativa per la corretta lettura degli artt. 13 e 14 è rappresentata dai considerando 60, 61 e 62, i quali sono improntati ad uno spirito di correttezza e trasparenza, al fine di rendere l'interessato del trattamento il più consapevole possibile.

5. Intelligenza artificiale, algoritmi e ADR.

In ambito digitale, i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, noti come ADR, diventano ODR, *on line dispute resolution*.

Nell'ottica moderna le lunghezze processuali aggravano le proprie caratteristiche di problema anche in termini di costo, spesso più alto del valore delle stesse liti.

In generale, il ricorso alle ADR, su cui la dottrina ha svolto numerosi approfondimenti prodromici ad una necessaria ampia introduzione nel sistema giuridico, pongono problemi tradizionali in tema sia di rito (terzietà, tutela del contraddittorio, diritto di difesa ecc.) e problemi di merito (ad esempio su come siano individuate le regole di giudizio).

In materia di ODR la nota Raccomandazione 4 aprile 2001 della Commissione europea richiama concetti sacri, per noi giuristi: imparzialità trasparenza efficacia nell'accesso, equità.

Tali principi della raccomandazione li vediamo poi tradotti ed applicati in molte norme europee a partire dal fondamentale regolamento sulle ODR, 2013/524.

Anche in tale ambito emerge, a livello embrionale e semplificato, il tentativo di riprodurre in piccolo vero e proprio un processo; ciò non può che spingere anche ad ulteriormente velocizzare il nostro processo tradizionale.

LE 'DISCRIMINAZIONI A ROVESCIO' PER NON APPLICABILITÀ DEL DIRITTO UE: PROFILI COSTITUZIONALI, LEGISLATIVI E GIURISPRUDENZIALI

Vincenzo Sciarabba*

Sommario: 1. Questioni definitorie e osservazioni generali. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia, tra irrilevanza sostanziale e possibile rilevanza procedurale. – 3. Il possibile ruolo della CEDU e della Corte di Strasburgo. – 4. La giurisprudenza nazionale e le diverse soluzioni adottate. – 5. Gli interventi legislativi e le questioni connesse – 6. Considerazioni conclusive

1. Questioni definitorie e osservazioni generali.

Nel presente scritto, che riprende con poche modifiche il contenuto della pressoché omonima lezione svolta il 12 luglio 2021 nell'ambito del dottorato genovese, ci si torna a confrontare con alcuni aspetti di un tema che, da decenni, periodicamente sollecita, a vari livelli e con diversi punti di vista, la dottrina, la giurisprudenza ed anche il legislatore¹.

Numerosi sono poi i commenti e in genere i contributi pubblicati a seguito della sentenza della Corte costituzionale italiana n. 443 del 1997 relativa al 'caso dei produttori di pasta', ove la limitazione degli ingredienti utilizzabili nella produzione di pasta da parte dei produttori stabiliti in Italia è stata riconosciuta quale discriminazione a rovescio e dichiarata incostituzionale, in quanto fonte di un trattamento meno vantaggioso rispetto a quello

^{*} Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Genova.

¹ Della giurisprudenza e degli interventi legislativi si renderà conto nel corso della trattazione. Quanto alla dottrina italiana, e procedendo grossomodo in ordine cronologico, si segnala anzitutto l'importante contributo di E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «a rovescio»*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2/1996, p. 351 ss., ove, in modo illuminante sotto più profili, si ricollega la problematica delle discriminazione alla rovescia alla disciplina dei rapporti tra ordinamenti, all'esercizio delle competenze comunitarie e ai diversi tipi di intervento dell'UE nei vari settori, prospettando possibili soluzioni tra cui quella, all'epoca inusuale e tutt'ora poco praticata, dello spostamento della questione dal livello nazionale al livello europeo, attraverso un rinvio non tanto di interpretazione, quanto di validità, in particolare sui profili di definizione dell'ambito di applicazione soggettivo di atti di diritto derivato da cui scaturirebbe una discriminazione a rovescio che si potrebbe evitare attraverso, appunto, una diversa costruzione dell'ambito soggettivo di applicazione di determinate normative.

riservato ai produttori stabiliti in altri Paesi. In proposito, tra gli altri, C. Pinelli, Adeguamento al diritto comunitario e interpretazione costituzionale, in Giurisprudenza costituzionale, 6/1997; C. Guzzetta, Libertà di circolazione delle merci, principio di eguaglianza e asserita separazione tra ordinamenti comunitario ed interno, ibidem; A. Vedaschi, L'incostituzionalità delle «discriminazioni a rovescio»: una resa al diritto comunitario?, in Giurisprudenza costituzionale, 1/1998; S. Ninatti, La sola alternativa praticabile: eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentenza 443/97 della Corte costituzionale, in Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 1/1998; nonché, con approfondimento più generale della complessiva tematica, S. Amadeo, G.P. Dolso, La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia, in Giurisprudenza costituzionale, 2/1998.

La questione è poi trattata nella monografia di F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, spec. p. 118 ss. e p. 231 ss.

Tra i contributi più recenti e maggiormente significativi (o comunque contenenti spunti di rilievo sul tema) si segnalano: B. Nascimbene, Le discriminazioni all'inverso: Corte di Giustizia e Corte costituzionale, in Il diritto dell'Unione Europea, 3/2007; S.M. Carbone, Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario, in Il Diritto dell'Unione Europea, 3/2007; F. Spitaleri, Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi inefficienti o esorbitanti?, in Il Diritto dell'Unione Europea, 4/2007; Id., Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea, Roma, 2010; G. Pistorio, Le discriminazioni a rovescio derivanti dall'applicazione del diritto comunitario, in www.europeanrights.eu, 2011; V. Rubino, I limiti alla tutela del "Made in" fra integrazione europea e ordinamenti nazionali, Torino, 2017; N. Lazzerini, La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione, Milano, 2018; A. Arena, Le "situazioni puramente interne nel diritto dell'Unione europea, Napoli, 2019; E. Traversa, Sanzioni tributarie, "discriminazioni a rovescio" ed esigenza di un intervento della Corte costituzionale, in Rivista Trimestrale di Diritto Tributario, 4/2020.

Nella dottrina internazionale cfr. in particolare: A. Tryfonidou, Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: an Incongruity in a Citizen's Europe, in Legal Issues of Economic Integration, n. 35, 1/2008; D. HANF, 'Reverse discrimination' in EU Law: Constitutional Aberration, Constitutional Necessity, of Judicial Choice?, in Maastricht journal of European and comparative law, 1-2/2011 (ove si affronta la questione dal punto di vista costituzionale, chiedendocisi se si tratta di una 'aberrazione costituzionale' o di una 'necessità costituzionale', e in qualche modo finendo per indurre a riflettere sulla possibilità che si verifichino al contempo entrambe le cose, per quanto strano e contraddittorio possa a prima vista sembrare il fatto che un fenomeno sia qualificabile allo stesso tempo come aberrante e come necessario dal punto di vista in senso lato 'costituzionale', tale aggettivo potendosi oggi riferire – ecco il punto – non solo all'ordinamento costituzionale interno, ma per molti versi anche a quello europeo e, in ogni caso, alle dinamiche dei rapporti tra i due ordinamenti); N. CAMBIEN, The scope of EU Law in recent ECJ case law: reversing 'reverse discrimination' or aggravating inequalities?, in Cuadernos Europeos de Deusto, n. 47, 2012; P. VAN ELSUWEGE, The Phenomenon of Reverse Discrimination: An Anomaly in the European Constitutional Order?, in L.S. Rossi, F. Casolari (eds.), The EU after Lisbon, Vienna, 2014; S. Iglesias Sanchez, Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?, in European Constitutional Law Review, n. 14, 2018.

Da un punto di vista definitorio, e allo scopo di iniziare a gettar luce sulle cause profonde e sui confini della nozione di discriminazione al rovescio, può essere utile prendere le mosse da una definizione che si ritiene abbastanza 'fuorviante' di discriminazione al rovescio, ovvero quella contenuta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 443 del 1997, per poi confrontarla con una che si ritiene più appropriata.

La sentenza 443/1997, in materia di limitazione degli ingredienti utilizzabili per la produzione industriale di pasta, definisce 'discriminazioni al rovescio' «le situazioni di disparità in danno dei cittadini di uno Stato membro, o delle sue imprese, che si verificano come effetto indiretto dell'applicazione del diritto comunitario».

Ebbene, può subito rilevarsi come nella stessa sentenza in questione in realtà la disparità non si fosse verificata tanto tra cittadini di uno Stato e cittadini di un altro, quanto tra imprese «stabilite nello Stato italiano», a prescindere dal loro regime proprietario e quindi da questioni di nazionalità, e altre imprese: una situazione un po' più 'sofisticata' di quanto potrebbe sembrare contrapponendo cittadini e non cittadini solo sulla base della nazionalità.

Come correttamente ed efficacemente è stato illustrato, infatti, i problemi principali della discriminazione alla rovescia dipendono «dall'applicabilità del diritto dell'Unione, a prescindere dalla cittadinanza dei soggetti interessati»².

² Riconosceva che «[n]on necessariamente la discriminazione è fondata sulla nazionalità», pur aggiungendo che «[q]uesta appare tuttavia l'ipotesi più frequente, dato che le norme comunitarie concernono prevalentemente il trattamento da riservare a cittadini di altri paesi membri», E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «a rovescio» cit.*, p. 351 (v. anche, in proposito, le considerazioni svolte nelle pagine successive del medesimo scritto, note incluse: ivi in particolare l'A., dopo aver chiarito che «[1]a discriminazione sorge [...] fra soggetti presi in considerazione dal diritto comunitario e soggetti invece la cui situazione è regolamentata unicamente dal diritto nazionale», precisa che «[1]a discriminazione non è quindi fondata direttamente sulla nazionalità in quanto anche i cittadini dello Stato territoriale possono godere del trattamento più favorevole garantito dalle norme comunitarie qualora si trovino in una situazione rilevante per l'applicazione di queste», aggiungendo che, «[t]uttavia, può accadere che la nazionalità costituisca un elemento preso in considerazione dalle norme comunitarie al fine di delimitare l'ambito di applicazione della propria disciplina»).

Appena il caso di osservare come negli oltre 25 trascorsi dal momento in cui tali osservazioni furono formulate, le cose siano cambiate non poco (per effetto anzitutto dei trattati di Amsterdam, di Nizza e di Lisbona, che hanno inciso profondamente sulle competenze, sulle finalità e nel complesso sul modo di operare del legislatore europeo), risultando oggi assai più numerose di quanto non fossero nel 1996 le situazioni in cui le norme comunitarie non si limitano ad occuparsi del «trattamento da riservare a cittadini di altri Paesi membri», ma si spingono a dettare 'in generale' la disciplina, o parte della disciplina, di una determinata materia.

Una definizione che si ritiene più adeguata è allora quella secondo cui costituiscono discriminazioni alla rovescia nel diritto comunitario oggi, volendo, eurounitario le «situazioni di svantaggio in cui vengono a trovarsi eccezionalmente taluni soggetti nazionali, rispetto ad altri soggetti nazionali o cittadini di altri Stati membri, per il fatto di non soddisfare i requisiti cui è subordinata l'applicabilità di una norma comunitaria attributiva di diritti»³

Due piccole notazioni su questa definizione.

Innanzitutto, si parla di 'soggetti nazionali': in effetti, si potrebbe parlare anche di soggetti non nazionali, e certamente in tal caso una discriminazione sussisterebbe, ma essa non si potrebbe definire 'alla rovescia'.

In secondo luogo, sembra necessario parafrasare in maniera più articolata l'idea secondo la quale affinché la discriminazione si possa produrre occorre che vi sia una norma comunitaria 'attributiva di diritti'.

In proposito, è utile distinguere tra diverse situazioni che si possono verificare:

(i) In tutti i casi in cui il diritto comunitario pone un obbligo di rispetto del 'principio del trattamento nazionale', limitandosi ad imporre agli Stati membri di applicare ai cittadini degli altri Stati la stessa disciplina prevista per i propri cittadini o per le situazioni meramente interne, le discriminazioni al rovescio non si possono produrre.

Qui il diritto conferito ai cittadini degli altri Stati, infatti, è proprio, e solo, quello di essere trattati come i cittadini dello Stato ospitante. È dunque lo stesso diritto comunitario a pretendere, ma anche a considerare sufficiente, un'uniformazione di trattamento 'a favore' delle situazioni interne (a cui dovrà essere equiparato anche il trattamento delle situazioni di rilevanza comunitaria): le situazioni interne saranno cioè legittimamente disciplinabili dagli Stati membri come meglio credono, con l'unico obbligo, per l'appunto, di estendere anche a situazioni di rilievo europeo la stessa disciplina prevista per le prime.

(ii) Una situazione diversa si ha invece nei casi in cui a livello europeo vi sia una disciplina sostanziale applicabile ai soggetti e alle situazioni su cui il diritto europeo estende il suo ambito di applicazione mediante norme di diritto derivato volte all'armonizzazione, per esempio, di determinati settori.

La peculiarità, in questi casi, sta nel fatto che le norme di diritto derivato, a differenza di quelle di diritto primario, potrebbero essere oggetto di rinvii pregiudiziali di validità, al fine di verificarne la legittimità rispetto al diritto

 $^{^3}$ S. Amadeo, G.P. Dolso, La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia cit., pp. 1224-1225.

dell'Unione sotto il profilo del principio di non discriminazione, in relazione segnatamente all'ambito di applicazione, in ipotesi eccessivamente ristretto⁴.

Nei settori in cui le istituzioni europee possono, o addirittura devono, limitarsi a introdurre una normativa non estesa a tutte le fattispecie, lasciando agli Stati la disciplina delle fattispecie puramente interne, il problema della discriminazione al rovescio potrebbe dunque essere 'ribaltato', anche qualora emergesse nell'ambito di un processo nazionale: il problema della discriminazione a rovescio potrebbe insomma essere 'rispedito al mittente' da parte del giudice interno, che potrebbe sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo se la direttiva o il regolamento in questione siano compatibili o meno con i principi fondamentali del diritto dell'Unione per il fatto di estendersi soltanto a certe fattispecie.

Chiaramente, si tratta di un modo di procedere che potrebbe non essere gradito alle istituzioni politiche degli Stati membri, che potrebbero per questa via vedere ulteriormente erosi i propri spazi d'azione, ma esso, a certe condizioni, appare in sé praticabile.

(iii) Un'altra situazione in cui una discriminazione al rovescio può prodursi è quella in cui vi sia una normativa europea che sancisce diritti non introducendo una disciplina sostanziale, bensì prevedendo l'applicazione del principio di mutuo riconoscimento, ovvero attribuendo ai cittadini o alle imprese di certi Stati il diritto di operare in altri alle condizioni previste dalla disciplina del proprio Paese d'origine.

Questi casi presentano diverse problematicità. In situazioni del genere, infatti, l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della più restrittiva disciplina interna potrebbe avere l'effetto di sostituire alla stessa disciplina interna non una disciplina europea sostanziale, ma una 'non-disciplina', ovvero una disciplina europea consistente nel rinvio alle (o meglio nella previsione delle applicabilità delle) discipline di altri Stati⁵, che però, a loro

⁴ Cfr., in proposito, le riflessioni di F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi inefficienti o esorbitanti? cit.*, e di E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «a rovescio» cit.*, p. 353, nota 5, ove si osserva come la questione della legittimità della norma comunitaria alla luce del principio (comunitario) di non discriminazione possa essere «rilevante nel giudizio interno al fine di non imporre al giudice nazionale di utilizzare quale parametro di raffronto delle norme comunitarie non giustificate dall'esigenza di raggiungimento degli scopi del mercato comune». Su quest'ultimo profilo v. anche le acute riflessioni svolte dall'A. alle pagine 368 e ss. del medesimo scritto.

⁵ Si vedano, a questo riguardo, le considerazioni (in parte riportate nella nota seguente) di S. Amadeo, G.P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia cit.*, p. 1239 ss., p. 1252 e pp. 1256-1257.

volta e per ragioni analoghe, potrebbero essere annullate dalle rispettive Corti Costituzionali, in quanto meno favorevoli rispetto a quelle di altri Paesi.

Una simile situazione può condurre a una totale *deregulation* a causa di una sorta di gioco di specchi perverso: ogni Paese, per non limitare eccessivamente le proprie imprese, può (o addirittura – e la differenza è chiaramente cruciale – finisce per trovarsi costretto a) rinviare al regime previsto genericamente in altri Paesi, la cui unica cifra comune è quella di non contenere le restrizioni previste nella disciplina nazionale, che viene dichiarata incostituzionale in quanto più sfavorevole rispetto alle altre.

Un ottimo esempio al riguardo sembra proprio quello della già citata sentenza della Corte costituzionale italiana in materia di produzione di pasta, su cui si tornerà oltre⁶.

(*iv*) Altra ipotesi da analizzare (su cui si tornerà nel paragrafo conclusivo) è quella in cui la norma europea attributiva di diritti consista in una norma attributiva di un diritto 'fondamentale', qualificato come tale dal diritto dell'Unione.

Ora, dal punto di vista strutturale, ciò non ha conseguenze particolari. La stessa Carta dei diritti fondamentali, come ben noto, autolimita il proprio campo di applicazione, e la disposizione di cui all'art. 51⁷, per quanto intesa

⁶ In tale sentenza, si noti, la nostra Corte costituzionale è giunta ad imporre, testualmente, «l'equiparazione della disciplina della produzione delle imprese nazionali [ovvero, più precisamente, delle imprese aventi stabilimento in Italia] *alle discipline degli altri Stati membri nei quali non esistano vincoli alla produzione e alla commercializzazione analoghi a quelli vigenti nel nostro Paese*» (punto 6 in *diritto*, corsivi aggiunti); nel dispositivo, in termini ugualmente significativi (ben emergendone la portata e l'effetto pratico della decisione), si «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 4 luglio 1967, n. 580 (Disciplina per la lavorazione e commercio dei cereali, degli sfarinati, del pane e delle paste alimentari), nella parte in cui non prevede che alle imprese aventi stabilimento in Italia è consentita, nella produzione e nella commercializzazione di paste alimentari, l'utilizzazione di ingredienti legittimamente impiegati, in base al diritto comunitario, *nel territorio della Comunità europea*».

Al riguardo, si è correttamente osservato che «nel caso in esame il profilo della questione (cioè il *tertium*), non è di facile individuazione: non esiste infatti una norma specifica che concerna la produzione di pasta nei Paesi comunitari diversi dall'Italia»: in ultima analisi, come si accennava, «[1]a disciplina o, più propriamente, il regime cui [i produttori] risultano sottoposti è dato dall'assenza di una specifica disciplina a loro applicabile» (così S. AMADEO, G.P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia cit.*, p. 1252, corsivi aggiunti; tale conclusione è riproposta a p. 1256, ove si ribadisce che, «in fin dei conti, il *tertium* consiste dell'assenza di regole applicabili, in Italia, ai produttori comunitari di pasta»).

⁷ «1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti,

in senso estensivo alla luce della giurisprudenza della Corte, lascia per definizione da parte alcune fattispecie puramente interne, con la conseguenza che i diritti 'fondamentali' europei non si applicano 'a tutto campo'.

Al riguardo, vi sono peraltro alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia che affermano che le norme sulla cittadinanza sono invocabili «a prescindere dal collegamento con elementi transfrontalieri o con altre specifiche disposizioni comunitarie» la cui attuazione 'incardinerebbe' l'applicabilità del diritto dell'Unione.

In questa prospettiva, le norme sulla cittadinanza contenute nell'apposito titolo della Carta – tra le quali rientra anche il diritto alla buona amministrazione, con tutta una serie di corollari molto importanti – sarebbero applicabili ai cittadini europei in quanto tali, a prescindere dal legame con una situazione di rilievo europeo.

Stando così le cose, e se la giurisprudenza svilupperà questi spunti, si potrà aprire all'interno delle norme della Carta una situazione privilegiata per alcuni diritti (pochi per la verità e, a parte quello ricordato, non particolarmente rilevanti, fatto salvo ovviamente il diritto di circolazione), che potrebbero essere invocati sempre e comunque.

Ci sono del resto anche altre norme applicabili 'a tutto campo', ovvero «a prescindere dal carattere 'internazionale' della fattispecie»⁸: per esempio, a quanto risulta, il divieto di discriminazione salariale sulla base del sesso opererebbe sempre e comunque⁹, con la conseguenza che, in linea di principio, dovrebbe ritenersi possibile, ove esso venga in rilievo, incardinare la competenza della Corte di Giustizia anche a partire da situazioni puramente interne.

2. La giurisprudenza della Corte di giustizia, tra irrilevanza sostanziale e possibile rilevanza procedurale.

In tutte le diverse ipotesi e situazioni sopra richiamate, dal diritto dell'Unione potrebbero dunque scaturire, in senso lato, 'diritti' – consistenti magari solo nella possibilità di invocare la propria 'disciplina d'origine' – la cui mancata

osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati.

^{2.} La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati».

⁸ S. Amadeo, G.P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia cit.*, p. 1225, nota 4.

⁹ Ibidem.

estensione a determinati soggetti o in determinate situazioni 'interne' potrebbe far scaturire una discriminazione a rovescio.

Come è noto, tale eventualità è da tempo oggetto di considerazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che rispetto ad essa è intervenuta in numerose occasioni, sviluppando una giurisprudenza riconducibile senza forzature a due filoni, se si vuole due 'indirizzi': uno è quello che potremmo definire della (ritenuta) irrilevanza sostanziale delle discriminazioni a rovescio; l'altro è quello che lascia emergere una potenziale rilevanza processuale delle medesime, segnatamente in relazione alla affermata possibilità di sottoporre alla Corte di giustizia un rinvio pregiudiziale, in vista di un'eventuale rimozione della discriminazione da parte del giudice nazionale.

Al primo filone possono senz'altro ricondursi le sentenze Steen c. Deutsche Bundespost I (28 gennaio 1992, causa C-332/90) e II (16 giugno 1994, causa C-132/93) ma già anche la sentenza Morson e Jhanian del 27 ottobre 1982, cause 35-36/82, relativa alla cruciale questione del diritto al ricongiungimento familiare, in certi casi negato in riferimento ai propri cittadini e invece concesso, in ottemperanza ai vicoli comunitari, per i (familiari di) cittadini di altri Stati membri¹⁰; e, ancora, la sentenza Zoni del 14 luglio 1988, causa 90/86, sulla questione degli ingredienti per poter vendere e produrre pasta in Italia: la sentenza *Mathot* del 18 febbraio 1987, causa 98/86 (sulle prescrizioni relative all'etichettatura del burro in Belgio); la sentenza 12 marzo 1987. causa 178/84, Commissione/Germania (sulla composizione tradizionale della birra, imposta da una legge tedesca); la sentenza del 16 febbraio 1995, cause riunite 29-35/94 (sulla questione dei requisiti per poter gestire un salone di parrucchiere in Francia); l'ordinanza del 5 aprile 2004, causa C-3/02, Mosconi, circa la lamentata discriminazione a rovescio degli ingegneri civili italiani rispetto agli ingegneri di altri Paesi dell'Unione europea in relazione agli interventi sui beni di interesse storico e artistico riservati dalla disciplina nazionale agli 'architetti' (sul punto v. anche, a livello interno, la sentenza del Consiglio di Stato del 9 gennaio 2014, n. 21).

Al secondo filone – quello con cui la Corte ha riconosciuto la potenziale rilevanza processuale delle prospettate discrimazioni a rovescio quali elementi legittimanti un rinvio pregiudiziale – possono in particolare ricondursi la sentenza 5 dicembre 2000, causa C-448/98, *Guimont* (sui requisiti per poter

¹⁰ V. pure, al riguardo, la sentenza *Surinder Singh* del 7 luglio 1992, causa C-370/90, dove invece il diritto al ricongiungimento col proprio coniuge extracomunitario è stato riconosciuto in sede (e secondo la normativa) europea anche a favore di un cittadino nazionale tornato nel proprio Stato, ma solo in virtù del fatto che tale cittadino [...] si era in precedenza recato a lavorare in un altro Stato membro.

etichettare un formaggio come 'Emmenthal' in Francia); la sentenza 5 marzo 2002, cause riunite C-515/99 *et al.*, *Reisch*; l'ordinanza 17 febbraio 2005, causa C-250/03, *Mauri*; la sentenza 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*; la sentenza 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla*; la sentenza 1 aprile 2008, causa C-212/06, *Communauté française*; la sentenza 1 luglio 2010, causa C-393/08, *Sbarigia*; e la sentenza 21 febbraio 2013, causa C-111/12 (ancora sulla questione dei titoli necessari per intervenire sugli edifici di interesse culturale in Italia).

Ciò che essenzialmente si vuol osservare con riguardo a questi due filoni, o indirizzi giurisprudenziali, è la necessità di non considerarli come tra loro antitetici, o come espressione di due fasi cronologicamente successive e contenutisticamente differenti e incompatibili della giurisprudenza europea.

Sembra trattarsi, piuttosto, di uno sviluppo in cui il secondo filone, più che smentire quanto si era affermato in precedenza, ha introdotto una sorta di correttivo sul piano processuale.

È rimasto infatti fermo, ed è stata ribadito anche molto più di recente, quello che è stato chiamato 'agnosticismo comunitario' con riguardo alle discriminazioni a rovescio, con ciò riferendosi all'affermata irrilevanza dal punto di vista comunitario di queste eventuali discriminazioni – imputate, in sostanza, all'esistenza di discipline interne non corrispondenti a quelle applicabili alle situazioni di rilievo europeo – proprio perché rinvenibili all'interno di quella che è la 'riserva', l'area delle situazioni di interesse e rilievo puramente interno, in cui l'Unione per definizione non dovrebbe poter entrare in alcun modo¹¹.

Allo stato attuale sembra dunque piuttosto salda nella giurisprudenza europea la irrilevanza sul piano sostanziale delle discriminazioni a rovescio, cioè l'impossibilità di porvi rimedio a tale livello – in applicazione, in particolare, del principio generale di eguaglianza e non discriminazione (come previsto oggi negli artt. 20 e 21 della Carta) – in quelle situazioni che, in quanto puramente interne, non consentono alla Corte di Giustizia nemmeno

¹¹ A meno di rimettere in discussione molte cose tra cui *in primis* l'art. 51 della Carta, arrivando ad affermare che almeno certi diritti, proprio in quanto 'fondamentali', dovrebbero essere sempre invocabili da parte di tutti cittadini europei a prescindere da qualsiasi collegamento col diritto comunitario (salvo poi opportunamente recuperare, come avviene anche nel sistema della CEDU, un margine di adattamento dei singoli Stati in modo da arrivare ad una sorta di sistema a geometrie variabili per altre vie: per esempio grazie al fatto che la Carta in molte sue parti rinvia alla legislazione e alle prassi nazionali, oppure valorizzando alcune importanti previsioni contenute nell'art. 52 e nell'art. 53).

Ma tutto ciò dovrebbe chiaramente passare per una modifica dei Trattati, per una modifica dell'art. 51 della Carta, e quindi non interessa ai fini del nostro discorso.

di applicare il principio di eguaglianza: dal punto di vista sostanziale occorre cioè riconoscere che la giurisprudenza consolidatasi nel primo filone non è smentita dal secondo, più recente filone.

In cosa, dunque, risulta innovativo tale secondo filone? Nella affermata possibilità di dichiarare ricevibili da parte della Corte di Giustizia delle questioni pregiudiziali prospettatele da parte dei giudici nazionali ad alcuni altri, specifici fini.

Si allude non tanto all'ipotesi – allo stato attuale tutto sommato marginale per le ragioni di cui sopra, seppure di grande interesse in prospettiva futura per i motivi che si andranno a illustrare meglio in seguito – di giudizio sulla validità delle norme europee di diritto derivato da cui le discriminazioni deriverebbero, in conseguenza della inadeguatezza del loro ambito soggettivo di applicazione, quanto piuttosto all'ipotesi in cui ai giudici degli Stati membri interessi interpellare la Corte di Giustizia per ottenere chiarimenti sulla portata della normativa europea non applicabile in quanto tale nelle situazioni puramente interne, e tuttavia 'operante', e quindi rilevante dal punto di vista del giudizio interno, in quanto *tertium comparationis* di quell'eventuale giudizio di eguaglianza che i giudici potrebbero decidere di richiedere alla Corte costituzionale.

Da notarsi anzi, al riguardo, che potrebbe essere la stessa Corte costituzionale, in Italia come in altri Stati che hanno conosciuto un analogo sviluppo, a prospettare una questione del genere alla Corte di Giustizia.

Come è noto, infatti, ormai da parecchi anni a questa parte, tanto nei giudizi instaurati in via principale quanto nell'ambito dei giudizi in via incidentale, la Corte costituzionale ha ritenuto di poter essa stessa porre delle questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia.

Sicché potrebbe essere il nostro giudice delle leggi, in specie nell'ambito di un giudizio su una questione di costituzionalità sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione italiana, a chiedere – allo scopo di poter valutare se vi sia o meno una differenza di trattamento qualificabile come discriminazione a rovescio e trarne le conseguenze ritenute costituzionalmente più corrette¹² – un'interpretazione della Corte di Giustizia su una norma europea

¹² Non necessariamente, si vuol sottolineare fin d'ora, nel senso dell'eliminazione della differenza di regime attraverso la (sostanziale) estensione della 'disciplina comunitaria' – o comunque della disciplina applicabile a determinate fattispecie sulla base di norme comunitarie (per esempio, e anzitutto, per effetto del principio di mutuo riconoscimento) – a fattispecie interne, ritenute omologhe, alle quali tale disciplina non sarebbe applicabile 'per forza propria'.

In questo senso possono richiamarsi le considerazioni di S. AMADEO, G.P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia cit.*, p. 1246, secondo cui «[a]pparterrà alla Corte [costituzionale] il ruolo di modulare gli esiti del giudizio di eguaglianza, *in modo da*

rilevante a livello interno in quanto (invocato) termine di paragone di una normativa nazionale asseritamente incostituzionale non tanto per le sue caratteristiche intrinseche, per i suoi contenuti, ma appunto per il fatto di dettare una disciplina diversa da quella applicabile a fattispecie di rilievo europeo: e ciò sulla base di elementi 'distintivi' (cioè che determinano l'applicabilità di una disciplina o dell'altra) sostanzialmente contingenti, e in molti casi razionalmente poco giustificabili.

In molti casi, ma – si vuol ora sottolineare – non in tutti, e questo è un elemento da tenere in massima considerazione perché spesso, invece, si tende a ritenere che la differenza di regime implichi, in quanto tale, una vera e propria discriminazione intollerabile dal punto di vista del principio interno di eguaglianza.

Mentre, come ben sa chi abbia un minimo di dimestichezza con la giurisprudenza costituzionale, non sempre è così.

Ed è proprio per capire se sia così oppure no – ecco il punto (o almeno un punto importante) – potrebbe risultare utile, talora necessario, ottenere anzitutto da parte della Corte di Giustizia una sentenza interpretativa sui contenuti, sulla portata e/o sull'ambito soggettivo di applicazione della disciplina europea di cui si chiede a livello interno, in sostanza, l'estensione attraverso la rimozione della disciplina interna (asseritamente incostituzionale proprio in quanto differente da quella europea; o meglio – ed è questo un 'dettaglio' che può rendere ancor più rilevanti gli elementi acquisibili attraverso le richieste pregiudiziali al giudice europeo – in quanto senza valida ragione differente).

Da quanto si è detto discende che questo secondo filone giurisprudenziale della Corte di giustizia europea potrebbe aiutare i giudici interni a risolvere il problema delle discriminazioni a rovescio, in particolare, laddove ve ne siano i presupposti – esattamente all'accertamento di ciò potendo appunto risultare funzionali i chiarimenti richiesti alla Corte di Lussemburgo – attraverso il superamento delle discipline nazionali non corrispondenti a quelle 'europee'.

Superamento che potrebbe avvenire, a seconda dei casi, direttamente ad opera dei giudici comuni, laddove il problema fosse risolvibile in sede interpretativa attraverso l'applicazione estensiva della disciplina, o comunque del regime, di matrice europea, oppure attraverso la sua applicazione analogica ove questa soluzione sia ammissibile, oppure invocando l'intervento del giudice costituzionale. Ed è chiaro che, in entrambi i casi, la possibilità di ricorrere alla Corte di Giustizia potrebbe in molte situazioni offrire degli 'appigli' importanti per argomentare la sussistenza della discriminazione

evitare un acritico e, per così dire, meccanico appiattimento della disciplina interna a quella comunitaria» (corsivi aggiunti).

e la necessità di rimuoverla; come peraltro, in altre situazioni, elementi da cui potrebbe al contrario ricavarsi la 'giustificabilità' della pur riscontrata differenza di regime, in ragione della non piena omogeneità, che potrebbe emergere, tra le fattispecie a prima vista corrispondenti messe a confronto (ed è appena il caso di evidenziare come anche in questa seconda ipotesi risulterebbe innegabile l'utilità dell'intervento del giudice europeo in vista di quella che sarebbe pur sempre una soluzione del problema sollevato).

3. Il possibile ruolo della CEDU e della Corte di Strasburgo.

Vi è poi un altro aspetto di cui normalmente non si parla molto.

Oltre a poter assumere rilievo, come si è accennato e come si vedrà meglio poco oltre, dal punto di vista costituzionale interno, e oltre ad assumere o non assumere rilievo dal punto di vista dell'Unione, le discriminazioni a rovescio potrebbero, nei casi in cui non trovassero soluzione in nessuno di questi due ambiti, e tuttavia una soluzione richiedessero, trovare tale soluzione presso la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ciò in quanto, come è noto, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel protocollo addizionale n. 12, ratificato e vigente per una serie di Paesi tra cui però non l'Italia, sono presenti due norme che potrebbero venire in rilievo

La prima è l'art. 14 della Convenzione, che introduce un divieto di discriminazione – facendo riferimento «in particolare» a «quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione» nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla CEDU: su questa base, ad esempio in materia di ricongiungimento familiare (il riferimento è all'art. 8 della Convenzione), ma anche in molti altri ambiti, coloro che avessero subito una discriminazione senza trovare tutela né a livello europeo, perché la loro situazione non ricade nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, né a livello di ordinamento nazionale, potrebbero, come 'ultima spiaggia' e a certe condizioni, tentare di investire del problema la Corte di Strasburgo.

La seconda norma di rilievo è contenuta nel protocollo 12, il quale prevede un divieto di discriminazione 'generale', disponendo che «il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione», incluse espressamente, anche qui, quelle fondate sull'origine nazionale.

Su questa base, chiaramente, sarebbero ancora maggiori le possibilità di affrontare il problema delle discriminazioni a rovescio a livello europeo: non in sede comunitaria, magari davanti alla Corte di Giustizia (mediante, per esempio, un ricorso pregiudiziale), bensì appunto davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ed è poi appena il caso di ricordare, al riguardo, che i vincoli derivanti dalla Convenzione e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in Italia come in molti altri Paesi, ridondano, per così dire, in vincoli di rilievo costituzionale interno, da ciò potendo derivare – circostanza ovvia, ma meritevole di sottolineatura per il particolare rilievo che essa può avere ai nostri fini, secondo quanto si chiarirà subito – la necessità di dar 'seguito' alla giurisprudenza di Strasburgo anche in tema di divieto di discriminazione, eventualmente giungendo per tale via a superare una giurisprudenza costituzionale che in ipotesi avesse negato, in riferimento al solo art. 3 della Costituzione italiana, la sussistenza di una violazione che invece potrebbe a questo punto dover essere riconosciuta in riferimento all'art. 117 primo comma (che, come è ben noto, impone al legislatore di rispettare i vincoli internazionali, fra cui appunto la CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo¹³).

4. La giurisprudenza nazionale e le diverse soluzioni adottate.

Quanto alla giurisprudenza nazionale, numerose sono le sentenze in cui il problema è venuto in rilievo ed è stato, in vari modi, affrontato.

Tra le prime, vi è la sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 1995, che spicca per aver risolto la questione relativa alla lamentata discriminazione a rovescio in via interpretativa, attraverso una decisione di inammissibilità – sostanzialmente per mancata interpretazione conforme a Costituzione della normativa impugnata – tale da (portare ad) estendere anche ai cittadini italiani (e quindi poi anche, per 'proprietà transitiva', per ragioni su cui qui si sorvola, ai cittadini extracomunitari) il regime che la Corte di Giustizia aveva affermato doversi applicare ai cittadini di Stati membri dell'Unione diversi dall'Italia.

¹³ In proposito cfr. volendo i nostri *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali* (a commento delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, V, pp. 3579-3591 e – con riferimenti alle importanti precisazioni contenute nella giurisprudenza successiva – *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale*, *giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019 (la relativa trattazione sul punto è in parte pubblicata, in forma più sintetica, anche in *La Corte Edu tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in AA.VV., *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa e M.G. Civinini, Milano, 2019, e in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2019).

Nella non meno istruttiva sentenza n. 61 del 1996, relativa all'ambito territoriale dell'attività dei procuratori legali, la discriminazione fu ritenuta invece insussistente sulla base del fatto che, a differenza di quanto era stato prospettato, la Corte ritenne non omogenee le situazioni poste a raffronto: quella dei procuratori legali italiani stabiliti in Italia che avrebbero incontrato limitazioni relative all'ambito territoriale di esercizio della professione, e quella degli avvocati degli altri Stati che, operando in Italia, potevano invece. affiancandosi a un avvocato italiano, operare su tutto il territorio. La Corte sottolineò, in sostanza, come l'accostamento fosse errato, giacché semmai sarebbe stato opportuno e necessario confrontare le situazioni dei procuratori legali italiani a quella dei procuratori e avvocati esteri stabiliti, cioè operanti stabilmente, in Italia, per i quali in effetti il vincolo dell'ambito territoriale risultava sussistente. In altri termini, emerse come in questo caso non vi fosse a ben vedere la possibilità di lamentare alcuna discriminazione in quanto la disciplina nazionale si applicava anche alle fattispecie di rilievo comunitario comparabili con quelle interne rispetto alle quali si era lamentata la discriminazione.

Di grande rilievo, ovviamente, è la già citata sentenza sent. n. 443 del 1997, su cui moltissimo si è detto e scritto, e rispetto alla quale ci si vuol limitare a ribadire criticamente quanto già affermato in precedenza in termini generali, e cioè che, in casi di questo genere, la dichiarazione di incostituzionalità di una più restrittiva disciplina interna rischia di avere l'effetto perverso di sostituire a tale disciplina interna non una reale, sostanziale, 'disciplina europea', bensì, come si diceva, una assenza di disciplina, la disciplina europea consistendo in pratica nel rinvio alle discipline di altri Stati le quali, a loro volta e per la stessa ragione, potrebbero essere annullate dalle rispettive Corti Costituzionali in quanto meno favorevoli rispetto a quelle di altri Paesi.

Situazione che, come si osservava, rischia di generare una sempre più spinta *deregulation* a causa di una sorta di gioco di specchi secondo cui ogni Paese, per non sfavorire le proprie imprese, è indotto, o addirittura si ritiene costituzionalmente obbligato, a rinviare, genericamente, a un non meglio identificato regime previsto in altri Paesi (il cui unico elemento comune consiste paradossalmente nell'esclusione delle restrizioni previste nella disciplina nazionale, ritenuta incostituzionale in quanto più sfavorevole rispetto alle altre).

E in effetti, pensandoci, si potrebbe arrivare a considerare un caso straordinario, dal punto di vista giuridico, che in Italia ancora si produca una buona pasta di grano duro: la dichiarazione di incostituzionalità della disciplina interna ad opera della citata sentenza ha infatti prodotto esattamente una situazione in cui la pasta in linea di principio avrebbe potuto e potrebbe essere

prodotta con qualunque ingrediente consentito in qualunque stato membro dei 15 (all'epoca; ora 27) esistenti¹⁴.

Assai interessanti sono poi le sentenze n. 114 del 2000 e n. 332 del 2002, ove la peculiarità sta nell'aver la Corte risolto per altra via delle questioni che potevano presentarsi come problemi di discriminazioni a rovescio, giacché la disciplina nazionale in materia tributaria prevedeva un'inversione dell'onere della prova particolarmente gravosa per le sole fattispecie di rilievo puramente interno, in quanto relative a tributi non armonizzati: inversione dell'onere della prova che invece non si aveva in situazioni processuali relative ad altri tributi armonizzati, per cui si applicavano tutte le cospicue garanzie affermate dalla Corte di Giustizia.

A fronte di una situazione di questo tipo, la Corte costituzionale ha qui dichiarato l'incostituzionalità della disciplina interna per altre ragioni: in un caso per violazione dell'art. 24 (diritto di difesa), e nell'altro per violazione dell'art. 3, ma sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca della disciplina (non della differenza di trattamento), affermando così, sostanzialmente, che quegli stessi diritti previsti a livello europeo, che per un certo periodo erano stati trascurati dalla disciplina interna, dovevano essere fatti valere anche in riferimento a questa: ma non in quanto diritti di matrice europea (non applicabili, come tali, alle fattispecie di rilievo interno), bensì in quanto (coincidenti con) diritti previsti a livello costituzionale interno.

Altra decisione di rilievo, a prescindere da ogni valutazione sul merito, è la sentenza n. 86 del 2004 relativa al regime proprietario delle società concessionarie private di radiodiffusione sonora e televisiva.

Qui la Corte in via interpretativa ha esteso alle imprese straniere il regime previsto dalla normativa italiana (si trattava di una disciplina particolarmente 'protezionistica'), operando quindi un superamento della discrasia, e dunque della lamentata discriminazione, non estendendo la disciplina europea alle situazioni di rilievo puramente interno, ma viceversa estendendo – in una situazione in cui lo si poteva fare, evidentemente – l'applicazione della disciplina interna anche alle imprese 'europee' (sulla base di argomenti abbastanza sofisticati sui quali si deve qui sorvolare): il tutto, a quanto risulta, senza violare alcun vincolo comunitario.

Si tratta di un'ulteriore conferma del fatto che, sebbene quando si parla di discriminazioni a rovescio e giurisprudenza costituzionale si tenda di norma a fare riferimento soltanto alla sentenza sulla produzione di pasta e

¹⁴ Particolarmente indicativo al riguardo è lo stesso modo in cui è stato messo a punto – in un contesto in cui evidenti erano le difficoltà, e molteplici le possibilità, di formulazione – il dispositivo della sentenza (citato nel paragrafo 2).

all'approccio ivi seguito, in realtà i casi e gli approcci sono molto più numerosi e diversificati: e in molte occasioni, inclusa quest'ultima, la soluzione accolta è stata diversa rispetto a quella consistente nella automatica, e non di rado problematica, estensione generalizzata della disciplina europea (o del regime derivante dall'applicazione delle norme europee, segnatamente quelle relative al mutuo riconoscimento e alla libera circolazione, pur in assenza, talora, di regole e vincoli sostanziali adeguati: vincoli magari affidati, in linea teorica, a quelle stesse discipline nazionali che poi però, proprio per effetto di quell'approccio un po' semplicistico che si è qui posto in discussione, verrebbero ad essere contraddittoriamente messe 'fuori gioco' e vanificate).

Su questa linea di diversificazione delle possibili soluzioni si collocano la sentenza n. 390 del 2006 e, più di recente, l'ordinanza n. 156 del 2018, entrambe relative a situazioni – riguardanti, rispettivamente, il regime delle incompatibilità connesse all'esercizio della professione di avvocato e i requisiti per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori – nelle quali, come in altri casi, il problema è stato affrontato e risolto estendendo (potendolo fare, qui da parte del legislatore) l'ambito di applicazione della normativa interna.

Volendo poi citare due sentenze non della Corte costituzionale ma delle supreme magistrature 'comuni', degne di nota sono senz'altro la decisione della Corte di Cassazione Sez. Un. Civ., n. 24823 del 2015 – relativa alla questione del diritto al contraddittorio 'preventivo' in materia tributaria, ove si afferma la superabilità solo per via legislativa della 'duplicità di regime giuridico', sotto il profilo delle tutele, tra tributi oggetto di armonizzazione e tributi non armonizzati – e la sentenza del Consiglio di Stato Sez. VI, n. 21 del 2014, sui titoli e requisiti necessari per poter effettuare alcuni interventi su immobili di interesse culturale, e sulla relativa lamentata (ma anche qui non riconosciuta, come subito si dirà) discriminazione in danno degli ingegneri civili italiani.

In entrambi casi, la sussistenza di una discriminazione a rovescio è stata negata o, per così dire, nemmeno presa in considerazione, respingendosi dunque, ancora una volta, i tentativi (più o meno grossolani e interessati, verrebbe da dire) di estendere a situazioni puramente interne il più favorevole – o almeno per alcuni più favorevole: e il punto, pur se evidenziato di sfuggita, è chiaramente cruciale nell'economia della presente trattazione – regime derivante dalla disciplina europea.

5. Gli interventi legislativi e le questioni connesse.

Da ultimo, prima di passare a qualche considerazione conclusiva, occorre soffermarsi su alcuni interventi legislativi di carattere generale che hanno 'preso di petto' il problema delle discriminazioni a rovescio, cercando di risolverlo in maniera in verità molto parziale, problematica e nel complesso inadeguata.

Si tratta di interventi legislativi, come si diceva di carattere generale, che si affiancano ad altri interventi legislativi di carattere più puntuale in cui – con riferimento a situazioni specifiche, per esempio quelle relative all'avvocatura, sullo sfondo delle sentenze della Corte costituzionale prima citate – si è risolto il problema estendendo alle situazioni interne la disciplina europea, o viceversa: cioè estendendo, potendolo fare, alle situazioni di rilevo comunitario la disciplina interna, ferma restando poi la possibilità di soluzioni ulteriori e più sofisticate senz'altro immaginabili e adottabili tanto da parte del legislatore quanto forse, almeno a certe condizioni e in certi modi, da parte del giudice costituzionale.

Vengono in rilievo, in particolare, tre leggi con le quali si è tentato di affrontare il problema a livello generale, affermando – nell'ambito di deleghe legislative rivolte, secondo lo schema consueto, al periodico adattamento e allineamento del diritto interno ai vincoli europei, ma poi anche con interventi ancor più apertamente 'di sistema' – il principio per cui il legislatore (delegato e non solo, sul punto si tornerà oltre) avrebbe dovuto garantire una effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione.

Tale principio è stato affermato in diversi modi, ispirati a una logica di fondo simile ma con alcune differenze significative, che sembra utile esaminare e – sia pure un po' di volata e soffermandosi solo su qualche aspetto che si ritiene di maggior importanza – commentare.

1) La prima disposizione introdotta è contenuta nell'articolo 2 (Principi e criteri direttivi generali della delega legislativa) della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizione per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004), ove si prevede tra l'altro che «i decreti legislativi assicurano che sia garantita una effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto a quelli degli altri Stati membri dell'Unione europea, facendo in modo di assicurare il massimo livello di armonizzazione possibile tra le legislazioni interne dei vari Stati membri» – previsione quest'ultima chiaramente un po' eccentrica, facendo riferimento a un obiettivo che non si vede come potrebbe essere raggiunto dal legislatore di un unico Stato; e ciò può contribuire a spiegare la circostanza che essa non è stata riproposta negli interventi più recenti – «ed evitando l'insorgere di situazioni discriminatorie e danno dei cittadini italiani nel momento in cui gli stessi

sono tenuti a rispettare, con particolare riferimento ai requisiti richiesti per l'esercizio di attività commerciali e professionali, una disciplina più restrittiva» (per loro! E quindi in via di principio, deve presumersi, più garantista per gli acquirenti dei prodotti, i consumatori, i clienti dei professionisti, i fruitori dei servizi nel caso di fornitori di servizi) «di quella applicata ai cittadini degli altri Stati membri». Si puntava dunque, in sostanza, a precludere la possibilità di introdurre, o semplicemente mantenere, una disciplina più restrittiva di quella, o meglio di quelle previste da altri Paesi ed applicabili agli operatori soggetti all'applicazione di queste ultime per gli operatori interni, e ciò al di quanto richiesto dall'ordinamento comunitario per le finalità del medesimo.

- 2) In seguito, sul tema è intervenuta la legge 7 luglio 2009, n. 88 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee Legge comunitaria 2008), il cui l'articolo 6 intitolato Modifiche alla legge 4 febbraio 2005, n. 11 (la c.d. 'legge Buttiglione', contenente le Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari) ha:
- a) da un lato, previsto una sorta di 'criterio guida' disponendo che «[a]lla legge 4 febbraio 2005 n. 11 sono apportate le seguenti modificazioni: [...] d) dopo l'articolo 14 è inserito il seguente Art. 14-bis. (Parità di trattamento) – 1. Le norme italiane di recepimento e di attuazione di norme e principi della Comunità europea e dell'Unione europea assicurano la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto degli altri Stati membri dell'Unione europea residenti o stabiliti nel territorio nazionale» con tale precisazione andandosi a circoscrivere l'esigenza di equiparazione «e non possono in ogni caso comportare un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani». Si noti come si continui a fare perno sul requisito della nazionalità, e non del ricadere o meno la situazione nell'ambito dell'applicazione del diritto dell'Unione: e in effetti, trattandosi di discriminazione a rovescio, appare chiaro come ciò che interessa al legislatore primariamente sia la posizione dei cittadini italiani, non tanto quella del cittadino di un altro Stato membro cui fosse ipoteticamente preclusa la possibilità di invocare le tutele europee; problema, quest'ultimo, che sarebbe semmai, altrettanto chiaramente, di maggior interesse per lo Stato d'appartenenza di quel cittadino, se non per le istituzioni comunitarie:
- b) dall'altro lato, con ulteriore e ancor più significativa innovazione, aggiunto al comma successivo che «[n]ei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione [sic: sul punto si tornerà poco più avanti] norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti

discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento dei cittadini comunitari residenti o stabiliti nel territorio nazionale»¹⁵.

- 3) Infine, questa disciplina è stata sostanzialmente ripresa con qualche ritocco (forse deleterio) nella legge 24 dicembre 2012, n. 234 (Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea), ove:
- a) all'art. 32, nuovamente, come nella disciplina introdotta da principio, si pone tra i «principi e criteri direttivi generali di delega per l'attuazione del diritto dell'Unione» ai quali i decreti legislativi di cui al precedente art. 31 dovranno informarsi «[s]alvi gli specifici principi e criteri direttivi stabiliti dalla legge di delegazione europea e in aggiunta a quelli contenuti nelle direttive da attuare» il vincolo ad «assicura[re] la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione», cadendo dunque quel riferimento presente nella disciplina immediatamente precedente al presupposto che questi ultimi siano residenti o stabiliti nel territorio italiano: requisito evidentemente da ricollegarsi al prima facie ragionevolissimo intento di puntare, ai fini del confronto e della conseguente equiparazione imposta *ope legis* su fattispecie maggiormente omogenee e dunque più correttamente assimilabili a quelle 'interne';
- b) si ripropone, nel medesimo articolo e a completamento della disposizione appena citata, il divieto generale secondo cui «non può essere previsto in ogni caso un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani»;
- c) all'art. 53, si prevede, sulla scia della previsione introdotta nel 2009, che «[n]ei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano, prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea» ovvero, deve ritenersi, ai cittadini di altri Paesi dell'Unione europea'.

Proprio quest'ultima singolare previsione sembra meritare alcune considerazioni aggiuntive, non potendocisi esimere dall'interrogarsi su quali possano essere i suoi effetti concreti, alla luce in particolare della circostanza che essa è collocata all'interno di una legge ordinaria.

¹⁵ A proposito di tale norma, può osservarsi una coincidenza temporale, forse non del tutto casuale, consistente nell'essere stata essa introdotta nello stesso anno in cui, entrando in vigore il Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali avrebbe acquistato valore giuridico analogo a quello dei Trattati (sulle discriminazioni a rovescio per mancata applicazione della Carta si tornerà brevemente nelle conclusioni).

Si ritiene che almeno due effetti concreti possano essere i seguenti:

i) quello di porre, almeno nei confronti delle norme di grado sub-legislativo e di ogni provvedimento e prassi della pubblica amministrazione, un vincolo d'indirizzo nonché un obbligo di 'interpretazione conforme' (alla previsione in questione) ad opera dei giudici, introducendo una sorta di presunzione quantomeno relativa di parificazione di trattamento, a favore del 'regime comunitario', nei casi in cui si potrebbe altrimenti produrre una discriminazione a rovescio;

ii) quello di porsi come utile argomento cui i giudici potrebbero fare riferimento laddove si volessero rivolgere alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE, nel solco di quel filone giurisprudenziale, prima richiamato, che riconosce rilievo (a livello europeo), almeno dal punto di vista processuale, alle possibili discriminazioni a rovescio (tali a livello interno): facendo riferimento a questa previsione legislativa, in effetti, il giudice nazionale ben potrebbe sostenere innanzi alla Corte di Giustizia la necessità di una sua pronuncia pregiudiziale proprio in ragione, si vuol dire, dell'esistenza nell'ordinamento italiano di una legge che gli impone, qualora la discriminazione a rovescio vi sia, di trarne delle conseguenze importanti.

Si deve poi ragionare sulla possibilità che la disposizione legislativa in questione determini l'abrogazione implicita di norme di legge ad essa precedenti: norme che, in quanto causa di discriminazioni a rovescio, si dovrebbero in quest'ordine di idee ritenere non applicabili in quanto, per l'appunto, implicitamente abrogate. Senza escludere in astratto tale possibilità, si può tuttavia al riguardo osservare come, in considerazione del ruolo svolto dal criterio di specialità (e, potrebbe aggiungersi, in considerazione di altre esigenze di rilievo costituzionale), difficilmente si potrebbe arrivare a ritenere abrogate, sulla base di una norma generale come questa, tutte quelle norme legislative relative, per esempio, ai requisiti necessari per poter svolgere con adeguate garanzie per tutti i soggetti e gli interessi coinvolti certe professioni fondamentali nel nostro ordinamento.

Appena il caso di aggiungere, infine, come l'applicazione della norma di cui sopra – che, testualmente impone, lo si ricorda, la non applicazione di «norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea» – trovi ostacoli pressoché insuperabili nel caso di leggi successive.

E ciò per la semplice ed evidente ragione che, come ben noto, il legislatore ordinario non può porre vincoli giuridicamente rilevanti all'attività futura dello stesso legislatore ordinario, né men che meno attribuire ai giudici un potere, sostanzialmente, di 'sindacato diffuso' su norme con forza di legge.

Rispetto a tale considerazione risulta coerente la circostanza che l'unica pur importantissima eccezione, ovvero il potere-dovere di non applicazione delle norme interne in contrasto con norme comunitarie direttamente applicabili, è stata ritenuta ammissibile, a seguito oltretutto di un lungo e travagliato 'cammino giurisprudenziale', solamente in virtù del ritenuto ancoraggio delle leggi di esecuzione dei trattati comunitari all'articolo 11 della Costituzione e di una relativamente audace ricostruzione della portata e delle implicazioni di quest'ultimo.

Non è dunque un caso che, anche in presenza della previsione di cui all'art. 53 della legge n. 234 del 2012, diverse questioni relative a presunte discriminazioni a rovescio siano emerse negli anni successivi: alcune, come si è visto, venendo affrontate dalla Corte costituzionale, altre dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato.

6 Considerazioni conclusive.

Tutto ciò conferma il fatto che è del tutto illusorio pensare di poter risolvere il problema delle discriminazioni a rovescio una volta per tutte affermando, sia pure per via legislativa, una rigida regola per cui la soluzione sarebbe sempre e comunque l'estensione a livello interno della normativa europea.

È vero invece che ci sono situazioni in cui la soluzione più corretta potrebbe non essere questa.

In particolare – ma si tratta evidentemente di una considerazione dalla portata molto ampia e dalle implicazioni molto forti – sembra necessario sottolineare come il principio del mutuo riconoscimento in linea di principio presupponga, al fine del buon funzionamento dello stesso sistema europeo, che vi siano delle discipline interne applicabili (tendenzialmente, quelle del 'paese d'origine'), sicché l'abbattimento di queste discipline interne, perché meno favorevoli di altre, risulterebbe 'insensato' addirittura dal punto di vista europeo.

Da ciò la necessaria presa di consapevolezza del fatto che le possibili soluzioni devono essere molto più articolate, dovendosi oltretutto ricercare non sempre nell'ordinamento interno (nelle diverse forme che si sono pur rapidamente illustrate, soprattutto nel paragrafo 4) ma a volte nell'ordinamento europeo, attraverso il sindacato sulla validità delle direttive e in genere degli atti di diritto derivato, oltre che attraverso non meno importanti attività interpretative, nonché, all'occorrenza, giungendo a mutamenti di approccio a livello normativo.

Rischioso, semplicistico e contraddittorio è invece pretendere che la soluzione corretta e più adeguata sia sempre e comunque quella del livellamento

(verso l'alto o verso il basso è difficile dirlo, il giudizio spesso dipendendo dai punti di vista dei diversi soggetti coinvolti e dalle diverse esigenze, aspettative, beni ed interessi presi a parametro di valutazione) a favore della disciplina europea; o, meglio, del regime (talora consistente in una assenza di disciplina) applicabile a certe situazioni sulla base di norme europee.

Occorre tra l'altro tenere a mente che, di norma, nell'ordinamento interno, un presupposto della possibilità di estendere una disciplina a una fattispecie ritenuta omogenea da parte della Corte costituzionale è la possibilità che tale Corte all'occorrenza faccia il contrario: infatti, davanti a due norme che prevedono discipline diverse per situazioni di fatto simili. la Corte costituzionale ha sempre (laddove entrambe le norme appartengono all'ordinamento interno: è questo il punto, cruciale, su cui si tornerà poco oltre) la possibilità di decidere in quale verso ristabilire l'uguaglianza, estendendo la disciplina prevista da una norma all'altra o viceversa. Ciò segnatamente in quanto la Corte costituzionale può sempre sollevare innanzi a sé stessa, attraverso una 'autorimessione', una questione di legittimità sul tertium comparationis, cioè sulla norma in raffronto alla quale si lamenta l'arbitraria o comunque irragionevole differenza di trattamento da parte della norma impugnata; la Corte potrebbe cioè alla bisogna chiedersi, per così dire, se l'origine del problema non sia proprio nella norma invocata come termine di raffronto, che potrebbe al limite finire per essere risolto attraverso una equiparazione in direzione inversa rispetto a quella richiesta dal giudice *a quo*.

Nel caso in cui il *tertium comparationis* sia invece una norma europea – ecco il punto – questa possibilità la Corte costituzionale in linea di principio non ce l'ha, perché non può certo la Corte italiana dichiarare l'incostituzionalità di una norma europea¹⁶ o estendere d'ufficio, almeno nei casi in cui l'ordinamento europeo non lo consenta, la disciplina interna alle fattispecie di rilievo europeo, fermo restando che in alcuni altri casi.

¹⁶ Cfr., sul problema in questione, E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «a rovescio» cit.*, p. 353, ove si osserva come tale limitazione oggettiva «evidenzia l'incompletezza del giudizio interno» e, in relazione a ciò, ci si spinge a notare come possa accadere «che la lesione dell'eguaglianza di trattamento fra fattispecie "comunitarie" e fattispecie "interne" vada imputata *alla normativa comunitaria* quale norma *di mero privilegio*» (corsivi aggiunti). Sul punto v. anche le già richiamate osservazioni svolte dall'A alla nota 5 e alle p. 368 ss. dello stesso scritto.

Sul punto v. inoltre S. Amadeo, G.P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia cit.*, pp. 1245-1246, ove si osserva come, in casi quali quelli di cui ci stiamo occupando, «nel giudizio di eguaglianza svolto in base all'art. 3 Cost. il diritto comunitario assurge a termine di comparazione *immodificabile*» (corsivo originale).

Ed è chiaro che di questo elemento di asimmetria, di questa sorta di zoppia decisoria che costringe la Corte costituzionale a un giudizio in qualche modo 'monco', non può non tenersi conto nel riflettere sul modo o, meglio, secondo quanto si è visto, sui modi, di affrontare questione complesse e delicate quali sono le vere o presunte discriminazioni a rovescio.

Ciò risulta ancora più evidente con riferimento a quel particolare tipo di discriminazione a rovescio derivante dalla mancata applicazione della Carta dei diritti fondamentali, in conseguenza, in particolare, di quanto previsto relativamente all'«ambito di applicazione» della stessa nella 'clausola orizzontale' di cui al già citato articolo 51 della medesima.

In effetti, pur potendosi ritenere che il problema da un punto di vista teorico ed in linea generale si configuri, e sia da affrontare, in modo analogo
a quanto si è visto relativamente a tutte le altre ipotesi di discriminazioni a
rovescio, occorre tenere in massima considerazione la circostanza che estendere la tutela di un diritto fondamentale – questa sarebbe infatti la 'posta
in gioco' ove a venire in rilievo fosse la Carta – comporta in molti casi una
minor tutela di un altro diritto o principio fondamentale¹⁷, tutto ciò andando a
'drammatizzare' un rilievo che si era già svolto in precedenza, laddove si era
sottolineata la necessità di adottare, in riferimento a ogni lamentata discriminazione a rovescio, tutti i possibili 'punti di vista'.

Così stando le cose, si può osservare come risulti particolarmente preziosa¹⁸ la possibilità, che è venuta a crearsi e rafforzarsi negli ultimi lustri, di una interlocuzione diretta tra Corte costituzionale e Corte di giustizia¹⁹, potendo

¹⁷ Esemplare in questo senso, anche per l'intreccio di fonti nazionali ed europee evocate, è tra le tante la sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019.

¹⁸ Specialmente in vista della (a nostro avviso quanto mai opportuna, ed anzi propriamente necessaria) piena valorizzazione di quegli importanti spunti di riflessione e di quelle proposte operative contenute nel più volte citato scritto di Enzo Cannizzaro, in particolare in relazione alla opportunità di affrontare il problema delle discriminazioni a rovescio in modo 'globale' e all'occorrenza mettendo anche in discussione, coinvolgendo la Corte di giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, l'interpretazione o la stessa validità (quanto alle fonti di diritto derivato) delle norme comunitarie dalle quali, 'per la loro parte', discende la discriminazione (quale 'effetto collaterale' – non sempre tenuto nella giusta considerazione dal legislatore europeo – di scelte di quest'ultimo che potenzialmente, anche per questa specifica ragione, potrebbero risultare illegittime).

¹⁹ Al riguardo vale la pena evidenziare – senza che occorra spendere molte parole per argomentare sul punto (alla luce tra l'altro di alcune note vicende degli ultimi anni, a partire dal 'caso Taricco', che di per sé corroborano quanto si sta andando a dire) – come un rinvio pregiudiziale effettuato da una Corte costituzionale e congruamente motivato potrebbe risultare assai incisivo allo scopo di superare, almeno in parte, quell'agnosticismo della Corte di giustizia di cui si è detto, spingendo quest'ultima a porsi ed affrontare, da un punto di vista

su questo specifico terreno e in generale con riferimento al problema oggetto del presente scritto giocare un ruolo molto importante proprio quello 'schema procedurale' – una sorta di 'triangolazione' tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di giustizia – prefigurato, in particolare, dalla nota sentenza n. 269 del 2017, e 'messo a punto' in alcune più recenti decisioni²⁰.

europeo e su un piano sostanziale, alcuni di quei problemi di coerenza e tenuta del sistema complessivo che, in passato, il giudice di Lussemburgo ha ritenuto non rilevanti o comunque 'eludibili' (così 'scaricando' sul solo livello nazionale la soluzione di problemi che però almeno in molti casi, per le ragioni anzidette, a livello nazionale non potevano e non possono essere risolti adeguatamente).

²⁰ In proposito, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, ci si permette di rinviare al nostro *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 3/2019 e in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, 2021, pp. 4503-4530.

IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO ATTUALE

Sara Tonolo*

Sommario: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Principio di uguaglianza e criteri di collegamento. – 3. Scelta del criterio di collegamento e principio di uguaglianza. La cittadinanza e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. – 4. Residenza, domicilio, sede e principio di uguaglianza. – 5. *Electio iuris* e principio di uguaglianza. – 6. Operatività del principio di uguaglianza tramite il limite di ordine pubblico. – 7. Possibili discriminazioni derivanti dall'operatività dell'ordine pubblico; controlimiti. – 8. Possibili discriminazioni derivanti dal funzionamento delle norme di applicazione necessaria. – 9. Osservazioni conclusive.

1. Osservazioni introduttive.

Complessi sono i profili secondo i quali la rilevanza del principio di uguaglianza può apprezzarsi, con riguardo alla determinazione della legge applicabile alle fattispecie che presentano collegamenti con sistemi giuridici differenti.

Viene innanzitutto in considerazione l'interpretazione dei criteri di collegamento, da effettuare, entro l'ordinamento del foro, allo scopo di valutarne le modalità di funzionamento. Tale interpretazione, rivolta all'applicabilità del diritto internazionale privato, da configurarsi in relazione alle finalità che un ordinamento si prefigge, si definisce tradizionalmente quale riscontro di operabilità, ovvero di rilevanza del momento di collegamento ai fini dell'applicazione della norma che lo prevede¹. Si effettua una valutazione di rilevanza, che vale a determinare l'applicazione o la disapplicazione del criterio di collegamento, per soddisfare le aspettative dei soggetti coinvolti

^{*} Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università di Trieste. Il testo costituisce la rielaborazione scritta della relazione tenuta a Genova il 15 ottobre 2021, nell'ambito del convegno conclusivo dell'attività didattica dottorale relativa all'a.a. 2020/2021.

¹ E. Vitta, *Diritto internazionale privato*, vol. I, Torino, 1972, p. 268 ss.; G. Conetti, *L'arrêt Martini: considerazioni sulla scelta del criterio di collegamento*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 257 ss., p. 263.

in maniera paritaria, obiettivo indiscusso della giustizia del diritto internazionale privato².

Altra questione si pone all'esito dell'individuazione dei collegamenti, in seguito all'operatività di valutazioni concernenti la giustizia materiale della disciplina richiamata e la sua attitudine a soddisfare i diritti fondamentali. La parziale operatività del diritto richiamato, per effetto di adattamento o concorso cumulativo con altro ordinamento o dell'operatività del limite dell'ordine pubblico, o delle norme di applicazione necessaria, non deriva dall'idoneità dei criteri di collegamento a determinare la connessione più opportuna sotto il profilo della giustizia di diritto internazionale privato, ma si configura come il risultato di una giustapposizione di leggi richiamate, in cui prevalgono le finalità di giustizia materiale³. Anche in questo caso, può rilevare il principio di uguaglianza, non in quanto ausilio interpretativo dell'ambito di applicazione delle regole di conflitto, ma piuttosto quale principio generale posto a tutela dei diritti fondamentali degli individui nelle relazioni private⁴. Tale secondo profilo di rilevanza del principio di uguaglianza ha una duplice valenza, riguardando, da un lato, il blocco, tramite l'ordine pubblico, dell'operatività della legge straniera in contrasto col principio di uguaglianza, che realizza al contempo la diseguale applicazione della legge straniera e della lex fori ed esclude o riduce l'operatività della prima a vantaggio della seconda e, dall'altro lato, la necessità che, a sua volta, l'operatività dell'ordine pubblico e la disapplicazione della legge straniera non determini una discriminazione connessa a un interesse perseguito dai giudici nazionali in maniera sproporzionata e lesiva di diritti fondamentali dell'individuo, come affermato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁵, e che situazioni simili siano

² G. Kegel, *Begriffs-und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht,* in *Fest-schrift Lewald,* Basel, 1953, p. 253 ss.

³ H. Lewald, Règles générales des conflits de lois, Contribution à la technique du droit international privé, in Recueil des Cours, 1939 – III (69), p. 77 ss.; G. Cansacchi, Scelta e adattamento della norma straniera richiamata, Torino, 1939, p. 153 ss.; I. Kisch, La loi plus favorable, in Jus et Lex, Festgabe Gutzwiller, Basel, 1959, p. 373 ss.; E. Vitta, Diritto internazionale privato, vol. I cit., p. 285 ss.

⁴ F. Salerno, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, pp. 259-291, p. 277 ss.

⁵ Corte EDU, sent. 3 maggio 2011, ricorso n. 56759/08, *Negrepontis-Giannisis* c. *Grecia*. Più in generale, per interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a supporto dell'ordine pubblico come limite al riconoscimento di decisioni estere in violazione di principi fondamentali, si veda Corte EDU, sent. 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01, *Wagner e J.M.W.L. c. Luxembourg*; Corte EDU, sent. 29 aprile 2008, ricorso n. 18648/04, *Mc Donald v. France*. Sul punto, v. A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2009 (341), p. 307.

regolate secondo regimi divergenti dinanzi ai giudici dello stesso Paese⁶. Nell'ambito di tale duplice analisi, si articolerà la riflessione sulla funzione esercitata dal principio di uguaglianza nel diritto internazionale privato attuale: da un lato, esso, nell'ambito della parità delle aspettative per l'applicazione degli ordinamenti, orienta la scelta dell'interprete per il criterio di collegamento più idoneo a tale obiettivo; dall'altro lato, in quanto strumento destinato a tutelare le posizioni individuali e i diritti fondamentali, consente di suggerire le soluzioni più efficaci da seguire a tal fine⁷.

2. Principio di uguaglianza e criteri di collegamento.

Nella delimitazione dell'ambito di applicazione delle norme di diritto internazionale privato, rilevano alcuni valori generali idonei a orientare la scelta del criterio di collegamento. Tali valori trascendono il singolo ordinamento per affermarsi nel quadro della più ampia 'comunità di diritto', notoriamente delineata da Savigny⁸.

Tra essi ricorre il principio di uguaglianza, che, in quanto presupposto della delimitazione applicativa delle regole di conflitto, ha assunto nel tempo diversi significati e aspetti.

Innanzitutto, pare opportuno ricordare che, in attuazione della nozione di uguaglianza sostanziale, dalla quale discende la necessità di trattare analogamente situazioni simili e differentemente situazioni diverse, tale principio può porsi a fondamento delle stesse regole di conflitto⁹. L'accoglimento del principio in esame, quale fondamento ideale del diritto internazionale privato, va tuttavia inteso come fonte di «directives au législateur pour l'élaboration des ses règles de conflit [...] une notion ressortissant à la politique juridique mais néanmoins susceptible de trouver parfois un fondement dans le droit constitutionnel ou le droit international public positif» ¹⁰. Si tratta, più che di un principio, di una tendenza dei sistemi di conflitto ¹¹.

⁶ W. Wengler, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, in *Revue critique dr. int. privé*, 1963, p. 203 ss., p. 525.

⁷ A. Bucher, La dimension sociale du droit international privé cit., p. 307 ss.; F. Salerno, Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti di diritto internazionale privato, in Diritti umani e diritto internazionale, 2014, pp. 249-266.

⁸ F.K. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, vol. VIII, Berlin, 1849, p. 28 ss.

⁹ W. Wengler, Les conflits de lois et le principe d'égalité cit., p. 203 ss.

¹⁰ Ancora W. Wengler, Les conflits de lois et le principe d'égalité cit., p. 204.

¹¹E. Vitta, *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1979-I (162), p. 46 ss.

In sostanza, il principio di uguaglianza non giustifica il collegamento della cittadinanza o quello del domicilio, ma si limita a imporre la parità di trattamento dei sistemi giuridici applicabili, in presenza di collegamenti parimenti ragionevoli per la connessione con gli interessi dei soggetti coinvolti. Si pensi ad esempio alla rilevanza assunta dall'uguaglianza tra uomo e donna che, generalmente affermata nelle fonti internazionali accanto al divieto di discriminazione¹², è stata applicata ad alcuni casi internazional-privatistici intorno alla metà degli anni '80 del secolo scorso dalla giurisprudenza costituzionale tedesca e da quella italiana¹³, determinando l'abbandono del collegamento della cittadinanza del marito nella disciplina di conflitto dei rapporti matrimoniali entro molti sistemi europei di diritto internazionale privato, che di conseguenza hanno previsto, in materia, il collegamento della residenza abituale comune dei coniugi, il collegamento più stretto, il luogo in cui è prevalentemente localizzata la vita matrimoniale, o la *lex fori*¹⁴.

Più in generale, le origini della connessione tra uguaglianza e criteri di collegamento, con particolare riguardo a quello della cittadinanza, possono leggersi, quanto al sistema italiano di diritto internazionale privato, nell'opera di Pasquale Stanislao Mancini¹⁵, e nella codificazione dell'art. 3 del codice civile del 1865, secondo il quale lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini. È chiaro che, tramite questa disposizione, si determina la necessità di considerare la *lex fori* in posizione di parità con il diritto straniero, secondo un sistema internazionalmente nazionalista,

¹² La discriminazione in base al sesso costituisce una specifica applicazione del principio di uguaglianza sin dalla previsione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, Universal Declaration of Human Rights (UDHR), GA Res. 217/A (III), 10.12.1948, U.N. Doc. A/810, 71, poi ribadita in maniera vincolante dall'art. 2 del Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171, e dall'art. 2.2. del Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976), 993 UNTS 3. Sul punto si veda K. Henrard, Equality of Individuals, Max Planck Encyclopedia of International Law, 2008, par. 3; S. Fredman, Discrimination Law, Oxford, 2011, p. 175 ss.

¹³ In merito si veda *infra*, par. 3.

¹⁴ Sul punto cfr. A. Bucher, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 2000 (283), pp. 9-186, p. 42 ss.

¹⁵ P.S. Mancini, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo dell'Università di Torino, 22 gennaio 1851, a cura di E. Jayme, Torino, 2000, p. 23 ss.

fondato sulla nazionalità¹⁶, ma allo stesso tempo rivolto a riconoscere pari valore e dignità alla nazionalità italiana e a quella straniera¹⁷, senza discriminazioni di alcun genere, garantendo in maniera uniforme le aspettative dei soggetti interessati¹⁸.

3. Scelta del criterio di collegamento e principio di uguaglianza. La cittadinanza e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

L'ampia applicazione giurisprudenziale del criterio di collegamento della cittadinanza, codificato entro molti sistemi di conflitto, talvolta anche per motivi di opportunità pratica e politica¹⁹, quali ad es. la stabilità e certezza dello statuto personale, evidenzia la necessità di riflettere in merito alle discriminazioni collegate a un criterio astrattamente considerato idoneo a corrispondere all'uguaglianza delle parti coinvolte nel rapporto da disciplinare²⁰. Ciò anche alla luce della connessione tra cittadinanza ed evoluzione della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo²¹. Accanto alle numerose norme di fonte internazionale che sanciscono il diritto a una cittadinanza, quale ad es. l'art. 24 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, non si può non riconoscere la limitata estensione delle previsioni concernenti il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza, che può ritenersi ricompreso nel generale principio di uguaglianza sancito ad es. entro l'art. 2, par. 3, del Patto sui diritti economici

¹⁶ Ove ciò non sia possibile tramite l'applicazione delle regole di conflitto codificate, la necessità di raggiungere l'armonia internazionale delle soluzioni orienta l'attuazione degli strumenti interpretativi, quale la qualificazione, il rinvio, la soluzione delle questioni preliminari, sui quali si veda S. Tonolo, *L'Italia e il resto del mondo nel pensiero di Pasquale Stanislao Mancini*, in *Cuadernos derecho transn.*, 2011, 3, pp. 178-192.

¹⁷ P. Mayer, La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères, in Revue critique dr. int. privé, 1991, pp. 651-665, a p. 659.

¹⁸ S. Tonolo, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, Milano, p. 176 ss.

Cass. 16 gennaio 1861, in B. Ancel, Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, p. 34 ss.

¹⁹ In generale si veda P. Franzina, *Sangue*, suolo e cultura: declinazioni dell'idea di appartenenza nel diritto internazionale privato, in Diritti umani e diritto internazionale, 2019, pp. 85-98.

²⁰ Si veda ad es. BVerfG, 30 novembre 1988, in *BverfGE*, 79, 203209: «In der Anwendung seines Heimatrechts kann gerade keine Diskriminierung des Beschwerdeführers gesehen werden».

²¹ Sul punto, si veda la fondamentale pronuncia della Corte internazionale di giustizia, sent. 5 aprile 1955, *Liechtenstein v. Guatemala, Nottebohm, I.C.J. Reports*, 1955, p. 4 ss.

e sociali del 1966. Un riferimento importante al divieto di discriminazione in base alla nazionalità è contenuto nell'art. 3 par. 3 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965 (CERD)²², che pur non applicandosi «alle distinzioni, esclusioni, restrizioni o trattamenti preferenziali stabiliti da uno Stato parte della Convenzione a seconda che si tratti di propri cittadini o di non cittadini», prevede che «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come in qualsiasi modo in contrasto con le disposizioni legislative degli Stati parti alla Convenzione e che si riferiscono alla nazionalità, alla cittadinanza o alla naturalizzazione, a condizione che tali disposizioni non siano discriminatorie nei confronti di una particolare nazionalità»²³.

Nell'ordinamento italiano, il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza può dirsi ricompreso nel più generale principio di eguaglianza di cui all'art. 3, 1° co., della Costituzione. La previsione dell'art. 10, 2° co., della Costituzione²⁴ si ispira infatti ad una impostazione comune all'art. 3, 1° co., con la conseguenza che le norme e i trattati internazionali vincolanti la legge richiamata dall'art. 10 non si limitano ad assicurare uno *standard* minimo di trattamento, ma vietano qualsiasi arbitrio commesso dallo Stato nei confronti degli stranieri²⁵. Tale orientamento corrisponde a una tendenza diffusa all'interno delle fonti costituzionali di molti paesi europei²⁶, e alle indicazioni tratte dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in applicazione del divieto di discriminazione codificato entro l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁷.

Nel diritto dell'Unione europea, la discriminazione in base alla cittadinanza è vietata attualmente dall'art. 18 del Trattato sul funzionamento dell'Unione

²² G.A. Res. 2106 (XX), 21.12.1965

²³ Grazie a questa disposizione, il Comitato per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale ha talvolta censurato le distinzioni fondate sulla nazionalità che, di fatto, nascondevano una discriminazione razziale, vietata dall'art. 1, come ad es. nel caso *Ziad Ben Ahmed Habassi c. Danimarca*, Communication n. 10/1997, U.N. Doc. CERD/C/54/D/10/1997 (1997), par. 9.3.

²⁴ Art. 10, secondo comma, Cost.: «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

²⁵ L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, p. 530.

²⁶ Si veda ad es. in Germania BVerfG, 18 luglio 2006 cit., p. 243.

²⁷ Corte EDU, sent. 16 settembre 1996, ricorso n. 16213/90, *Gaygusuz c. Austria*, in cui si afferma l'incompatibilità con l'art. 14 della Convenzione europea della disciplina nazionale, che sottopone il diritto a ottenere benefici previdenziali a condizioni di reciprocità con il paese di cittadinanza dei soggetti interessati; si veda inoltre per un'analoga affermazione Corte EDU, sent. 30 settembre 2003, ricorso n. 40892/98, *Koua Poirrez c. Francia*.

europea (di seguito TFUE)²⁸, che assicura l'uguaglianza di trattamento dei cittadini dell'Unione, ed eccezionalmente quella dei cittadini di Stati terzi, ove in possesso anche della cittadinanza di uno Stato membro²⁹. Da tale principio, e dall'elaborazione giurisprudenziale che ha condotto all'attuale codificazione normativa, discendono molteplici conseguenze, tra le quali innanzitutto la circostanza che il diritto dell'Unione europea riconosca, tramite le indicazioni della Corte di Lussemburgo, la regola consuetudinaria secondo la quale la cittadinanza va determinata secondo le norme dello Stato che attribuisce la cittadinanza³⁰. È poi evidente che le regole di giurisdizione e di conflitto poste dagli atti dell'Unione europea non potranno essere, all'atto della loro applicazione, fonte di discriminazioni vietate dall'art. 18 TFUE, ad es. per effetto del richiamo della cittadinanza con riguardo ad una sola delle parti del rapporto controverso o dalle ipotesi di coesistenza di più cittadinanze in capo allo stesso individuo.

Tra gli ambiti, relativamente ai quali è possibile apprezzare la problematica compatibilità del collegamento della cittadinanza con il principio di uguaglianza, come sancito dalle fonti interne, internazionali ed europee, ricorre ad es. la disciplina dei rapporti di famiglia, entro i quali l'applicazione del collegamento della cittadinanza – ove rilevi la cittadinanza di più soggetti - evidenzia la possibilità di discriminazioni significative. Tale è il caso del sistema italiano di diritto internazionale privato, entro il quale è mutato l'approccio al criterio della cittadinanza, utilizzato, già a far data dalle disp. prel. al c.c. del 1942, non più come espressione di un ideale di nazionalità ma con riferimento a un soggetto particolare all'interno di determinati rapporti, quale 'nazionalità di gruppo'31 (rapporti fra coniugi, filiazione, adozione), con evidenti profili di criticità. In tale contesto, tuttavia, la violazione del principio di uguaglianza si evidenziava con particolare riguardo a cittadini italiani coinvolti in rapporti coniugali differenti, dal momento che il favore per la nazionalità del marito colpiva la posizione delle donne italiane, coniugate con cittadini stranieri, che dovevano sempre sottostare, nella regolamentazione

²⁸ Trattato di Lisbona del 12 dicembre 2007, in GUUE C115 del 9 maggio 2008.

²⁹ Come è stato riconosciuto da Corte giust., sent. 5 luglio 1997, cause C-64/96 e C-65/96, *Land Nordrhein-Westfalen* c. *Uecker* e *Jacquet*, ECLI:EU:C:1997:285, punto 16, con riguardo alla libertà di circolazione dei lavoratori.

³⁰ Corte giust., sent. 2 marzo 2010, causa C-135/08 *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2010:104, punto. 39.

³¹ A. Migliazza, *Problemi generali di una nuova codificazione del diritto internazionale privato*, in *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, *Atti del Convegno del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano 1986, p. 360.

dei rapporti personali e patrimoniali, all'operatività della legge del marito³², mentre i cittadini italiani coniugati con straniere vedevano applicare comunque la propria legge nazionale alle fattispecie in esame.

Anche attualmente, il riferimento alla cittadinanza di un solo soggetto della relazione familiare può essere fonte di discriminazioni. Si pensi ad es. alla disciplina dell'art. 36 della 1. 218/95, nel caso in cui in uno stesso nucleo familiare vi siano due fratelli cittadini di Stati differenti analogamente ai loro genitori³³. Le problematiche si accrescono nel caso in cui tra le cittadinanze diverse vi sia quella italiana; la prevalenza di quest'ultima, ex art. 19, 2° co., l. 218/95, potrebbe ad esempio comportare una discriminazione tra il coniuge italiano e quello straniero: se il figlio acquista, come spesso accade, la cittadinanza di ciascuno dei genitori e nella disciplina del rapporto con il genitore si attribuisce prevalenza alla cittadinanza italiana, anche quando tale soluzione non sia fondata su un collegamento effettivo con l'ordinamento così individuato (ad es. la prevalente localizzazione della vita familiare), il genitore cittadino straniero sarà discriminato nella propria aspettativa di veder applicata la legge che in ipotesi risulta più effettivamente collegata alla fattispecie, e che potrebbe corrispondere anche alla migliore tutela dell'interesse del minore.

L'operatività del collegamento della cittadinanza è stata inoltre oggetto di valutazione rispetto al principio di non discriminazione dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, nel caso in cui ad es. una norma di conflitto tedesca riconduca alcune conseguenze del divorzio alla legge nazionale del marito³⁴. La Corte ha escluso di potersi pronunciare sulla questione, essendo

³² Si veda Corte Cost., sent. 5 marzo 1987, n. 71, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2316 ss.; Corte Cost., sent. 25 novembre 1987, n. 477, in *Riv. dir. int.*, 1988, p. 220 ss., in cui si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 20, c. 1, disp. prel. c.c. «nella parte in cui, con riferimento all'ipotesi che siano noti entrambi i genitori e manchi una legge nazionale ad essi comune sancisce la prevalenza della legge nazionale del padre». La posizione della donna italiana era inoltre discriminata dalla disciplina italiana della cittadinanza, secondo la quale la donna italiana che sposava uno straniero perdeva la cittadinanza italiana quando acquistava quella del marito per matrimonio, mentre non altrettanto accadeva ai cittadini italiani; sul punto v. Corte Cost., 16 aprile 1975, n. 87, in *Riv. dir. int.*, 1975, p. 343 ss. Sul punto si veda in generale P. ZICCARDI, *Motivi della illegittimità costituzionale dell'art. 10, 1° e 3° co. della legge italiana sulla cittadinanza*, in *Studi in onore di M. Udina*, Milano, 1975, II, pp. 1313-1332.

³³ Per analoghi profili problematici nell'ambito di altri sistemi di conflitto nazionali, quale ad es. quello tedesco, si veda H. Hattenhauer, *Rechtsgeschichte. Zwischen Hierarchie und Demokratie. Eine Einführung in die geistesgechtlichen Grundlagen des geltenden deustchen Rechts*, Karlsruhe, 1971, p. 230.

³⁴ Corte giust., sent. 10 giugno 1999, causa C-430/97, *Jutta Johannes c. Hartmut Johannes*, ECLI:EU:C:1999:293. Il caso specifico riguarda la disciplina di conflitto dell'art.

richiamata la nazionalità delle parti solo quale fattore di collegamento delle norme di diritto internazionale privato, e dunque in un ambito estraneo all'applicazione del Trattato³⁵.

Più specificamente, all'atto dell'applicazione del regolamento sulla cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile alla separazione e al divorzio³⁶, pare ipotizzabile un controllo delle norme di conflitto nazionali incompatibili con il divieto di discriminazione per effetto del richiamo del collegamento della cittadinanza in riferimento a un solo coniuge. Infatti, oltre alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia UE in merito alla sindacabilità delle norme di conflitto nazionali rispetto alla loro corrispondenza al divieto di discriminazione³⁷, pare opportuno considerare la rilevanza, quale possibile

^{17, 3°} co., EGBGB relativamente a un istituto previsto dalla riforma del diritto di famiglia tedesco, il *Versorgungsausgleich*, introdotto con l'*Erstes Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts*, del 14 giugno 1976, in vigore dal 1° luglio 1977, che ha modificato i §§ 1587 – 1587p BGB, regolanti il conguaglio avente ad oggetto le prestazioni relative ad invalidità lavorativa, professionale o di vecchiaia, attuabile in caso di divorzio, a carico del coniuge che vanta aspettative o previsioni ad una prestazione soggetta ad *Ausgleich* di valore più elevato. Secondo quanto prevede il § 1587a, primo co., BGB, al coniuge creditore spetta, a titolo di *Ausgleich* (conguaglio), la metà della differenza di valore. Secondo la disciplina dell'art. 17, terzo co. EGBGB, si applica al *Versorgungsausgleich* la legge applicabile al divorzio, qualora però tale istituto sia previsto dal diritto nazionale di almeno uno dei coniugi; in caso contrario, il giudice tedesco potrà applicare il *Versorgungsausgleich* su richiesta di uno dei coniugi nella misura in cui si siano creati dei rapporti patrimoniali derivanti dal patrimonio in Germania. Sul punto, si veda A. Bucher, *La famille en droit international privé cit.*, p. 136 ss.

³⁵ Corte giust., sent. 10 giugno 1999, causa C-430/97, *Jutta Johannes cit.*, punto 27. Su tale decisione, in senso critic si veda F. RIGAUX, "Versorgungsausgleich" and Art. 12 EC: Discriminations based on the Nationality and German Private International Law, in IPRax, 2000, pp. 287-288.

³⁶ Regolamento n. 1251/2010 del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *GUUE* L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 ss. Si veda in generale sul punto: S. Bariatti, C. Ricci, *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, 2007, *passim*; I. Viarengo, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc*, 2011, pp. 601-609; I. Queirolo, L. Carpaneto, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, pp. 59-86; A. Röthel, *Il regolamento Roma III: spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc*, 2013, pp. 883-898.

³⁷ Si veda in tal senso la sentenza della Corte giust., sent. 30 aprile 1996, causa C-214/94, *Ingrid Boukhalfa*, ECLI:EU:C:1996:174, punto 19: nel caso, si tratta del confronto con il divieto di discriminazione della disciplina di conflitto tedesca in materia di servizio presso le rappresentanze diplomatiche all'estero, che distingue tra personale di cittadinanza tedesca e di altre nazionalità, applicando ai primi il diritto tedesco e i contratti collettivi in vigore in

parametro di controllo, della codificazione del collegamento della cittadinanza nell'ambito del già ricordato regolamento c.d. Roma III, o se riferito a entrambi i coniugi (art. 8), ovvero con riguardo a uno solo di essi, ma soltanto se oggetto della scelta consapevole da parte dei coniugi stessi (art. 5)³⁸.

Altre problematiche riguardano il coordinamento di norme quali il già menzionato art. 19, 2° co., della l. 218/95³⁹, e le prerogative della cittadinanza europea⁴⁰. Queste ultime hanno infatti imposto, nella interpretazione che ne ha dato la Corte di Lussemburgo, una revisione nel funzionamento delle norme di diritto internazionale privato nazionali, ove rivolte a privilegiare la cittadinanza del foro rispetto a quella europea, con inevitabili possibili discriminazioni⁴¹. Tali indicazioni giurisprudenziali possono incidere sull'applicazione delle norme nazionali, che si pongano in contrasto con i principi appena considerati, ipotizzandosi ad es. un effetto limitativo dell'art. 19, 2°

Germania, e ai secondi il diritto in vigore nello Stato ospitante. La Corte riconosce l'esistenza del problema di compatibilità della norma di conflitto con il divieto di discriminazione, poiché l'applicazione del diritto algerino al caso di specie avviene in forza della norma di conflitto tedesca.

³⁸ S. Bariatti, Multiple Nationalities and EU Private International Law – Many Questions and Some Tentative Answers, Yearbook of Private International Law, 2011, vol. XIII, pp. 1-19, spec. p. 14.

³⁹ Secondo l'art. 19, c. 2, l. 218/95: «Se la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale». Si v. in generale sul punto R. CLERICI, *Recenti orientamenti di alcuni Stati europei nei confronti della doppia cittadinanza*, in Collisio legum, *Studi di diritto internazionale privato per G. Broggini*, Milano, 1997, pp. 101-118.

⁴⁰ Sul punto, si veda in generale E. Pérez Vera, *Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers*, in *Recueil des Cours*, 1996 (261), pp. 243-425.

⁴¹ Si veda ad es. Corte giust., sent. 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello e Stato belga*, ECLI:EU:C:2003:539, punto 45, sulla quale si v. S. Tonolo, *La legge applicabile al diritto al nome dei bipolidi nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, pp. 957-976. La rilevanza del nome, quale oggetto di un diritto fondamentale della persona è stata in seguito ribadita da Corte giust., sent. 9 ottobre 1997, causa C-291/96, *Grado, Bashir*, ECLI:EU:C:1997:479, punto 15. Nello stesso senso si veda poi Corte giust., sent. 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin Paul*, ECLI:EU:C:2008:559, sulla quale si veda M. Lehmann, *What's in a name? Grunkin-Paul and Beyond*, in *Yearbook of Private International Law*, 2008, pp. 135-164; C. Honorati, *Free Circulation of Names for EU Citizens*, in *Dir. UE*, 2009, pp. 379-402; Id., *La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali*, in G. Venturini S. Bariatti (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, pp. 473-487; V. Lipp, *Namensrecht und Europarecht* – *Die Entscheidung Grunkin-Paul II und ihre Folgen für das deutsche Namensrecht*, in *Das Standesamt*, 2009, pp. 1-8.

co., della l. 218/95⁴². La Corte sembra infatti suggerire la disapplicazione della cittadinanza del foro, nel caso in cui fra le cittadinanze in concorso vi sia quella di uno Stato dell'Unione europea, qualora la soluzione opposta possa operare una restrizione dei diritti connessi alla cittadinanza europea, ad es. in tema di disciplina del diritto al nome⁴³. Più in generale, al di là dei casi in cui la prevalenza della cittadinanza italiana prevista dall'art.19, secondo comma, può essere evitata in materia di diritti della personalità tramite l'operatività di altri criteri di collegamento (ad es. quello del rapporto sulla cui base il nome è stato attribuito in caso di disciplina del diritto al nome), è possibile che anche entro il sistema italiano di conflitto si verifichino delle situazioni in cui la prevalenza della nazionalità del foro venga esclusa al fine di evitare la violazione del divieto di discriminazione⁴⁴, con individuazione della disciplina della materia tramite il criterio della cittadinanza effettiva⁴⁵.

4. Residenza, domicilio, sede e principio di uguaglianza.

Nell'ambito della crisi che ha colpito il collegamento della cittadinanza, occorre considerare la maggiore rilevanza assunta da altri collegamenti: residenza delle persone fisiche, sede delle persone giuridiche, domicilio.

Tra le argomentazioni a supporto di tali criteri, ricorre innanzitutto la circostanza che essi assicurano un'adeguata integrazione sociale del soggetto

⁴² S. Bariatti, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 671-706, a p. 704.

⁴³ Corte giust., sent. 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello e Stato belga cit.*, punto 45; Corte giust., sent. 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin Paul cit.*

⁴⁴ Come nel caso deciso da Trib. Novara, 14 luglio 2011, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 958, in cui si è applicata la legge rumena in un caso di concorrente cittadinanza italiana per la maggiore capacità identificativa della prima. Sulla necessità di conservazione del nome come attinente a un diritto fondamentale della persona di cui all'art. 8 della CEDU, si veda inoltre Corte EDU, sent. 5 dicembre 2013, ricorso n. 32265/10, *Kismoun v. France*, nell'ambito della quale è stato censurato come contrario all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo l'orientamento dello Stato francese che dinanzi a un cittadino franco-algerino, che aveva inizialmente utilizzato il cognome francese, per poi optare per quello algerino, nello Stato di successiva residenza, l'Algeria, consentiva solo di aggiungere il cognome algerino a quello francese.

⁴⁵ Come suggerito da Cass. 13 novembre 2015, n. 23291, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 1090, ove la preferenza per la cittadinanza effettiva è stata affermata con riguardo al caso concernente il mantenimento del nome coniugale da parte della moglie bipolide dopo il divorzio.

coinvolto nella relazione rispetto alla quale occorre individuare la legge applicabile; inoltre, tali criteri di collegamento appaiono determinare la legge applicabile in maniera imparziale e più coerente al principio di uguaglianza. A conferma di tale ultima affermazione, si può trarre un indizio significativo dalla circostanza che la residenza è criterio di applicazione della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, notoriamente idoneo ad assicurare maggiore flessibilità alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo⁴⁶. Inoltre, sempre in tale contesto, appaiono significative le indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, chiamata a verificare la possibile discriminazione derivante dal collegamento del *domicile*, in ordine alla disciplina del divorzio di un cittadino irlandese domiciliato in Irlanda, e suscettibile, nell'opinione del ricorrente, di discriminare lo stesso rispetto ai soggetti non domiciliati in Irlanda, che potevano ottenere il divorzio all'estero e poi procedere al riconoscimento dell'atto, ha escluso tale possibilità per obiettive differenze esistenti con riguardo a tali situazioni⁴⁷.

Il rispetto del principio di uguaglianza non è tuttavia pienamente assicurato all'atto della definizione del criterio di collegamento della residenza⁴⁸. Poiché tale criterio è generalmente utilizzato in molti atti internazionali sia come criterio di giurisdizione, sia come criterio di collegamento, come ad es. in quelli aventi ad oggetto la tutela dei minori o degli incapaci⁴⁹, ed è inoltre accolto dalla quasi totalità degli strumenti di cooperazione giudiziaria adottati dall'Unione europea, si è da tempo evidenziata la difficoltà di definirlo in maniera uniforme⁵⁰.

⁴⁶ M. Hunter-Henin, *Droit des personnes et droits de l'homme: combination ou confrontation?* In *Revue critique dr. int. privé*, 2006, pp. 743-775, a p. 764; L.R. Kiestra, *The impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Maastricht, 2014, *passim*.

⁴⁷ Corte EDU, 18 dicembre 1986, ricorso n. 9697/82, Johnston c. Irlanda, par. 60.

⁴⁸ In particolare, con riguardo al divieto di discriminazione sancito dal diritto dell'Unione europea, si veda H.P. Mansel, *The Impact of the European Union's Prohibition of Discrimination and the Right of Free Movement of Persons on the Private International Law Rules of Member States with Comments of the Sayn-Wittgenstein Case before the European Court of Justice*, in *Liber amicorum Kurt Siehr*, Zürich, 2010, pp. 291-309, a p. 298.

⁴⁹ Quale ad es. la Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 sulla tutela degli adulti incapaci. Si vedano in proposito le osservazioni di P. Lagarde, Rapport explicatif de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, in Actes et documents de la Conférence de La Haye, 2000, n. 49.

⁵⁰ Sulle difficoltà di definizione del criterio, si veda R. Lamont, *Habitual Residence and Bruxelles II bis: Developing Concepts for European Private International Family Law*, in *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 261-281.

Una significativa conferma di tale questione si può ad esempio leggere nella giurisprudenza italiana concernente l'interpretazione della nozione di residenza del minore, relativamente alla quale si delineano due differenti nozioni. Da una parte, si evidenzia l'orientamento che fornisce la nozione di residenza 'affettiva', o meglio potrebbe dirsi 'autonoma' in quanto sostanzialmente elaborata sui caratteri della normativa alla quale deve essere applicata ed individuata nel luogo in cui il minore si trova e nel quale riconosce il centro dei propri legami affettivi⁵¹. Secondo un altro orientamento, più risalente nel tempo, si accetta, anche con riferimento a fattispecie relative a minori, l'interpretazione modellata sull'accezione comune di residenza, di cui all'art. 43 cod. civ., che stabilisce che la residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale, secondo una c.d. 'residenza di fatto'52. Questa difformità tra differenti interpretazioni della nozione di residenza ricorre nell'ambito di alcuni ordinamenti⁵³ e pone problemi delicati quando si confrontino le prassi nazionali, anche se, ad evitare possibili interpretazioni contrastanti è di fondamentale supporto la giurisprudenza della Corte dell'Unione europea, secondo la quale, ad es. con riferimento all'art. 8 n. 1 del regolamento Bruxelles II bis, i giudici nazionali devono operare una valutazione globale della situazione della persona della quale occorre accertare la residenza abituale al fine di verificare la sua effettiva integrazione in un determinato ambiente sociale e familiare⁵⁴.

Quanto al profilo del tempo, a seconda del momento in cui si considera una situazione, l'operatività della residenza può condurre ad una sorta di discriminazione temporale degli effetti della fattispecie. Si pensi ad es. al caso in cui in base al regolamento 650/2012 in materia di successioni si faccia riferimento all'ultima residenza del *de cuius*⁵⁵. Tale riferimento comporta che

⁵¹ Si veda ad es. Cass. 16 febbraio 2008, n. 3798, in *Fam. dir.*, 2008, p. 885 ss. Si veda inoltre Cass. 15 marzo 2010, n. 6197; 11 gennaio 2006, n. 397; 2 febbraio 2005 n. 2093; 16 luglio 2004, n. 13167, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 147 ss.

⁵² Si veda ad esempio Cass. s.u. 13 giugno 2008 n. 16112; 31 gennaio 2006 n. 2171, in *Dir. e giust.*, 2006, p. 20 ss.; Cass. 23 gennaio 2003 n. 1058, in *Fam Dir.*, 2003, p. 273 ss.

⁵³ Nell'ordinamento francese, si veda ad es. la sentenza della Cass. fr., 14 dicembre 2005, in *Droit de la famille*, 2006, p. 19.

⁵⁴ Corte giust., sent. 2 aprile 2009, causa C-523/07, A, ECLI:EU:C:2009:225.

⁵⁵ Il Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, è pubblicato in *GUUE*, n L 201 del 27 luglio 2012, p. 107 e ss. Su di esso si veda A. Davì, A. Zanobetti, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, Torino, 2014; A. Bonomi, P. Wautelet, *Il regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015, *passim*; D. Damascelli, *Due proposte di riforma del*

il *de cuius* non possa contare sulla validità sostanziale del suo testamento (in base alla legge dello Stato dove poteva avere avuto la residenza nel momento in cui ha disposto) qualora dovesse spostare la sua residenza in un momento successivo alla redazione dello stesso.

Ad incerti profili applicativi in merito al divieto di discriminazione posto dalle norme del diritto dell'Unione europea può dare origine il richiamo del collegamento della sede delle società nell'ambito dell'art. 25, primo comma, II frase, della 1, 218/95, che, derogando la disciplina dell'art. 25, primo comma, I frase, fondata sul criterio di collegamento del luogo di costituzione dell'ente, prevede che si applica la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia o se in Italia si trova l'oggetto principale degli enti cui si riferisce la disciplina in esame. Si pone il problema di vedere se tale norma sia ancora applicabile alla luce della riforma del diritto societario che ha introdotto nel codice civile la norma dell'art. 2507 c.c., secondo cui «l'interpretazione ed applicazione delle disposizioni contenute nel presente capo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee»⁵⁶. Ritenendosi che tale norma abbia effetti anche sulle norme di conflitto in materia societaria, potrebbe porsi il problema della compatibilità della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea⁵⁷ con la disposizione dell'art. 25, c. 2, l. 218/95: il principio della libera scelta della lex societatis affermato dalla Corte quale prerogativa degli imprenditori attivi sul mercato comune pare suggerire la disapplicazione della norma italiana in esame in relazione alle società costituite negli Stati membri⁵⁸; l'operatività del diritto italiano potrebbe essere ammessa solo ove giustificabile per esigenze imperative, quali ad es. la «tutela degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza, dei lavoratori o del fisco»⁵⁹.

sistema di conflitto italiano in materia di donazioni e successioni, in C. Campiglio (a cura di), Un nuovo diritto internazionale privato, Padova, 2019, pp. 227-249.

⁵⁶ Tale riferimento è da intendersi all'ordinamento dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 12 dicembre 2007, in *GUUE*, C115 del 9 maggio 2008.

⁵⁷ Corte giust, sent. 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126; Corte giust., sent. 5 novembre 2002, causa C-208/00, Überseering, ECLI:EU:C:2002:632; Corte giust., sent. 30 settembre 2003, in causa C-167/01, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512; Corte giust., sent. 13 dicembre 2005, causa C-411/03, *SEVIC*, ECLI:EU:C:2005:762; Corte giust., sent. 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723; Corte giust., sent. 25 ottobre 2017, causa C-106/16, *Polbud-Wykonawstwo sp.z.o.o.*, ECLI:EU:C:2017:804.

⁵⁸ S.M. Carbone, *La riforma societaria fra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, pp. 89-100, a p. 93.

⁵⁹ Corte giust., sent. 5 novembre 2002, causa C-208/00, Überseering cit., punto 92.

5. Electio iuris e principio di uguaglianza.

Il collegamento della scelta di legge appare in astratto perfettamente coerente al principio di uguaglianza, in quanto operante in base a una volontaria e paritaria adesione degli individui coinvolti nel rapporto da disciplinare.

Non sempre la codificazione dello stesso entro le fonti del diritto internazionale privato può tuttavia dirsi priva di criticità in merito a tale aspetto.

Si pensi ad es. al fatto che il regolamento Roma II sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali⁶⁰ consente la scelta della legge applicabile anche anteriormente al fatto che ha causato il danno, nell'ipotesi in cui tutte le parti esercitino un'attività commerciale (art. 14, lett. b): non ritenendosi di essere in presenza di una parte debole, si consente un più ampio impiego dell'*optio legis*, in vista dell'obiettivo di realizzare l'uniformità di disciplina in caso di connessione dell'obbligazione non contrattuale con un'obbligazione contrattuale⁶¹. Non è detto che in questo modo si realizzi una completa parità di trattamento delle aspettative delle parti.

In generale, il Regolamento Roma II prevede l'operatività della legge del luogo in cui si è verificato il danno (art. 4), indipendentemente da quello in cui si sia verificato il fatto generatore del medesimo (art. 4, par. 1), evitando così, oltre ai problemi conseguenti al forum shopping⁶², le discriminazioni indirettamente derivanti dalla scelta tra luogo dell'evento e luogo dell'azione. Il par. 2 dell'art. 4 specifica che si applica la legge del luogo di residenza solo se danneggiante e danneggiato sono abitualmente residenti nel medesimo Stato, richiamando quindi la residenza in modo da evitare qualsiasi possibile discriminazione determinata dal riferimento della stessa a una delle parti del rapporto. Pertanto, anche se il regolamento enuncia tra i suoi obiettivi, al considerando 16, il «ragionevole equilibrio tra gli interessi del presunto responsabile e quelli della parte lesa», non pare che esso riesca a riequilibrare le posizioni già intrinsecamente differenziate delle parti in occasione della commissione di un illecito, se non in circostanze in cui, eccezionalmente, si afferma la tutela dell'interesse della vittima, come dimostra la limitata rilevanza della scelta della legge applicabile a favore della parte lesa.

La tutela della parte debole si può più opportunamente realizzare tramite

⁶⁰ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II"), in *GUUE* L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss.

⁶¹ P. De Cesari, Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, Torino, 2005, p. 433.

⁶² P. DE CESARI, Diritto internazionale privato cit., p. 416 ss.

altri metodi, che si definiscono o tramite la ricerca della legge che risulti in ogni caso più conveniente, o perché individuata tramite un criterio di collegamento prevedibile, quale ad es. il domicilio o la residenza, o entro certi limiti la scelta di legge, o perché rivolta al richiamo della legge in concreto più favorevole. La discriminazione positiva che si viene a creare seguendo tali opzioni appare funzionale al riequilibrio delle posizioni dei contraenti, anche se è possibile ravvisare un ulteriore fattore di discriminazione tra la parte debole che conclude un contratto internazionale e quella che stipula lo stesso contratto senza profili di estraneità. Solo nella prima ipotesi, infatti, il contraente debole sarebbe tutelato dal gioco del conflitto di leggi e dall'applicazione di una legge anche straniera, in quanto maggiormente favorevole rispetto a quella del domicilio o della residenza, mentre nella seconda lo stesso contraente rischierebbe di veder applicata la legge dell'unico ordinamento con il quale la fattispecie è connessa.

Pare pertanto che la delimitazione della discriminazione positiva per effetto delle finalità del principio di uguaglianza dovrebbe indurre a ritener preferibile la tutela realizzata dall'applicazione di un criterio di collegamento vicino alla parte debole, quale uno di quelli previsti dal Regolamento Roma I⁶³, per i consumatori e gli assicurati (residenza abituale) e per il lavoratore (luogo di svolgimento dell'attività), oltre alla generale operatività del criterio del collegamento più stretto⁶⁴, in assenza di *electio iuris*.

⁶³ Regolamento (CE), n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), GUCE L 177, 4 luglio 2008. In generale su tale atto si veda: O. Lando, P. A. Nielsen, The Rome I Regulation, in Common Market Law Review, 2008, p. 1715; B. Ubertazzi, Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, Milano, 2008, p. 101; T. Ballarino, Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I, in Riv. dir. int., 2009, p. 40 e ss.; Id., Il regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto, in Cuadernos de derecho trasnacional, 2009, p. 5 ss.; F. Salerno, P. Franzina (a cura di), Commentario al Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"), in Nuove Leggi Civili Commentate, 2009, pp. 521-955; N. Boschiero (a cura di), La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I), Torino, Giappichelli, 2009; A. Bonomi (a cura di), Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile, Torino, 2009, passim.

⁶⁴ Tale previsione è stata introdotta a modifica della proposta della Commissione, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, COM (2005) 650 def., presentata dalla Commissione il 15 dicembre 2005, che prevedeva, in assenza di scelta, il collegamento della residenza abituale, determinando invece l'operatività di una soluzione non necessariamente protettiva della parte debole.

6. Operatività del principio di uguaglianza tramite il limite di ordine pubblico.

Nell'ambito dell'analisi concernente la rilevanza del principio di uguaglianza con riguardo alla determinazione della legge applicabile alle fattispecie che presentano collegamenti con ordinamenti differenti, rileva poi la valutazione del principio di uguaglianza all'esito del funzionamento dei criteri di collegamento.

In tale contesto, viene in considerazione la possibilità di far valere tramite il limite dell'ordine pubblico la violazione del principio di uguaglianza.

L'ordine pubblico internazionale – come noto – si identifica in una nozione suscettibile di variare nello spazio e nel tempo, e ricostruibile tramite principi fondamentali, codificati a livello di diritto interno ma anche in ambito sovranazionale, rispetto ai quali lo Stato si sia vincolato⁶⁵. Nel diritto internazionale privato italiano, tale limite è sancito dall'art. 16 della l. 218/95, che stabilisce la non applicabilità della legge straniera i cui effetti siano contrari all'ordine pubblico. Non vi è dubbio che il principio di uguaglianza rientri tra i principi fondamentali di molti sistemi giuridici, e risulti pertanto rilevante ai fini dell'operatività del limite dell'ordine pubblico internazionale⁶⁶, anche se in alcuni di essi tale aspetto è più chiaramente evidenziato, come ad es. nel sistema di conflitto tedesco, entro il quale l'art. 6 EGBGB precisa che le norme straniere non sono applicabili qualora si pongano in contrasto con i diritti fondamentali⁶⁷.

Si riconosce generalmente che l'ordine pubblico assicura il rispetto di valori inderogabili; l'affermazione del principio di uguaglianza non si traduce tuttavia in uno squilibrio della parità dei sistemi giuridici in conflitto, dal momento che interviene solo nelle ipotesi in cui occorra assicurare l'applicazione omogenea della disciplina di conflitto del foro, non operando invece nei casi in cui il richiamo della legge straniera consenta di conseguire

⁶⁵ Cass., S.U., 5 luglio 2017 n. 16601, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1305 ss. Sul punto, si veda G. Zarra, *L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/2017*, in *Diritto del commercio internazionale*, pp. 722-749; P. Franzina, *The Purpose and Operation of the Public Policy Defence as Applied to Punitive Damages*, in S. Bariatti, M. Fumagalli, Z. Crespi Reghizzi (a cura di), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Padova, 2019, pp. 43-74.

⁶⁶ T. Ballarino, *Costituzione e diritto internazionale privato*, Padova p. 108 ss.; P. Hammje, *Droits fondamentaux et ordre public*, in *Revue critique dr. int. privé*, 1997, pp.1-31, a p. 9.

⁶⁷ A. Bucher, L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, in Recueil des Cours, 1993 (239), pp. 9-116, a p. 52; P. Hammje, Droits fondamentaux et ordre public cit., p. 1 ss.

un risultato sostanzialmente equivalente a quello derivante dall'operatività della *lex fori*, come ad es. nel quadro del diritto internazionale privato della famiglia⁶⁸.

È innegabile che, in molte ipotesi, l'applicazione della legge straniera, analogamente alla riconoscibilità delle sentenze straniere, è stata negata ove in contrasto con il principio di uguaglianza, come nel caso del ripudio previsto dagli ordinamenti islamici, con riguardo all'operatività del principio di uguaglianza rispetto alla posizione dei coniugi, e alla parità dei diritti ad essi attribuiti entro la relazione matrimoniale, secondo un orientamento comune in molti Paesi europei⁶⁹.

La corrispondenza dell'ordine pubblico a principi fondamentali internazionalmente sanciti si può inoltre leggere nelle applicazioni giurisprudenziali dell'art. 5 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁷⁰, che, nella parte relativa all'uguaglianza dei coniugi, è stato ad es. richiamato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo alla disciplina svizzera di liquidazione del regime matrimoniale⁷¹, o in ordine alla disciplina applicabile al divorzio⁷² o relativamente alla parità della posizione dei figli

⁶⁸ A. Bucher, *La famille en droit international privé cit.*, p. 71 ss. Si v. anche la giurisprudenza costituzionale tedesca che si è pronunciata a favore del richiamo del principio di uguaglianza quale limite dell'operatività del collegamento della cittadinanza nelle ipotesi in cui, a seguito di tale collegamento si determinino delle situazioni discriminatorie per i cittadini stranieri. BVerfG, 18 luglio 2006, in *BVerfGE*, 116, p. 266 e ss., con riguardo al caso dell'incostituzionalità della disposizione che limita l'accesso al giudice competente in ordine alla modifica degli atti dello stato civile solo ai cittadini tedeschi (o agli apolidi o ai rifugiati residenti in Germania), con la conseguenza di non consentire ai transessuali stranieri residenti in Germania la modifica degli atti dello stato civile loro riguardanti.

⁶⁹ Cass. fr., 17 febbraio 2004, in *Revue critique dr. int. privé*, 2004, 423; Cass. fr., 3 gennaio 2006, ivi, 2006, p. 627; Cass. fr., 4 novembre 2009, *Dalloz*, 2010, p. 543. Sul punto si veda H. Fulchiron, "*Ne répudiez point…" pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004*, in *Rev. int. dr. comp.*, pp. 7-26; M.L. Niboyet, *Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2006, p. 27.

⁷⁰ Protocollo del 22 novembre 1984, n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, STE n. 117.

⁷¹ Tale problema è stato affrontato nella giurisprudenza francese dalla sentenza della Cass. fr., 24 febbraio 1998, in *Clunet*, 1998, p. 730 ss.

⁷² Si veda, a tale riguardo, l'orientamento formatosi in seguito alla nota giurisprudenza francese nel caso *Rivière*, Cass. fr., 17 aprile 1953, in *Revue critique dr. int. privé*, 1953, p. 412; Cass. fr., 15 maggio 1961, ivi, 1961, p. 547. Su tale evoluzione, che ha poi determinato l'adozione, entro l'ordinamento francese, della norma unilaterale dell'art. 310 *Code civil*, che dispone l'applicabilità della legge francese al divorzio delle coppie francesi o domiciliate in Francia, anche se in possesso di cittadinanza straniera comune, si veda A. Bucher, *La famille en droit international privé cit.*, p. 42 ss.

rispetto all'operatività di ordinamenti che vietassero il riconoscimento della filiazione adulterina⁷³.

Più in generale, la parità tra coniugi è stata ribadita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in base all'applicazione degli artt. 8 e 14 CEDU, riservando così all'art. 5 del Protocollo 7 un ruolo residuale, con riguardo a tematiche che hanno indirettamente influito sul diritto internazionale privato, quale ad es. le previsioni nazionali che impediscano di scegliere il cognome della moglie come cognome familiare, precludendo al marito⁷⁴ o ai figli⁷⁵ l'assunzione del cognome della madre, o che vietino alla donna di mantenere il cognome da nubile dopo il matrimonio pur in presenza della concorde volontà dei coniugi⁷⁶. La Corte ha suggerito che l'obiettivo di salvaguardare l'unità familiare possa essere perseguito tramite la facoltà accordata ai coniugi di scegliere il cognome⁷⁷, con evidenti influssi anche sulle discipline nazionali di diritto internazionale privato.

7. Possibili discriminazioni derivanti dall'operatività dell'ordine pubblico; controlimiti

Problemi di compatibilità con il principio di uguaglianza possono sorgere anche laddove il gioco dei limiti all'applicazione della legge straniera porti a differenziare gli effetti che derivano dall'operatività della *lex fori*, nel caso in cui il limite riceva diversa applicazione in base ai collegamenti della fattispecie con il foro. Infatti, l'operatività dell'ordine pubblico, restringendo l'applicabilità della legge straniera i cui effetti siano contrari ai principi

⁷³ Tale è il caso affrontato dal Trib. Bruxelles, 16 dicembre 1992, in *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 444 ss., con riguardo alla possibilità di omologare un atto di riconoscimento di paternità di una cittadina belga, figlia di padre marocchino, al quale si applicava la legge nazionale di quest'ultimo che vietava il riconoscimento della filiazione adulterina (come peraltro il Belgio fino a una riforma del 1987). Il Tribunale ha affermato tale possibilità in forza dell'ordine pubblico internazionale belga che contrastava l'operatività della legge marocchina alla luce del principio di uguaglianza delle filiazioni.

⁷⁴ Corte EDU, sent. 22 febbraio 1994, ricorso n. 16213/9, Burghartz c. Svizzera.

⁷⁵ Corte EDU, sent. 7 gennaio 2014, ricorso n. 77/07, Cusan e Fazzo c. Italia.

⁷⁶ Corte EDU, sent. 16 novembre 2004, ricorso n. 29865/96, *Unal Tekeli c. Turchia*; Corte EDU, sent. 28 marzo 2013, ricorso n. 7971/07, *Leventoğlu Abdulkadiroğlu c. Turchia*.

⁷⁷ Sul punto si v. Corte EDU, sent. 27 aprile 2000, ricorso n. 42973/98, *Bijleveld c. Paesi Bassi*; Corte EDU, sent. 27 settembre 2001, ricorso n. 36797/97, *G.M.B. e K.M. c. Svizzera*, o per la registrazione dei figli con un cognome composto, formato da elementi del cognome di entrambi i coniugi Corte EDU, sent. 6 maggio 2008, ricorso. n. 33572/02, *Von Rehlingen c. Germania*.

fondamentali dallo stesso garantiti, può evidenziare dei profili problematici, non coerenti all'uguaglianza di trattamento delle situazioni da regolare.

Tale circostanza varia, tuttavia, a seconda della concezione di ordine pubblico accolta entro i diversi sistemi di conflitto, e soprattutto entro quelli in cui, come in quello italiano, rilevano gli effetti dell'applicazione della legge straniera, secondo quanto prevede ad es. l'art. 16 della 1. 218/95. La conseguenza dell'accertato contrasto con l'ordine pubblico di tali effetti si individua nella completa disapplicazione della legge stessa, non essendo proponibili interpretazioni rivolte all'adattamento o alla depurazione⁷⁸ del diritto straniero, in base agli assunti propri del sistema italiano di diritto internazionale privato. In caso di accertato contrasto con l'ordine pubblico della legge applicabile ad una determinata fattispecie, si effettuerà dapprima il richiamo di un altro ordinamento che presenti una connessione significativa con la fattispecie contenente elementi di estraneità; in mancanza di altri collegamenti. si applicherà, a titolo residuale, la *lex fori*. È possibile che profili di contrasto con l'uguaglianza nel trattamento delle situazioni si pongano o, in maniera più evidente, nella scelta di richiamare la lex fori, o nell'ambito della ricerca di una disciplina alternativamente applicabile rispetto a quella contraria all'ordine pubblico, nel caso in cui valutazioni discrezionali dell'interprete conducano a risultati non sempre fondati su basi paritarie⁷⁹.

Tali problematiche si evidenziano ad es., seppure con riguardo a casi in cui rileva l'efficacia di provvedimenti e atti stranieri, rispetto agli *status* filiali

⁷⁸ Tali interpretazioni vengono proposte dalla dottrina tedesca sulla base di considerazioni di carattere generale, che rendono preferibile la sostituzione del diritto straniero con altre norme appartenenti allo stesso sistema in forza di un adattamento. Si veda H. Lewald, *Règles générales des conflits de lois* cit., p. 142 ss.; H. Dölle, *Der ordre public im internationalen Privatrecht, in Beiträge zum bürgerlichen Recht*, Tubingen, 1950, pp. 408-409; P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1960, p. 237.

⁷⁹ Si veda in tal senso Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 443 ss.: nel caso si tratta di un riconoscimento di una figlia naturale adulterina nata da padre egiziano e madre peruviana, contrastato dalla madre in ragione del contrasto con l'ordine pubblico della previsione della legge egiziana, applicabile secondo quanto prevede l'art. 35, 2° co., l. 218/95, che esclude la riconoscibilità dei figli adulterini. La Corte giunge all'applicazione della legge italiana, dopo aver escluso l'operatività di quella egiziana per contrasto con l'ordine pubblico. Alla medesima soluzione si sarebbe tuttavia giunti, qualificando il problema nell'ambito dell'art. 35, 1° co., e quindi valutando la riconoscibilità della figlia secondo la legge nazionale di quest'ultima, la legge peruviana, che avrebbe determinato, tramite la previsione in essa contenuta del collegamento del domicilio, il rinvio alla legge italiana. La considerazione del principio di uguaglianza nella scelta del criterio di collegamento avrebbe così escluso la necessità di attribuirvi rilevanza nel controllo operato all'atto dell'applicazione dello stesso ai fini della compatibilità con l'ordine pubblico.

conseguenti alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, nell'ambito delle quali la posizione dei figli viene differenziata a seconda che abbiano come genitori coppie di donne o uomini. Con riguardo alle coppie di aspiranti genitori entrambi uomini, viene in rilievo il divieto di surroga di maternità previsto dall'ordinamento italiano⁸⁰ e rilevante per l'ordine pubblico, con la conseguenza che il diritto dei figli al riconoscimento del loro *status* si realizza tramite procedimenti diversi dal riconoscimento dei provvedimenti esteri di nascita, quale ad es. l''adattamento' delle norme in materia di adozione.

Ne sta emergendo un quadro complesso, in cui l'ordine pubblico appare talvolta paradossalmente in contrasto con l'interesse del minore e con l'uguaglianza dei progetti genitoriali delle coppie dello stesso sesso, e l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha contribuito a dimostrare l'inidoneità dell'ordine pubblico ad assicurare il rispetto del principio di uguaglianza in vista della tutela dei diritti fondamentali degli individui. Da un lato, la Corte costituzionale ha mantenuto fermo il proprio orientamento nel rigettare come infondate le questioni di costituzionalità che riguardavano la discriminazione delle coppie omosessuali che chiedevano accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA), come nel caso della sentenza del 23 ottobre 2019, n. 22181. Rilevante in tal senso anche l'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha affermato che una legge nazionale che riservi l'inseminazione artificiale a coppie eterosessuali sterili, attribuendole una finalità terapeutica, non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 CEDU, in ragione del fatto che la situazione delle seconde non è paragonabile a quella delle prime⁸². Ciò, anche se, come ben noto, relativamente alla trascrizione degli atti esteri di nascita richiesti da coppie eterosessuali, la Corte di Strasburgo ha adottato un

⁸⁰ Cass., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 1225 ss., in cui si risolve in maniera non del tutto priva di qualche criticità la questione posta da due sentenze concernenti temi diversi (Cass., 30 settembre 2016 n. 19599 *cit.*, in tema di filiazione, e Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601 *cit.*, p. 1049 ss., in tema di riconoscimento di sentenza di condanna a *punitive damages*),

⁸¹ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in Corriere Giuridico, 2019, p. 1460.

⁸² Corte EDU, sent. 15 marzo 2012, ricorso n. 25951/07, *Gas* e *Dubois* c. *Francia*. La Corte europea esclude la violazione dei parametri convenzionali sopra evocati, rilevando che la legislazione francese non prevede che i conviventi – quali erano i ricorrenti del caso – abbiano diritti identici a quelli delle persone coniugate, consentendo l'adozione alla coppia sposata, ma non alla coppia unita in base ai *pacs*. Su di essa si veda P. Johnson, *Adoption, Homosexuality and the European Convention on Human Rights: Gas and Dubois v. France*, in *Modern Law Review*, 2012, pp. 1136-1149.

ben diverso atteggiamento, seppure sempre differenziando la posizione del genitore titolare di legame biologico con il nato rispetto a quella dell'altro genitore⁸³, con la motivazione, peraltro ripresa nel parere del 10 aprile 2019, che il genitore c.d. 'intenzionale' possa porre in essere l'adozione del figlio del coniuge/compagno⁸⁴. Dall'altro lato, però, il tema dei legittimati alla richiesta di formazione di un atto di nascita tramite tecniche di PMA è stato sottoposto all'attenzione della Corte costituzionale nella sentenza n. 237 del 2019⁸⁵, per il fatto di non consentire la formazione in Italia di un atto di nascita in cui vengono riconosciuti come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile in base all'art. 33 l. 218/95 (nel caso la l. danese). La Corte ritiene la questione inammissibile per un'erronea prospettazione del tribunale che – a parere della Corte – non considera le norme di applicazione necessaria (art. 33, co. 4, l. 218/95 e art. 36 *bis* l. 218/95).

Traendo spunto dalla vicenda che ha dato origine al caso oggetto di tale ultima sentenza, è forse possibile superare le criticità dell'ordine pubblico, ipotizzando una soluzione dettata dalle regole sul conflitto di leggi, che supera anche i profili di criticità dei progetti genitoriali delle coppie omosessuali, richiamando l'art. 33 l. 218/95, che prevede l'operatività della legge nazionale del figlio o di uno dei genitori, e affermando la necessaria priorità della legge più favorevole alla costituzione del rapporto di filiazione⁸⁶. In questo modo, lo *status* di filiazione risultante dalla legge straniera di uno dei genitori

⁸³ Corte EDU, sent. 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*; Corte EDU, sent. 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, parr. 100-101; Corte EDU, sent. 21 luglio 2016, ricorso n. 9063/14, *Foulon e Bouvet c. Francia*; Corte EDU, sent. 19 gennaio 2017, ricorso n. 44024/13 *Laborie c. Francia*; Corte EDU, sent. 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12 *Paradiso e Campanelli c. Italia*, par. 195; Corte EDU, sent. 12 dicembre 2019, ricorsi n. 1462/18 e 17348/18, *C e E. c. Francia*; Corte EDU, 16 luglio 2020, ricorso n. 11288/18, *D. c. Francia*.

⁸⁴ Corte EDU, parere consultivo 10 aprile 2019, concernente il riconoscimento nel diritto interno di un rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero tramite il ricorso ad un'operazione di maternità surrogata e la madre d'intenzione, richiesta n. P16-2018-001, consultabile all'indirizzo: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["003-63804318364345"],"documentcollectionid2":["OPINIONS"],"languageisocode":[«»FRE"],"display":["0"]}. Il parere del 10 aprile 2019 è stato emanato in base al Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non ratificato dall'Italia (sino ad ora vi aderiscono: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, Slovenia, Ucraina).

⁸⁵ Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, in Fam. e dir., 2020, p. 325 ss.

⁸⁶ A. Di Biase, *Procreazione medicalmente assistita: ordine pubblico internazionale ed interesse preminente del minore al riconoscimento della filiazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, pp. 839-869, p. 841.

che riconosca il legame di genitorialità a favore della coppia si estende anche al cittadino italiano legato al genitore biologico da rapporto coniugale⁸⁷.

A difficoltà complesse può dar luogo la teoria dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico proposta, come si è visto relativamente agli ostacoli al riconoscimento delle sentenze straniere, soprattutto dalla dottrina straniera⁸⁸, sul presupposto che, poiché la situazione giuridica si è creata all'estero⁸⁹, determinando l'acquisizione di determinati diritti, l'ordine pubblico previsto dalle norme del foro può applicarsi con minor rigore, e quindi non contrastare il riconoscimento delle conseguenze di alcuni istituti (ad es. il ripudio, le unioni civili).

Si è affermato che tale teoria, pur introducendo alcune variazioni nel modo generale d'operatività dell'ordine pubblico, presenta un criterio oggettivo di modulazione, fondato su criteri spazio-temporali, e pertanto non foriero di alcuna discriminazione⁹⁰. E infatti l'Institut de droit international nella risoluzione «sulle differenze culturali e l'ordine pubblico nel diritto internazionale privato della famiglia», adottata nella sessione di Cracovia del 2005⁹¹, ha invitato gli Stati a fare ricorso all'eccezione di ordine pubblico solo nelle ipotesi in cui l'applicazione del diritto straniero pregiudicherebbe in concreto il principio di uguaglianza, individuando degli esempi in cui ricorre una particolare connessione con lo Stato del foro.

Le incertezze sono tuttavia evidenti alla luce delle deroghe proposte alla teoria stessa, quale ad es. il c.d. 'ordine pubblico di prossimità'92, secondo il quale il funzionamento del limite non potrebbe subire attenuazioni con riguardo ai soggetti che presentano collegamenti esclusivi con l'ordinamento del foro. Ad es. se per effetto dell'ordine pubblico non può applicarsi la

⁸⁷ Si eviterebbero così le complessità problematiche evidenziate da Corte cost., 27 gennaio 2021, n. 33 *cit.*, par. 5.6. *in diritto*. Si veda sul punto S. Tonolo, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*, in *Corriere Giuridico*, 2021, pp. 1034-1056.

⁸⁸ P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public cit.*, p. 73 ss.; A. Bucher, *La famille en droit international privé cit.*, p. 131 ss.

⁸⁹ O, in maniera analoga con riguardo a situazioni createsi in un momento passato, o che si potrebbero determinare in futuro.

⁹⁰ P. Kinsch, Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé, in Recueil des Cours, 2005 (318), pp. 19-331, a p. 153 ss.

⁹¹ In *Riv. dir. int.*, 2005, p. 1189 ss. Sul punto C. Campiglio, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, pp. 343-376.

⁹² Sul quale, si veda in generale A. Bucher, *La famille en droit international privé cit.*, p. 62 ss.; H. Gaudemet -Tallon, *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel), Cours général,* in *Recueil des Cours*, 2005 (312), pp. 9-488, p. 424 ss.

legge straniera che non prevede il divorzio, vi sarà un pregiudizio della parità astratta di prevista regolazione, giustificato tuttavia da motivi di giustizia sostanziale, che favoriranno il soggetto coinvolto nella situazione, che potrà divorziare, pur non vedendo richiamato l'ordinamento cui è in qualche modo collegato (cittadinanza, residenza, localizzazione, vita matrimoniale). Se invece si dovesse moderare l'intensità dell'ordine pubblico, nel senso del principio di ordine pubblico di prossimità, che consente di ritenerlo applicabile solo se vi è una connessione significativa con il foro, si rischierebbe di derogare alla parità di discipline applicabili, senza le analoghe giustificazioni sostanziali, e dunque con dubbi sull'effettiva compatibilità di tale soluzione con il principio di uguaglianza, determinando discipline differenti per situazioni analoghe, in base alla minore connessione con il foro delle situazioni considerate⁹³.

A risultati più certi, anche ai fini della realizzazione della parità di trattamento delle situazioni, potrebbe invece condurre la c.d. 'comunitarizzazione dell'ordine pubblico'94, ovvero il procedimento secondo il quale il concetto di ordine pubblico nazionale pare destinato a subire i condizionamenti e le limitazioni posti dalla legislazione comunitaria, come confermato dalla codificazione del limite entro gli atti adottati nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato⁹⁵, ma al contempo il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di uno Stato membro può essere invocato da quest'ultimo per derogare alle norme europee sulla libera circolazione, sempre che tale diritto sia riconosciuto anche entro l'ordinamento europeo, in quanto espressione di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri o desumibile dalla Convenzione europea dei diritti umani⁹⁶.

⁹³ Tale è il caso dei ripudi islamici diversamente valutati da Cass. 7 agosto 2020, n. 16804, e Cass. 14 agosto 2020, n. 17170, consultabili in https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2727/ripudio-16804_09_2020_oscurata_no-index.pdf. Ciò in ragione della differente cittadinanza dei richiedenti, in un caso in possesso anche della cittadinanza italiana.

⁹⁴ G. Perlingieri, G. Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 76.

⁹⁵ Corte giust., sent. 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton, ECLI:EU:C:1999:269, punto 36. Sul punto si veda F. Biagioni, Art. 21, Ordine pubblico del foro, in F. Salerno, P. Franzina (a cura di), Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"), in Nuove leggi civ. comm., pp. 911-919.

⁹⁶ Corte giust., sent. 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen-und Automate-nauftsellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundeststadt Bonn*, ECLI:EU:C:2004:614, punto 33; Corte giust., sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *Taricco*, ECLI:EU:C:2017:936.

8. Possibili discriminazioni derivanti dal funzionamento delle norme di applicazione necessaria.

Profili di contrasto con il principio di uguaglianza possono evidenziarsi anche relativamente all'operatività delle norme di applicazione necessaria⁹⁷.

Poiché il metodo elaborato per individuare tali norme consiste nell'interpretazione rivolta a delimitarne l'efficacia, è chiaro il motivo per cui il funzionamento delle *lois d'application immédiate*⁹⁸ può porsi in contrasto con il principio di uguaglianza.

Infatti, è proprio nella definizione dell'ambito di applicazione di tali norme che può giungersi a un contrasto con il principio di uguaglianza o con il divieto di discriminazione, ad es. qualora si ipotizzi, come nelle direttive dell'Unione europea, una protezione dei consumatori o dei lavoratori solo se cittadini dell'Unione europea o residenti in tale ambito⁹⁹, o applicabile in presenza di determinate condizioni, quali ad es. l'art. 3 dir. 96/71 sul distacco dei lavoratori¹⁰⁰, che stabilisce un catalogo di norme della legge dello Stato di destinazione che devono essere applicate indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto.

La presenza di condizioni contrarie alla parità degli ordinamenti e l'orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia, che, come noto, è giunta ad affermare l'opportunità del controllo sul contenuto delle norme di applicazione necessaria nazionali¹⁰¹, venendo meno il principio secondo

⁹⁷ Su di esse, si veda A. Bonomi, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zürich, 1998. Per la definizione più recente della categoria entro gli atti dell'Unione europea A. Bonomi, *Prime considerazioni sul regime delle norme di applicazione necessaria nel nuovo regolamento Roma I sulla legge applicabile ai contratti*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, a cura di G. Venturini, S. Bariatti, Milano, 2009, pp. 107-124; G. Zarra, *Imperativeness in Private International Law. A View from Europe*, The Hague, 2022, *passim*.

⁹⁸ La creazione di questa nuova figura concettuale, che chiarisce l'inquadramento sistematico e la funzione di tali norme, si deve a Ph. Francescakis, *Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, in *Revue critique dr. int. privé*, 1966, pp. 1-8; Id. Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la "Compagnie des Wagon-lits", ivi, 1974, pp. 273-296.

⁹⁹ P. Kinsch., *Droits de l'homme, droits fondamentaux cit.*, p. 153 ss.

¹⁰⁰ Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, in GUCE L 18 del 21 gennaio 1997, p. 1 ss.

¹⁰¹ Corte giust., sent. 23 novembre 1999, cause C-369 e C-376/96, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575; Corte giust., sent. 15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162; Corte giust., sent. 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione contro Lussemburgo*, ECLI:EU:C:2007:516.

il quale queste ultime si applicano a prescindere dal richiamo di una legge straniera e dalla disciplina concretamente stabilita, al fine di far prevalere una regolamentazione maggiormente favorevole al lavoratore, individua così quelle che garantiscono una miglior tutela del contraente debole, sacrificando tuttavia la scelta della legge applicabile su basi paritarie.

In maniera analoga, la previsione dell'art. 9, par. 3, del Regolamento Roma I, stabilisce che «può essere data efficacia alle norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi del contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto. Per decidere se vada data efficacia a queste norme si deve tener conto della loro natura e della loro finalità, nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate o meno». In questo modo, essa delimita l'ambito di operatività delle norme di applicazione necessaria straniere, che riguarda solo le disposizioni appartenenti all'ordinamento dello Stato in cui il contratto deve essere eseguito, e nella misura in cui vietino l'adempimento del contratto. Si crea pertanto un'evidente alterazione della parità degli ordinamenti applicabili, come nel caso sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea e risolto in maniera dubitativa dalla stessa con riguardo alla applicabilità in Germania delle norme imperative greche adottate in occasione della crisi del 2010 e rivolte a ridurre il salario di un dipendente statale che doveva svolgere un lavoro in Germania¹⁰².

Anche entro gli ordinamenti stranieri si possono ravvisare casi di contrasto col principio di uguaglianza determinati dall'operatività delle norme di applicazione necessaria, come nel caso deciso in Francia dal *Conseil constitutionnel*¹⁰³, che ha ritenuto contraria al principio di uguaglianza la disciplina posta dalla *loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction*, rispetto al diritto di prelievo previsto dall'art. 2 della stessa a favore dei cittadini francesi, in caso di successione internazionale. Tale norma mirava a proteggere gli eredi francesi dagli effetti di una legge successoria straniera discriminatoria nei loro confronti, consentendo loro, in tal caso, di rivalersi sui beni successori siti in Francia. Pur essendo prevista con riguardo alle successioni internazionali, l'applicazione della stessa è stata estesa dalla giurisprudenza francese anche alle ipotesi in cui un cittadino francese può essere discriminato in Francia¹⁰⁴.

¹⁰² Corte giust., sent. 18 dicembre 2016, causa C- 135/15, *Republik Griechenland c. Grigorios Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774, punto 56 ss. e, su di essa, G. Zarra, *Imperativeness in Private International Law cit.*, p. 156 ss.

¹⁰³ Décision n. 2011-159, *QPC*, 5 agosto 2011, consultabile all'indirizzo: http://www.conseil-constitutionnel.fr/

¹⁰⁴ Cass. fr., 27 aprile 1868, *Sirey*, 1868, I, p. 257; Cass. fr., 10 maggio 1937, *Revue critique dr. int. privé*, 1937, p. 677; Cass. fr., 7 dicembre 2005, *Dalloz*, 2006, p. 1217.

Al di là del risultato concreto cui la decisione in esame consente di giungere, ovvero l'abrogazione del diritto di prelievo, appare interessante il richiamo dalla stessa operato al principio di uguaglianza. All'art. 2 della l. 1819 viene riconosciuta espressamente dal *Conseil constitutionnel* la duplice natura di rimedio volto a correggere l'applicazione di una legge straniera alla disciplina di una successione, da un lato, e, dall'altro, di regola materiale imperativa che deroga alla legge straniera. Il contrasto con il principio di uguaglianza viene ravvisato dal *Conseil constitutionnel* esclusivamente con riguardo al carattere di norma imperativa della disposizione in esame, che deroga alla disciplina straniera per privilegiare gli eredi francesi nell'ambito della più ampia disciplina delle successioni, entro la quale non è dato ravvisare distinzioni fondate sulla cittadinanza¹⁰⁵.

9. Osservazioni conclusive.

L'analisi del principio di uguaglianza nelle questioni concernenti i conflitti di leggi, conferma l'influenza esercitata dal sistema internazionale di tutela dei diritti umani sull'operatività degli ordinamenti nazionali e sui sistemi di diritto internazionale privato.

Vari e complessi sono gli aspetti connessi a tale analisi.

Innanzitutto, è stata considerata la crisi determinata dal richiamo del principio di uguaglianza in ordine al funzionamento del collegamento della cittadinanza relativamente all'individuazione della legge applicabile. Come si è visto, tale crisi si evidenzia soprattutto nell'ambito del diritto internazionale privato della famiglia, ove l'applicazione della legge nazionale rischia di creare soluzioni disomogenee, che possono talvolta compromettere anche l'integrazione degli individui entro un determinato ambiente sociale¹⁰⁶.

Differenti sono le soluzioni che si sono delineate a tale ultimo riguardo.

Sono inoltre stati considerati gli effetti dell'operatività dell'applicazione del principio di eguaglianza entro i limiti dell'ordine pubblico¹⁰⁷ e delle norme di applicazione necessaria¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Lo stesso art. 1 della l. 14 luglio 1819 riconosce, come si è detto, agli stranieri il diritto di acquistare beni ereditari in Francia in posizione di parità con i cittadini francesi. Sul punto v. S. Tonolo, *Principio di uguaglianza e operatività delle norme di conflitto in tema di successione*, in *Riv. dir. int.*, 2012, pp. 1056-1073.

¹⁰⁶ *Supra*, par. 3.

¹⁰⁷ *Supra*, par. 7.

¹⁰⁸ Supra, par. 8.

A tale ultimo proposito, appare evidente che il principio di uguaglianza manifesta esigenze antinomiche nella soluzione dei problemi di diritto internazionale privato, per affrontare le quali sono spesso necessari dei compromessi, che, ove considerati tra i principi generali del diritto internazionale privato¹⁰⁹, possono anche condurre alla diseguale applicazione degli ordinamenti in conflitto, o a ricorrere al gioco dei conflitti di leggi per avere la flessibilità necessaria alla realizzazione degli obiettivi di uguaglianza sostanziale.

Ciò in vista del più che condivisibile orientamento che dovrebbe guidare l'interpretazione delle norme di diritto internazionale privato, in ragione del fatto che «ce droit, très technique [...] révèle des mouvements favorables au développement de la vie internationale, à condition toutefois qu'aux deux notions de liberté et d'égalité ne vienne pas faire défaut le troisième élément de la trilogie révolutionnaire»¹¹⁰.

¹⁰⁹ W. Wengler, Les conflits de lois et le principe d'égalité cit., p. 527.

¹¹⁰ H. GAUDEMET-TALLON, Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres, in Mélanges dédiés à G. Marty, Toulouse, 1978, pp. 531-568, p. 568.



CITTADINANZA NAZIONALE ED EUROPEA: STRUMENTI DI UGUAGLIANZA O DISCRIMINAZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO?

Francesca Bandini*

Sommario: 1. Cenni introduttivi – 2. La cittadinanza nazionale e le criticità derivanti dalle modalità di attribuzione della stessa. – 3. La cittadinanza nel diritto internazionale privato. – 4. (Segue) Possibili profili di discriminazione. – 5. La cittadinanza europea. – 6. (Segue) La cittadinanza europea e il principio di uguaglianza nel diritto internazionale privato. – 7. Qualche osservazione conclusiva.

1. Cenni introduttivi.

Il presente contributo trae spunto dalla rilettura, a dieci anni dalla sua pubblicazione, dell'opera della Professoressa Sara Tonolo¹, nella quale l'autrice offre un'analisi del diritto internazionale privato italiano ed europeo alla luce del principio di uguaglianza. Le novità che questo decennio ha portato nel settore, e soprattutto sul piano del diritto dell'Unione europea, sono molteplici² e non possono essere dunque tutte debitamente analizzate in questa sede.

^{*}Dottoranda di ricerca, *curriculum* internazionalistico (Diritto commerciale, dell'Unione europea e internazionale), Università di Genova. Il testo costituisce la rielaborazione dell'intervento presentato a Genova il 15 ottobre 2021, nell'ambito del convegno conclusivo dell'attività didattica dottorale relativa all'a.a. 2020/2021.

¹ S. Tonolo, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, Milano, 2011.

² Basti pensare ai numerosi regolamenti emanati in materia a partire dal 2011: Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUUE* L 351/1 del 20 dicembre 2012; Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato unico successorio europeo, in *GUUE* L 201/107 del 27 luglio 2012; Regolamento (UE) n. 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, in *GUUE* L 183/1 dell'8 luglio 2016; Regolamento (UE) n. 2016/1104, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle

Pare tuttavia utile compiere una valutazione dell'attuale rapporto che intercorre tra il principio di uguaglianza e l'istituto della cittadinanza, in particolare quando esso venga scelto dal legislatore, nazionale od europeo, quale criterio di collegamento per individuare la legge applicabile.

Si vuole in particolare porre l'accento su due aspetti che paiono forieri di rischi per la concreta applicazione del principio di uguaglianza e dunque potenzialmente idonei a produrre discriminazioni: il primo consiste nelle modalità di attribuzione (e/o riconoscimento) della cittadinanza da parte del legislatore nazionale e nelle conseguenze che le relative scelte hanno sul piano del diritto internazionale privato; il secondo, invece, inerisce alla cittadinanza europea e al ruolo che essa può giocare in tale campo del diritto al fine di garantire una maggiore tutela del principio di uguaglianza.

2. La cittadinanza nazionale e le criticità derivanti dalle modalità di attribuzione della stessa.

La cittadinanza costituisce il tradizionale legame tra uno Stato e il suo popolo: possedere la cittadinanza di un Paese significa essere parte del suo popolo e dunque di uno dei tre elementi costitutivi dello Stato stesso³. Fin dalla nascita degli Stati nazionali, la cittadinanza ha rappresentato il vincolo che lega gli appartenenti ad una certa comunità alle istituzioni che quella comunità rappresentano e dirigono ed è in questa luce che se ne comprende la rilevanza a livello sociale, politico e giuridico.

Essere cittadini di uno Stato comporta il godimento di tutti i diritti che il corrispondente ordinamento garantisce, inclusi i diritti politici, mentre la qualità di «non-cittadini»⁴ determina tradizionalmente una posizione di debolezza nel godimento degli stessi, legata alla volontà degli Stati di limitare

decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, in *GUUE* L 183/30 dell'8 luglio 2016; Regolamento (UE) n. 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione), in *GUUE* L 178/1 del 2 luglio 2019.

³ G. Cataldi, Riflessioni sul rapporto della cittadinanza con l'ordinamento internazionale alla luce di casi recenti della prassi, in LCEonline, 2021, p. 165 ss.

⁴ L'espressione «non-cittadino», non interscambiabile con il termine «straniero», è spesso utilizzata dalla dottrina costituzionalistica. Si veda in particolare V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*. Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana di diritto Costituzionale, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, p. 3 ss.

l'esercizio di determinati diritti ad un numero più ristretto di soggetti, vale a dire i cittadini, per ragioni che, ad esempio nel caso dei diritti sociali, sono spesso di carattere economico.

Guardando al sistema italiano, le limitazioni al godimento dei diritti da parte dei non-cittadini sono state progressivamente allentate dalla giuri-sprudenza costituzionale, la quale ha accresciuto il numero dei diritti che lo Stato deve garantire a tali soggetti e lo ha fatto anche grazie alla forte spinta data alla tutela dei diritti umani sul piano internazionale a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948⁵. L'attribuzione sul piano internazionale di diritti fondamentali alle persone in quanto tali ha comportato un grande cambiamento anche nell'approccio nazionale alla tutela di quegli stessi diritti in virtù di quanto previsto dagli articoli 10 e 117 della Costituzione, favorendo l'avvicinamento delle posizioni di cittadini e non-cittadini.

Se da un lato è noto che la Costituzione italiana già riconosce alcuni diritti anche agli stranieri⁶, d'altro canto è proprio grazie alla partecipazione dell'Italia ai principali strumenti internazionali di tutela dei diritti dell'uomo che il novero di tali diritti si è gradatamente ampliato andando a comprendere, ad esempio, anche i diritti sociali.

Peraltro, oltre a quello svolto dal diritto internazionale, non può ovviamente essere tralasciato il ruolo che l'Unione europea ha giocato e gioca tutt'oggi nell'espansione della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito di applicazione delle sue norme, come sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la cui introduzione, ad opera del Trattato di Lisbona, tra le fonti di diritto primario l'ha resa parametro di legittimità dell'azione

⁵ Tale ruolo è confermato dalla conclusione di innumerevoli convenzioni e trattati inerenti ai diritti umani. Se ne citano solo alcuni: *International Covenant on civil and political rights*, adottato il 16 dicembre 1966, risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 2200A (XXI); *International Covenant on economic, social and cultural rights*, adottato il 16 dicembre 1966, risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 2200A (XXI); *Convention against torture and other inhuman or degrading treatment or punishment*, adottata il 10 dicembre 1984, risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 39/46; *Convention on the rights of the child*, adottata il 20 novembre 1989, risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 44/25; *Convention relating to the status of refugees*, adottata il 28 luglio 1951, risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU 429 (V) del 14 dicembre 1950.

⁶ Il riferimento è ai diritti fondamentali previsti dalla Carta costituzionale italiana a favore di tutti e non solo dei cittadini, diritti definiti da Rinaldi «diritti di cittadinanza», in contrapposizione ai «diritti della cittadinanza», espressione che identificherebbe, invece, «i diritti "propri" dei cittadini» (E. Rinaldi, Ius soli: *qualche precisazione di metodo in materia di diritti di cittadinanza e diritti della cittadinanza*, in *DP*, 2018, p. 551).

(od omissione) non solo degli Stati e delle istituzioni europee, ma altresì di tutti i soggetti del diritto euro-unitario.

Il panorama fin qui delineato pare dimostrare, quantomeno sul piano del godimento dei diritti, una progressiva erosione delle differenziazioni tra cittadini e non. Questo non priva tuttavia di attualità e pregnanza la riflessione che ci si propone di compiere con riguardo alle conseguenze, sul piano del rispetto del principio di uguaglianza, che le modalità di attribuzione e riconoscimento della cittadinanza tuttora comportano quando a venire in gioco siano le norme del diritto internazionale privato e, dunque, quelle relative alla soluzione di conflitti di giurisdizione e di leggi⁷. In tale campo, infatti e come si tenterà di illustrare a breve, la distinzione tra cittadini e non-cittadini permane rilevante.

Parlare di criteri di attribuzione della cittadinanza significa, in sostanza, guardare alle scelte politiche che ciascuno Stato compie nel determinare chi siano i propri cittadini e dunque, come detto poc'anzi, il proprio popolo. I due modelli tradizionali di riferimento, quello basato sullo *ius soli* e quello, invece, fondato sullo *ius sanguinis*, pur continuando a rappresentare il riflesso di altrettante diverse concezioni dello Stato, la prima più legata all'elemento territoriale, l'altra destinata ad allargarsi ben oltre i confini nazionali, rischiano tuttavia di fornire un'immagine falsata della realtà.

Fenomeni come la globalizzazione e l'immigrazione di massa richiedono alla cittadinanza di svolgere un ruolo diverso che vada oltre il «fotografare e [...] normare una o l'altra idea di nazione»⁸, dando atto del pluralismo che caratterizza ormai ciascun Paese, Italia *in primis*. È per tale ragione che le modalità di attribuzione della cittadinanza fondate sui criteri del sangue e del suolo meriterebbero di essere integrati da altri elementi, dalla cui valorizzazione poter ricavare un nuovo schema, idoneo a garantire una maggiore effettività dell'istituto della cittadinanza⁹

⁷ E. Rinaldi, Ius soli: *qualche precisazione di metodo in materia di diritti di cittadinanza e diritti della cittadinanza cit.*, p. 545 ss.

⁸ G. Bascherini, *Brevi considerazioni storico-comparative su cittadinanza*, "ius sanguinis" e "ius soli" nella vicenda italiana, in *DUDI*, 2019, p. 54.

⁹ Tale necessità è manifestata laddove viene, ad esempio, proposto di dare maggiore rilevanza al criterio della residenza nella concezione di una nuova cittadinanza. Scrive Rinaldi: «proprio l'elemento della stabile residenza andrebbe maggiormente preso in considerazione al fine di introdurre un nuovo modo di leggere lo *status civitatis*, così da valorizzare il rilievo ascrivibile al territorio nazionale come sostrato materiale del processo di costruzione della comunità politica» (E. Rinaldi, Ius soli: *qualche precisazione di metodo in materia di diritti di cittadinanza e diritti della cittadinanza cit.*, p. 578).

Quanto finora riportato tiene in considerazione il cosiddetto 'dominio riservato' che gli Stati posseggono in materia di attribuzione della cittadinanza: ciascuno Stato ha una competenza interna inderogabile a determinare sia le modalità di acquisto sia quelle di revoca della cittadinanza e questo supera anche il principio espresso dalla Corte Internazionale di Giustizia nel 1955 nel noto caso *Nottebohm*¹⁰, nel quale la Corte affermò che sussisteva un principio consuetudinario di diritto internazionale in virtù del quale uno Stato non poteva riconoscere la cittadinanza a soggetti che non avessero un «*genuine link*» con lo Stato stesso¹¹.

Sebbene ancora oggi dominio degli Stati, è innegabile l'importanza che la cittadinanza, e dunque le scelte compiute dai singoli ordinamenti in materia di attribuzione della stessa, continua a rivestire anche sul piano internazionale, proprio per le conseguenze che su tale piano quelle scelte comportano.

A questo riguardo, e alla luce della relazione tra principio di uguaglianza e diritto internazionale privato, due sono, tra gli altri, gli aspetti che vengono in luce: da un lato, in via generale, l'utilizzo della cittadinanza come criterio di collegamento quando essa non sia in realtà in grado di individuare l'ordinamento con cui il soggetto ha un effettivo legame; dall'altro lato, il ruolo che la cittadinanza europea potrebbe svolgere nell'appianare le eventuali disuguaglianze che si determinino sul piano sostanziale a seguito dell'utilizzo del criterio della cittadinanza a tali fini.

3. La cittadinanza nel diritto internazionale privato.

Il diritto internazionale privato, come noto, non risponde all'esigenza di fornire una disciplina sostanziale ad una determinata fattispecie¹², ma ha il precipuo scopo di «conseguire una determinata connessione che possa ritenersi equa o effettiva tra una fattispecie e gli ordinamenti»¹³.

¹⁰ Corte internazionale di giustizia, sent. 6 aprile 1955, *Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*.

¹¹ G. CATALDI, *Riflessioni sul rapporto della cittadinanza con l'ordinamento internazionale alla luce di casi recenti della prassi*, in *LCEonline*, 2021, p. 165 ss. Anche Onida, valorizzando il dato costituzionale nonché le norme internazionali in materia di diritti umani, pone l'accento sulla necessità di un collegamento effettivo per l'acquisizione della cittadinanza, che faccia da controaltare alla totale discrezionalità dello Stato nella scelta dei criteri per l'attribuzione della stessa (V. ONIDA, *Intervento* in *Lo statuto costituzionale del non cittadino cit.*, Napoli, 2010, p. 417 ss.).

¹² Fatta eccezione, ovviamente, per il diritto internazionale privato materiale di cui tuttavia non si tratterà nel presente contributo.

¹³ S. Tonolo, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni cit.*, p. 171.

In quest'ottica si inserisce la dottrina di Stanislao Mancini, il quale, pur non teorizzandolo mai, presuppone tuttavia, nello sviluppo del proprio pensiero, l'esistenza di un principio di pari sovranità tra gli Stati che, tradotto nell'ambito del diritto internazionale privato, porta a due necessarie conseguenze, vale a dire al riconoscimento, da un lato, del principio di uguaglianza quale substrato teorico del sistema e, dall'altro, del ruolo essenziale che la cittadinanza gioca nel determinare la connessione tra fattispecie e ordinamento¹⁴.

Presupporre «l'uguaglianza dei sistemi giuridici a confronto»¹⁵ significa avvalorare l'aspettativa di ciascuno Stato nazionale «di veder applicate le proprie leggi su questioni strettamente connesse alla identità nazionale dei propri cittadini»¹⁶ e, quindi, vedere nella cittadinanza l'elemento di collegamento perfetto per raggiungere gli obiettivi di equità ed effettività cui le norme di diritto internazionale privato aspirano, utilizzandola di volta in volta quale titolo di giurisdizione o criterio di collegamento.

Ecco dunque che la cittadinanza diventa il criterio principe per la soluzione dei conflitti in materia di diritti personali degli individui nonché di diritto di famiglia, settori la cui disciplina ha un impatto particolarmente elevato sulla tenuta sociale nonché sull'assetto di ciascuno Stato e che quindi rende comprensibile l'interesse di ciascun ordinamento a voler disciplinare esso stesso tali situazioni quando riguardano i propri cittadini.

Limitando l'analisi alle norme di conflitto italiane contenute nella legge 218/1995, la legge nazionale viene individuata come quella applicabile da numerose disposizioni, in particolare: dall'art. 20 che la sceglie per disciplinare la capacità delle persone; dall'art. 21 che stabilisce che anche la capacità di agire sia regolata da essa; dall'art. 24, con riguardo ai diritti della personalità. Ancora, la legge nazionale riveste un ruolo fondamentale nel Titolo III, Capo IV della legge, dedicato ai rapporti familiari: l'art. 26 stabilisce infatti che la promessa di matrimonio sia regolata dalla legge nazionale comune dei coniugi; l'art. 27 afferma che le condizioni per contrarre matrimonio sono determinate in base alla legge nazionale di ciascun coniuge; gli artt. 29 e 30-bis indicano, in prima battuta, la legge nazionale comune come quella cui fare riferimento per regolare i rapporti personali tra coniugi o conviventi, estendendosi poi la sua applicabilità, in caso di matrimonio, anche ai rapporti patrimoniali in virtù

¹⁴ E. Jayme (a cura di), *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Torino, 2000. Si veda anche S. Tonolo, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni cit.*, p. 11 s.

¹⁵ S. Tonolo, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni cit.*, p. 12.

¹⁶ G. Conetti, *Nozioni e fonti*, in G. Conetti, S. Tonolo, F. Vismara, *Manuale di diritto internazionale privato*, 3^a ed., Torino, 2017, p. 7.

del richiamo che l'art. 30 opera all'art. 29; infine, anche separazione personale e scioglimento del matrimonio sono regolati, ai sensi dell'art. 31, dalla legge nazionale comune dei coniugi (norma sulla quale, tuttavia, oggi prevale il regolamento (UE) 1259/2010). Non solo, gli artt. 33, 35 e 36 individuano la legge nazionale del figlio quale criterio di collegamento anche per disciplinare tale *status*, il suo riconoscimento, nonché i rapporti tra genitori e figli e sempre la nazionalità, è rilevante quando si sia in presenza di una adozione, pur trattandosi, in questo caso, della cittadinanza dell'adottante (artt. 38 e 39). Al pari di quanto previsto per i figli, anche la protezione degli incapaci è garantita dalla legge nazionale dell'incapace stesso (art. 43), così come è quella stessa legge ad essere richiamata quale primo criterio dall'art. 46 per disciplinare le successioni a causa di morte (anche in questo caso si noti che, per le successioni aperte a partire dal 17 agosto 2015, è il regolamento (UE) 650/2012 ad individuare la legge applicabile e non più la legge 218/1995)¹⁷.

L'intento dell'ordinamento italiano (così come di tutti gli altri che compiono la stessa scelta) di attrarre sotto al proprio cappello normativo tutte le situazioni relative allo statuto personale dei cittadini risponde, in primo luogo, ad un'esigenza di carattere politico: utilizzare infatti la cittadinanza quale criterio di collegamento consente allo Stato di mantenere una stretta connessione con il suo popolo, dei cui membri determina lo *status*¹⁸.

È dunque il concetto di «appartenenza» a fare da *fil rouge* nel rapporto tra diritto internazionale privato e cittadinanza, in considerazione della tradizionale tendenza a individuare la norma regolatrice di un rapporto nell'ordinamento cui il rapporto appartiene¹⁹. Ciò è peraltro la coerente espressione del principio di prossimità, uno dei metodi di coordinamento utilizzati nella

¹⁷ Per approfondimenti sul tema della successioni, si veda: A. Davi, A. Zanobetti, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014; P. Franzina, A. Leandro, *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni* mortis causa, Milano, 2013.

¹⁸ F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, 10^a ed., Torino, 2022, p. 229 ss.

¹⁹ Può in questo senso farsi riferimento al pensiero di Franzina, che scrive: «Il diritto internazionale privato, specie quello delle persone e della famiglia, è intessuto di riferimenti ai concetti di appartenenza e identità. È l'appartenenza dell'individuo ad una particolare comunità statale il fattore che le norme sui conflitti di leggi assumono tradizionalmente a parametro per selezionare il sistema giuridico da cui dev'essere attinta, nel foro, la disciplina degli status personali e delle relazioni familiari. [...] Le norme di conflitto ricorrono generalmente, a questo fine, a un giudizio di appartenenza riferito all'individuo o agli individui di cui trattasi, desumendo da tale giudizio l'assoggettamento della fattispecie alle regole della cerchia a cui l'interessato o gli interessati appartengono». (P. Franzina, Sangue, suolo e cultura: declinazioni dell'idea di appartenenza nel diritto internazionale privato, in DUDI, 2019, p. 87).

determinazione della legge applicabile soprattutto in materia di statuto personale e diritto di famiglia, il quale prescrive che la legge applicabile a ciascuna fattispecie dovrebbe essere individuata in quella dell'ordinamento con cui essa ha il collegamento più stretto.

Si noti, tra l'altro, che, come si avrà modo di analizzare nel prossimo paragrafo, è proprio il principio di prossimità a far emergere la tensione esistente tra uguaglianza e modalità di attribuzione della cittadinanza nel diritto internazionale privato, laddove la cittadinanza posseduta da un soggetto non può dirsi essere quella dell'ordinamento a lui più 'vicino'.

Se in ambito nazionale il criterio della cittadinanza, come visto, trova la propria collocazione quale criterio di collegamento nello statuto personale delle persone fisiche, nell'ambito del diritto internazionale privato europeo il ricorso ad esso è estremamente più limitato. Questo per due ordini di ragioni: da un lato, la peculiarità del diritto di famiglia e delle norme relative allo *status* personale dell'individuo, in ragione della loro rilevanza per la comunità statale di appartenenza (come poc'anzi si è evidenziato), rendono il legislatore europeo più prudente nell'esercizio della competenza concorrente in materia di cooperazione civile giudiziaria ai sensi dell'art. 81 TFUE in tale settore. Ciò trova conferma, ad esempio, nel cosiddetto regolamento Roma III relativo alla legge applicabile alla separazione personale dei coniugi e frutto di una cooperazione rafforzata, non rappresentando dunque al momento una fonte applicabile in tutti gli Stati membri dell'Unione²⁰.

Dall'altro lato, l'utilizzo del criterio della cittadinanza è ridotto in virtù dei limiti che presenta con riguardo al rispetto dell'obiettivo di equità ed effettività cui si faceva riferimento poc'anzi, oltre che in riferimento al rispetto del principio di uguaglianza.

Come sottolineato da Mosconi e Campiglio, il criterio della cittadinanza porta con sé delle difficoltà: infatti, la legge sulla cittadinanza consente sì di determinare se un soggetto sia cittadino o meno di un certo Stato, ma non può essere utilizzata per stabilire se sia cittadino di uno Stato diverso. Gli autori evidenziano come ciò invece non accada con il criterio della residenza, la cui definizione normativa «può funzionare tanto verso il nostro che verso uno Stato estero, indicando comunque un solo Stato, e dicendoci cioè se la residenza di Tizio è in Italia, oppure in Germania, oppure in Argentina»²¹.

²⁰ Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile alla separazione personale, in *GUUE* 343/10 del 29 dicembre 2010.

²¹ F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni cit.*, p. 258.

Nonostante i problemi, la cosiddetta «crisi del collegamento della cittadinanza»²² non ha ancora portato al completo superamento di tale criterio nell'individuazione della legge applicabile e ciò rende ancora attuale l'analisi dei possibili profili di discriminazione che possono derivare dalla sua applicazione²³.

4. (Segue) Possibili profili di discriminazione.

Scegliere la cittadinanza quale criterio di collegamento nell'ambito del diritto internazionale privato produce, come si è visto, conseguenze sul piano del rispetto del principio di uguaglianza a valle dell'applicazione del criterio stesso. Peraltro, non può sostenersi che sia proprio tale principio a giustificare l'utilizzo di questo criterio a discapito di un altro: il principio di uguaglianza impone soltanto la «parità di trattamento dei sistemi giuridici applicabili, in presenza di collegamenti parimenti ragionevoli per la connessione con gli interessi dei soggetti coinvolti»²⁴.

Quando ad essere scelto è tuttavia il criterio della cittadinanza, una possibile discriminazione nel diritto internazionale privato deriva anche, a monte, dalle modalità con cui il legislatore nazionale si determina ad attribuire tale *status*.

In linea teorica, scegliere la cittadinanza quale criterio di collegamento in materia di *status* personale non comporta, a priori, una discriminazione tra cittadini e stranieri: se infatti la cittadinanza posseduta corrisponde a quella della comunità con la quale il soggetto ha il proprio legame più stretto, utilizzarla come elemento per l'individuazione della legge applicabile non solo non determinerà una discriminazione (ciascuno infatti si vedrà applicata la legge dello Stato a cui è più prossimo), ma anzi rappresenterà la scelta migliore possibile²⁵.

Al contempo, però, una riflessione che prenda le mosse dalla realtà concreta dei fatti non può prescindere dalla constatazione che non sempre la cittadinanza posseduta da un soggetto corrisponde a quella della comunità nazionale di cui fa parte o in cui è più integrato. La discriminazione infatti non sussiste solo quando tutti sono posti nella condizione di poter ottenere

 $^{^{22}}$ S. Tonolo, $\it Il\ principio\ di\ uguaglianza\ nei\ conflitti\ di\ leggi\ e\ di\ giuris dizioni\ cit., p. 257.$

 $^{^{23}}$ M. Raiteri, Citizenship as a connecting factor in private international law for family matters, in JPIL, 2014, p. 309 ss.

²⁴ S. Tonolo, *Principio di uguaglianza e operatività di norme di conflitto in tema di successione*, in *RDI*, 2012, p. 1060.

²⁵ S. Tonolo, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni cit.*, p. 198 ss.

e possedere la cittadinanza del Paese con il quale hanno un *genuine link*, nei termini indicati dalla sentenza *Nottebohm*.

Cosa accade quando invece tale possibilità è preclusa o, comunque, limitata o resa particolarmente difficoltosa?

In tali situazioni pare plausibile rilevare un discostamento dallo stretto rapporto, storicamente riconosciuto, tra cittadinanza quale criterio di collegamento e principio di uguaglianza di trattamento, con il conseguente insorgere di una discriminazione tra cittadini e non-cittadini, primi fra tutti i cosiddetti immigrati di 'seconda generazione'. Nel momento in cui la legge nazionale (pensiamo a quella italiana) sulla cittadinanza rende estremamente arduo – se non talvolta impossibile – per persone nate e cresciute in Italia da genitori stranieri vedersi riconosciuto lo *status* di cittadini italiani, il risultato, sul piano del diritto internazionale privato, sarà di vedersi regolato il proprio statuto personale sulla base della legge nazionale del rispettivo Paese di origine, con il quale, spesso, non hanno alcun collegamento effettivo.

Si badi bene: la discriminazione non sarà necessariamente sostanziale perché laddove la legge nazionale del non-cittadino dovesse riconoscere meno diritti rispetto a quelli tutelati dall'ordinamento del foro, interverrà l'ordine pubblico, che in nome della tutela dei diritti fondamentali della persona, consentirà in ogni caso di riconoscerli anche allo straniero.

È evidente tuttavia la differenza sussistente tra riconoscere un diritto ad un soggetto per il tramite dell'ordine pubblico e, invece, riconoscere a quello stesso soggetto un diritto direttamente in virtù del suo *status* di cittadino del Paese del foro, soprattutto in quei casi in cui un certo *status* personale è attribuito dalla legge del foro in applicazione del limite dell'ordine pubblico, ma non è riconosciuto nello Stato nazionale del soggetto che, tuttavia, continua a regolarne lo statuto personale²⁶.

Se si guarda alle disposizioni del diritto interno relative all'individuazione della legge applicabile in caso di possesso di una doppia cittadinanza, la discriminazione subita da chi non possa, a causa dei criteri con i quali viene attribuita, ottenere quella del Paese al quale è più prossimo, risulta ancora più evidente.

Infatti, ai sensi dell'art. 19, comma 2 della legge 218/1995, laddove una persona abbia più cittadinanze, «si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto». Questo evidente favore nei confronti della prossimità risulta stridente se posto a confronto

²⁶ Sul punto si veda Salerno, il quale offre un esempio di ciò con riguardo ai casi di mutamento del sesso biologico (F. Salerno, *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto internazionale privato: una proposta metodologica*, in *RDIPP*, 2014, p. 788 ss.).

con la difficoltà con cui la legge sulla cittadinanza (non) la riconosce a soggetti che con l'ordinamento italiano hanno, in realtà, un collegamento forte. E ciò tanto più se si guarda all'ultimo capoverso della norma citata, nella parte in cui prevede che se tra le molteplici cittadinanze vi è quella italiana, quest'ultima prevale. Nei limiti che qui interessano, anche tale scelta risulta confliggente con la rigidità dei sistemi attributivi della cittadinanza italiana: indipendentemente dall'esistenza o meno di un collegamento con l'ordinamento italiano, un cittadino italiano che possegga anche la cittadinanza di un diverso Paese si vedrà applicata, quando il criterio di collegamento rilevante sia quello della cittadinanza, la legge italiana, ai sensi dell'art. 19, comma 2, ultimo capoverso. Diversamente un soggetto che abbia un effettivo rapporto di prossimità con l'ordinamento italiano, ma non possa ottenerne il riconoscimento dello *status* di cittadino, si vedrà applicata la sua legge nazionale anche se di un ordinamento a lui molto distante. La disparità è chiara.

Se si guarda al problema dal punto di vista dell'appartenenza e, dunque, della prossimità, pare doversi affermare che, alla luce della «ridefinizione dell'identità delle comunità politiche e sociali statali sotto la spinta dell'accresciuta mobilità degli individui»²⁷, il criterio che potrebbe oggi meglio esprimere il rispetto del principio di uguaglianza nella scelta della legge applicabile in materia di statuto personale sia quello della residenza abituale²⁸. Grande pregio di tale criterio sarebbe quello di consentire all'interprete di compiere, caso per caso, una valutazione specifica degli elementi che caratterizzano la fattispecie, sì da individuare l'ordinamento con cui il soggetto intrattiene, effettivamente, un rapporto stretto, valorizzando in questo modo anche nell'ambito del diritto internazionale privato il pluralismo che caratterizza l'attuale società²⁹.

²⁷ P. Franzina, Sangue, suolo e cultura: declinazioni dell'idea di appartenenza nel diritto internazionale privato cit., p. 86.

²⁸ Ciò è proposto, tra gli altri, da Franzina, il quale estende la crisi del criterio della cittadinanza anche al criterio del domicilio, pur sottolineandone la capacità, maggiore rispetto a quello della cittadinanza, di adattarsi ai cambiamenti sociali del nostro tempo e per questa ragione individua nella residenza abituale il criterio che consente l'applicazione del principio di prossimità (P. Franzina, Sangue, suolo e cultura: declinazioni dell'idea di appartenenza nel diritto internazionale privato cit., p. 89).

²⁹ Si riporta un pregevole passaggio di Franzina sul punto: «La libertà di cui gode l'interprete nel selezionare e soppesare questi indizi rispecchia la pluralità dei fattori capaci di mettere in discussione – in un ambiente sociale plurale, caratterizzato da sollecitazioni migratorie consistenti – l'uso meccanico dei criteri tradizionali come la cittadinanza e lo stesso domicilio. Non si può per esempio non considerare, quando si tratti di uno straniero presente sul territorio da un tempo già apprezzabile, se tale presenza sia vissuta dall'interessato e da

Conferma di ciò parrebbe potersi trarre dalla scelta compiuta dal legislatore europeo di utilizzare la residenza abituale sia come criterio di collegamento nei cosiddetti regolamenti Roma I e Roma II sia come titolo di giurisdizione nel regolamento Bruxelles II-bis, nonché nel regolamento 650/2012. In quest'ultimo caso, la residenza abituale ricopre entrambe le funzioni (titolo di giurisdizione e criterio di collegamento) e per la sua determinazione il considerando 23 stabilisce che si debba guardare alla durata e regolarità del soggiorno del defunto nello Stato interessato, elementi che dovrebbero essere in grado di «rivelare un collegamento stretto e stabile con lo Stato interessato».

Parzialmente diversamente, nel caso di Bruxelles II-*bis*, si richiede la «presenza fisica dell'individuo in un certo luogo e [il] carattere usuale di tale presenza»³⁰. D'altro canto, la normativa nazionale italiana non contiene, invece, alcuna previsione circa la residenza abituale e dunque, in tal caso, la nozione si rivela atipica e richiede una valutazione caso per caso.

Alla luce di ciò, si comprende come, pur consentendo una maggiore flessibilità all'interprete, la scelta della residenza abituale quale criterio di collegamento porta con sé anche alcune criticità, che derivano, innanzitutto, dalla mancanza di una nozione univoca del termine, che produce quale naturale conseguenza incertezze nel suo momento applicativo ed il rischio di *forum shopping*, a seconda dell'interpretazione che ciascun ordinamento ne offre.

5. La cittadinanza europea.

Se le criticità poc'anzi evidenziate richiederebbero un intervento legislativo che portasse ad una riforma, alternativamente, della legge sulla cittadinanza oppure dell'assetto internazional-privatistico del nostro Paese, con la

chi gli sta accanto come una presenza comunque temporanea, sia pure calata in un orizzonte lungo; allo stesso modo, non ci si potrà esimere dal considerare se l'interessato si trovi sul territorio da solo o invece con una porzione più o meno estesa della sua famiglia o comunque delle persone con cui lo stesso interessato intrattenga il grosso delle sue relazioni personali ed effettive; oppure, se – al di là di quanto si rende necessario per lo svolgimento della sua occupazione – vi sia un interesse oggettivamente manifestato per la vita di relazione locale, piuttosto che una tendenza all'isolamento all'interno della comunità dei connazionali; se le relazioni instaurate dall'interessato nel Paese di origine (o altrove) prima di giungere sul territorio vengano effettivamente coltivate dallo stesso interessato, o non assumano invece un carattere soltanto esteriore e rituale» (P. Franzina, Sangue, suolo e cultura: declinazioni dell'idea di appartenenza nel diritto internazionale privato cit., p. 95).

³⁰ F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni cit.*, p. 236.

predilezione del criterio della residenza abituale a discapito di quello della cittadinanza in materia di statuto personale, è pur vero che l'evoluzione del diritto dell'Unione europea e la sua conversione da Comunità economica ad Unione anche sociale ha indubbiamente consentito un passo avanti nella riduzione delle discriminazioni di cui si è detto.

Ciò è avvenuto non solo grazie al processo di armonizzazione delle soluzioni di diritto internazionale privato seppur come visto limitate, nell'ambito del diritto di famiglia e dello statuto personale, a cooperazioni rafforzate, ma anche per il tramite della cittadinanza europea, che da mero *status* aggiuntivo rispetto alla cittadinanza nazionale, è sempre più divenuto strumento per il riconoscimento di maggiori diritti in capo ai suoi titolari, anche a prescindere dalla tutela offerta dal loro Stato nazionale³¹.

Con riguardo al diritto internazionale privato, ci si può chiedere in prima battuta se la cittadinanza europea abbia le caratteristiche necessarie per costituire un autonomo criterio di collegamento. Alcuni autori danno risposta affermativa a tale interrogativo, evidenziando, da un lato, il declino del criterio della cittadinanza nazionale, dall'altro l'utilizzo che la Corte di giustizia fa di quella europea per ricondurre sempre più questioni nell'alveo del diritto dell'Unione³².

A ciò seguono due riflessioni, le quali si sviluppano nell'analisi del ruolo che la cittadinanza europea ricopre nei meccanismi del diritto internazionale privato.

La prima è inerente all'utilizzo, fattone innanzitutto dalla Corte di giustizia, della cittadinanza europea quale strumento per ampliare la sfera di influenza del diritto dell'Unione anche in settori formalmente di competenza degli Stati membri. La seconda, che alla prima consegue, riguarda invece la sua potenziale idoneità, anche a valle dell'interpretazione estensiva operata dalla Corte, a superare il concetto di «cittadinanza» tradizionale, arrivando dunque a fornire un nuovo paradigma anche in materia internazional-privatistica.

³¹ Sul ruolo dinamico svolto dalla cittadinanza europea nella costruzione dell'integrazione europea, si veda: L. Moccia, *Il 'sistema' della cittadinanza europea: un mosaico in composizione*, in L. Moccia (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 165 ss. Ancora, circa il rapporto tra diritti fondamentali e cittadinanza europea e il ruolo di quest'ultima nel processo di integrazione europea: M. Van den Brink, *EU citizenship and (fundamental rights: empirical, normative, and conceptual problems*, in *ELR*, 2019, p. 21 ss.; S. Iglesias Sanchez, *Fundmental rights and citizenship of the Union at a crossroads: a promising alliance or a dangerous liaison?*, in *ELR*, 2014, p. 464 ss.; P. Caro de Sousa, *Quest for the Holy Grail – Is a unified approach to the market freedoms and european citizenship justified?*, in *ELR*, 2014, p. 499 ss.

³² K. Vyshka, Changing balances of PIL theories in a Europeanized private international law, in MJECL, 2018, p. 533 ss.

Con riguardo al primo punto, a partire dal Trattato di Maastricht e poi con il suo ruolo definitivo sancito dal Trattato di Lisbona, la cittadinanza europea ha assunto via via un peso sempre crescente nel plasmare la comunità sociale europea. L'art. 20 TFUE indica i diritti derivanti dal possesso di tale *status*, ma l'elencazione è oggetto di un importante ampliamento giurisprudenziale in virtù della considerazione della stessa quale «fonte autonoma di diritti in quanto "*status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri"»³³.

Questa sua vocazione va coordinata con il principio, radicato nel diritto dell'Unione europea e confermato nella nota sentenza *Micheletti*³⁴, in base al quale «è lo Stato a definire le condizioni per l'attribuzione, la negazione o la revoca dello *status* di cittadino»³⁵. In altri termini, riconoscere alla cittadinanza europea la capacità di aumentare i diritti garantiti ai cittadini europei non le permetterebbe tuttavia di interferire nelle scelte compiute dai singoli Stati membri con riguardo alle modalità di attribuzione della cittadinanza nazionale, cui la cittadinanza europea è inevitabilmente collegata³⁶. D'altro canto, «non spetta, invece, alla legislazione di uno Stato membro limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di

³³ Corte Giust., sent. 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyck*, ECLI:EU:C:2001:458, come citata in G. Chiappetta, *Cittadinanza europea: opportunità e abusi nel diritto internazionale privato della famiglia*, in *LCE*, 2020, p. 114; S. Tonolo, *Cittadinanza e diritti fondamentali degli individui: profili problematici e possibili soluzioni*, in D. Andreozzi, S. Tonolo (a cura di), *La cittadinanza molteplice. Ipotesi e comparazioni*, Trieste, 2016, p. 55 ss. Pur essendo chiaro fin da subito il ruolo che la cittadinanza europea avrebbe svolto nel processo di integrazione, che essa arrivasse ad essere uno *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri non era in realtà scontato, come ben chiarito da E. Spaventa, *Seeing the wood despite the trees? on the scope of union citizenship and its constitutional effects*, in *CMLR*, 2008, p. 13 ss.

³⁴ Corte Giust., sent. 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Mario Vincente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, ECLI:EU:C:1992:295.

³⁵ G. Cataldi, Riflessioni sul rapporto della cittadinanza con l'ordinamento internazionale alla luce di casi recenti della prassi cit., p. 168.

³⁶ Non può dimenticarsi che la cittadinanza resta infatti una competenza esclusivamente riservata agli Stati membri. È lo stesso art. 20, par. 1 TFUE ad affermare che la cittadinanza europea «si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce», il che rende inevitabilmente chiaro il rapporto tra i due istituti. Tuttavia, come rilevato da Oosterom-Staples, «years of cooperation have meant that both legal orders have become so intertwined, that an exclusive Member State competence cannot be separated from an EU competence» (H. Oosterom-Staples, The triangular relationship between nationality, EU citizenship and migration in EU law: a tale of competing competences, in NILR, 2018, p. 433).

tale cittadinanza al fine dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato»³⁷.

Quanto affermato in *Micheletti* va però letto alla luce della successiva giurisprudenza della Corte, che ha manifestato la sua tendenza ad ampliare sempre di più il campo di applicazione del diritto dell'Unione europea nel settore delle leggi nazionali sulla cittadinanza a discapito della competenza esclusiva in materia degli Stati membri³⁸. È infatti evidente che nel momento in cui l'Unione europea, per il tramite della cittadinanza europea, estende la propria sfera di influenza sulle norme nazionali in tema di cittadinanza, da ciò derivano conseguenze rispetto non solo ad esse, ma anche alla disciplina internazional-privatistica, laddove la cittadinanza (nazionale) è utilizzata quale criterio di collegamento.

A partire dalla citata sentenza Micheletti questo approccio si è consolidato ed è stato da ultimo confermato nella recente sentenza JY³⁹, con cui i giudici di Lussemburgo hanno riaffermato la competenza di ciascuno Stato membro a determinare i modi di acquisto e di perdita della cittadinanza, precisando tuttavia che le norme nazionali, in situazioni che ricadono nell'ambito del diritto dell'Unione, devono ad esso conformarsi⁴⁰. Non solo: ad avviso della Corte, come già sostenuto in precedenza⁴¹, «i diritti conferiti a un cittadino

³⁷ Corte Giust., sent. 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Mario Vincente Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, ECLI:EU:C:1992:295, par. 10.

³⁸ Essenziale sul punto è stata la sentenza *Rottman*, pronunciata nel 2010 dalla Corte di giustizia all'esito di un rinvio pregiudiziale con il quale, per la prima volta, le veniva espressamente chiesto di determinare quale fosse il margine di discrezionalità degli Stati membri nella determinazione dei propri cittadini e, dunque, dei criteri di attribuzione della cittadinanza (Corte giust., sent. 2 marzo 2010, causa C-315/08, *Rottman*, ECLI:EU:C:2010:104). La Corte si è espressa nel senso di un crescente potere di interferenza dell'Unione europea in tale materia e tuttavia il tema ha suscitato reazioni contrastanti, come dimostrato dalle opinioni di senso assolutamente opposto manifestate da d'Oliveira, profondamente critico, e de Groot-Seling, che hanno invece accolto con favore la spinta della Corte. I commenti possono essere letti in: *Double case note. Court of Justice of the European Union. Decision of 2 March 2010, Case C-315/08*, Janko Rottman v. Freistaat Bayern, in *ECLR*, 2011, p. 138 ss.

³⁹ Corte Giust., sent. 18 gennaio 2022, causa C-118/20, *JY c. Wiener Landesregierung*, ECLI:EU:C:2022:34.

⁴⁰ Corte Giust., *JY c. Wiener Landesregierung cit.*, punto 37. Per un commento alla sentenza, si veda: M. Parodi, *Acquisto e perdita della cittadinanza «nazionale»: una questione sempre più «europea». Brevi riflessioni a margine della sentenza* JY c. Wiener Landesregierung, SIDIblog, 12 marzo 2022, disponibile su http://www.sidiblog.org/2022/03/12/acquisto-e-perdita-della-cittadinanza-nazionale-una-questione-sempre-piu-europea-brevi-riflessioni-a-margine-della-sentenza-jy-c-wiener-landesregierung/

⁴¹ Corte Giust., sent. 14 novembre 2017, causa C-165/16, *Lounes*, EU:C:2017:862.

dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE sono volti, in particolare, a favorire la progressiva integrazione del cittadino dell'Unione interessato nella società dello Stato membro ospitante»⁴².

Non vi è dubbio che questo incida sui sistemi di conflitto nazionali che utilizzano la cittadinanza quale criterio di collegamento per individuare la legge applicabile, come del resto già rilevava Tonolo nella sua opera⁴³.

Al contempo, guardare alla cittadinanza europea in quest'ottica, vale a dire nel suo ruolo propulsivo nell'attribuzione di diritti ai singoli individui, può altresì consentire di considerarla uno strumento a disposizione – sicuramente della Corte di giustizia, si tratterebbe di capire se anche del giudice nazionale – per superare le discriminazioni che le modalità di attribuzione della cittadinanza (nazionale) producono nel diritto internazionale privato.

È dunque da tale presupposto che prende avvio la seconda riflessione sopra citata.

6. (Segue) La cittadinanza europea e il principio di uguaglianza nel diritto internazionale privato.

Come prevedibile, con l'avvento della cittadinanza europea e l'interpretazione estensiva operata dalla Corte di giustizia circa i diritti da essa derivanti, anche le norme nazionali di diritto internazionale privato sono state oggetto di scrutinio alla luce del principio di non discriminazione che informa tutto il diritto euro-unitario⁴⁴. È infatti innegabile che «l'applicazione delle prerogative che dalla cittadinanza europea derivano [abbia] [...] imposto entro molti ordinamenti una revisione nel funzionamento delle norme di diritto internazionale privato, quando rivolte a privilegiare la cittadinanza del foro rispetto a quella europea, con inevitabili possibili discriminazioni»⁴⁵.

A partire, infatti, dal celebre caso *Zambrano*⁴⁶, i giudici di Lussemburgo hanno iniziato a considerare la cittadinanza europea come un diritto autonomo ed indipendente dall'esercizio della libera circolazione all'interno del territorio dell'Unione. I diritti che ne derivano non sono esercitabili solo laddove il cittadino europeo sfrutti anche la sua libertà di circolazione, ma devono essere da lui godibili ed esercitabili a prescindere dall'elemento della

⁴² Corte Giust., JY c. Wiener Landesregierung cit., punto 42.

⁴³ S. Tonolo, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni cit.*, p. 221.

⁴⁴ C. Favilli, La non discriminazione nell'Unione europea, Bologna, 2008.

⁴⁵ S. Tonolo, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni cit.*, p. 218.

⁴⁶ Corte Giust., sent. 8 marzo 2011, causa C-34/09, Zambrano, ECLI:EU:C:2011:124.

transnazionalità. Conseguentemente, nell'ottica della Corte, e dunque del diritto dell'Unione, il cittadino di uno Stato membro è prima di tutto cittadino europeo, con diritti a lui riconosciuti proprio in virtù di tale suo *status*⁴⁷.

Questo principio ha importanti ripercussioni non solo nel diritto sostanziale, ma anche nell'ambito del diritto internazionale privato, laddove «consente anche in assenza di esercizio della libertà di circolazione la scelta della legge o della giurisdizione, cosicché l'autonomia negoziale risulta notevolmente ampliata»⁴⁸.

Nel diritto di famiglia, nei casi in cui il diritto internazionale privato europeo è intervenuto (uno fra tutti, il regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale), la cittadinanza europea ha consentito di superare il requisito della transnazionalità previsto dai regolamenti, a favore di una interpretazione degli stessi più ampia che permette il ricorso ai criteri di collegamento o ai titoli di giurisdizione ivi previsti anche ai casi della cosiddette «coppie statiche», assimilando «la condizione del *cross border element* a quella della *purely internal situation*»⁴⁹.

Ciò determina l'eliminazione della disparità – e dunque della possibile discriminazione – sussistente tra coppie transnazionali e non, laddove le prime si troverebbero a poter beneficiare di regimi a loro più favorevoli, preclusi alle coppie puramente interne. In questo modo il sistema nazionale viene in qualche modo 'evitato' grazie all'azione combinata della cittadinanza europea e dei regolamenti in materia che consentono il *forum* o *system shopping*, ampliando le possibilità di scelta di foro e legge applicabile a tutti i cittadini europei: basterà infatti, ad esempio, scegliere lo Stato membro in cui registrare la propria unione per poter godere, grazie alla cittadinanza europea, delle previsioni del diritto internazionale privato europeo in materia⁵⁰.

In tale ottica la cittadinanza europea diviene uno strumento, almeno teorico, di garanzia del principio di uguaglianza nell'ambito del diritto internazionale privato, potendo tuttavia produrre disparità di trattamento

⁴⁷ M. Raiteri, Citizenship as a connecting factor in private international law for family matters cit., p. 327 s.

⁴⁸ G. Chiappetta, Cittadinanza europea: opportunità e abusi nel diritto internazionale privato della famiglia cit., p. 115.

⁴⁹ G. Chiappetta, Cittadinanza europea: opportunità e abusi nel diritto internazionale privato della famiglia cit., p. 121.

⁵⁰ G. Chiappetta, Cittadinanza europea: opportunità e abusi nel diritto internazionale privato della famiglia cit., p. 126. Si veda altresì, sul tema dell'autonomia privata in ambito familiare: L. Carpaneto, Autonomia privata e relazioni familiari nel diritto dell'Unione europea, Roma, 2020.

sostanziali legate all'effettiva possibilità per un cittadino europeo di compiere *forum* o *system shopping* al fine di invocare le norme dei regolamenti europei⁵¹.

Non solo. Un ulteriore elemento di criticità deriva dall'impossibilità, al momento, di separare la cittadinanza nazionale da quella europea, con la conseguenza che ulteriori discriminazioni possono derivare dalla condotta in qualche modo abusiva di alcuni Stati membri che compiono la scelta politica di 'vendere' la propria cittadinanza, indipendentemente da qualsi-asi collegamento effettivo o verifica di appartenenza alla comunità sociale nazionale⁵².

È chiaro che 'acquistare' la cittadinanza di uno Stato membro significa automaticamente essere cittadini europei e dunque godere dei diritti derivanti da tale *status*, tra cui, anche, l'ampliamento delle scelte possibili in tema di diritto internazionale privato che si sono descritte sopra⁵³.

Anche in questo caso si produce una evidente violazione del principio di uguaglianza: innanzitutto, tra soggetti che possono finanziariamente permettersi di acquistare la cittadinanza nazionale di uno Stato membro e quindi, in qualche modo, quella europea, e soggetti che tale investimento non possono compierlo e, conseguentemente, tra soggetti che, pur non avendo alcuna connessione effettiva o sostanziale con l'ordinamento europeo ne divengono soggetti di diritto e coloro che invece, a causa della rigidità delle modalità di attribuzione della cittadinanza da parte dello Stato in cui conducono la propria vita, pur avendo il collegamento che giustificherebbe l'acquisto di tale *status* – e quindi di quello di cittadino europeo – tuttavia, di fatto, non lo ottengono.

Questi elementi sembrano mettere in dubbio quindi l'effettiva idoneità della cittadinanza europea a divenire criterio di collegamento, a discapito della cittadinanza nazionale, al fine di dare maggiore attuazione al principio di uguaglianza o, quantomeno, ne manifestano, come prevedibile, i limiti che tuttora rimangono.

⁵¹ Tale osservazione è posta in evidenza da Chiappetta con particolare riguardo al tema della procreazione assistita: «Tuttavia, ne consegue una disparità di trattamento basata al reddito in quanto privilegia chi dispone di mezzi economici per concepire e far nascere il bambino all'estero rispetto a eventuali situazioni puramente interne» (G. Chiappetta, *Cittadinanza europea: opportunità e abusi nel diritto internazionale privato della famiglia cit.*, p. 127).

⁵² E. Triggiani, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *SIE*, 2006, p. 449 ss.

⁵³ M.C. Marchetti, Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Luci e ombre di un rapporto difficile, in SMP, 2016, p. 139 ss.

7. Qualche osservazione conclusiva.

Le brevi riflessioni qui sviluppate consentono di affermare che nell'attuale panorama internazional-privatistico nazionale, ma anche europeo, il criterio di collegamento della cittadinanza riveste ancora un ruolo importante nonostante le innegabili criticità che la sua scelta porta con sé.

Una di esse pare potersi individuare nelle modalità con cui ciascuno Stato attribuisce tale *status*: quanto più rigida è la legge nazionale sulla cittadinanza, tanto più l'idea di fondare le norme di diritto internazionale privato sulla prossimità perderà efficacia, almeno quando in gioco vi siano lo statuto personale di un soggetto e il diritto di famiglia.

Parimenti, laddove la cittadinanza venga indicata quale criterio di collegamento e tuttavia essa non identifichi correttamente l'appartenenza del soggetto ad una comunità nazionale, anche il principio di uguaglianza subirà una compressione, nel confronto tra cittadini e stranieri che non potranno godere dei diritti direttamente riconosciuti dalla legge del foro quand'anche sia l'unico ordinamento con cui abbiano un *genuine link*.

Il problema, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, è stato parzialmente risolto attraverso la cittadinanza europea, che la Corte di giustizia riconosce ormai come uno *status* autonomo⁵⁴, fonte di diritti che i cittadini europei possono invocare anche nei confronti del proprio stato nazionale.

Ciò ha avuto conseguenze anche nell'ambito del diritto internazionale privato europeo dove la cittadinanza europea ha consentito, in alcuni settori, in nome del principio di non discriminazione – e dunque dell'uguaglianza –, di superare possibili discriminazioni tra situazioni puramente interne e situazioni transnazionali, estendendo l'operatività delle norme di diritto dell'Unione anche al primo caso⁵⁵.

Torna tuttavia anche in questo caso in luce la stessa criticità evidenziata poc'anzi, seppur sotto un profilo diverso: riconoscere lo *status* autonomo della cittadinanza europea non consente di superare la sua indissolubile (stando alla lettera dei Trattati) connessione con la cittadinanza nazionale⁵⁶. Ancora

⁵⁴ Anche la dottrina evidenzia il ruolo autonomo che la cittadinanza europea riveste rispetto alla cittadinanza nazionale. Si vedano sul punto: L. Moccia, *Il 'sistema' della cittadinanza europea: un mosaico in composizione cit.*, p. 170 ss.; E. Triggiani, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale cit.*, p. 450 ss.

⁵⁵ Sullo *status* di diritto fondamentale ottenuto dal divieto di discriminazione in base alla cittadinanza e la progressiva estensione della sua sfera applicativa dal punto di vista soggettivo grazie alla cittadinanza europea, si veda: F. Costamagna, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 108 ss.

⁵⁶ Si legge in Vyshka: «The Treaties have been clear since the beginning of the introduction of EU citizenship: they are meant to complement Member State nationality and do not

una volta saranno le leggi nazionali sulla cittadinanza dei singoli Stati membri a determinare chi avrà quella nazionale e, conseguentemente, quella europea, e dunque risulta evidente che, avendo nelle leggi nazionali in materia la sua fonte creatrice, non potrà essere la cittadinanza europea a fornire lo strumento per superare le discriminazioni che dalle modalità di attribuzione della cittadinanza sorgono e che si manifestano, tra l'altro, anche nell'ambito del diritto internazionale privato.

replace it. Both Member State nationality and EU citizenship are constitutive elements of a national's personal status, but while Member State nationality can very well stand on its own, European citizenship cannot. There is no such thing (at least not yet) as only a European citizen. It would nevertheless be a mistake to consider this 'dependency' relationship between the two as a strictly rigid one. This is a very powerful force that influences and oversees the balance between Member State nationality and EU citizenship: the right to free movement within the internal market» (K. VYSHKA, Changing balances of PIL theories in a Europeanized private international law cit., p. 545). Lo stesso limite era già stato evidenziato, poco dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, da Triggiani, il quale affermava: «Il limite di fondo e l'inadeguatezza dell'attuale 'disegno giuridico' caratterizzante la cittadinanza europea è in realtà dato dall'aver ricalcalto il vecchio modello dello Stato ottocentesco; si tratta, infatti, di un mero (anche se comunque significativo) aggiornamento della trasposizione su base ultranazionale dei diritti di un soggetto che circola nel territorio europeo [...]», immaginando e auspicando che si pervenisse ad un autonomo sistema di attribuzione della cittadinanza europea, oggi in realtà non ancora istituito: «La nuova espressione utilizzata nel NTUE peraltro suggerisce probabilmente l'intenzione di giungere, in un futuro si spera non lontano, a conferire all'Unione europea il potere di attribuire la propria cittadinanza secondo un'autonoma regolamentazione giuridica» (E. TRIGGIANI, Cittadinanza dell'Unione e integrazione attraverso i diritti, in L. Moccia (a cura di), Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione europea, Milano, 2010, p. 144).

PARITÀ DELLE PARTI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E RUOLO DEL GIUDICE: BREVI RIFLESSIONI

Silvia Battistella*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Dal procedimento amministrativo al processo amministrativo. – 3. Il giudice amministrativo come risorsa. – 4. Considerazioni conclusive.

1 Introduzione.

Le brevi riflessioni che seguono traggono origine dalla lettura di tre interessanti scritti della Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli¹, che si profilano di massimo interesse, tra le altre ragioni, in quanto affrontano tematiche di grande attualità.

Se è vero, infatti, che la pandemia ha rilanciato la centralità del pubblico² e che proprio alla pubblica amministrazione è affidata l'attuazione, e in buona parte anche la definizione, delle linee di contrasto alla pandemia e del disegno di ricrescita economica, sociale e culturale, occorre oggi più che mai una buona amministrazione e, quindi, sicuramente, un sistema di giustizia nei confronti della pubblica amministrazione per assicurare la giustizia nell'amministrazione³.

^{*} Dottoranda di ricerca, *curriculum* pubblicistico (Diritto amministrativo, costituzionale, penale, procedura penale, tributario), Università di Genova. Il testo costituisce la rielaborazione dell'intervento presentato a Genova il 15 ottobre 2021, nell'ambito del convegno conclusivo dell'attività didattica dottorale relativa all'a.a. 2020/2021.

¹ M.A. SANDULLI, La "risorsa" del Giudice Amministrativo, in Questione Giustizia, 1/2021, pp. 38-49; M.A. SANDULLI, Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione, in Il Processo, 2018, pp. 1-78; M.A. SANDULLI, Rito speciale sui contratti pubblici nel primo decennio del c.p.a.: tra progresso e involuzione, in Dir. proc. amm., n. 1/2021, pp. 183-199.

² In argomento si veda U. Fantigrossi, *PNRR e riforma dei servizi pubblici*, disponibile su <u>www.giustizia-amministrativa.it</u>

³ Di qui, pertanto, la necessità di valorizzare al massimo i finanziamenti disposti dall'Unione europea per fronteggiare l'eccezionale emergenza pandemica Covid-19 mediante il programma *Next Generation EU* (NGEU), i cui fondi debbono essere investiti anche sul sistema giustizia (*rectius*, sul 'servizio giustizia'), perché, come ricordato da autorevole dot-

E chi può garantire che la pubblica amministrazione operi legalmente, nel rispetto dei principi della buona amministrazione, se non gli organi di controllo – e quindi la Corte dei Conti – a monte, e gli organi giurisdizionali a valle⁴?

Ecco, quindi, che il giudice amministrativo si rivela, al pari di altri operatori che operano in altri servizi pubblici essenziali, come è, secondo la Corte Costituzionale, anche il servizio giustizia⁵, una risorsa fondamentale ed irrinunciabile anche per il superamento della crisi sociale ed economica prodotta dalla pandemia, essendo chiamato non solo a dirimere i conflitti, ma anche e prima di tutto ad assicurare la giustizia nell'amministrazione.

Peraltro, l'altra faccia della medaglia di garantire una corretta Amministrazione è quello di fornire al cittadino una effettiva tutela rispetto al cattivo esercizio del potere.

Il luogo, esclusivo, dove questa effettiva tutela viene fornita è il processo. Proprio per tale ragione, come anche affermato dal Presidente del Consiglio di Stato, Filippo Patroni Griffi, in occasione del suo insediamento, il processo deve intendersi come luogo della parità tra Stato e

trina, «l'efficienza (della macchina) è *condicio sine qua non* (sebbene non anche *condicio per quam*) dell'effettività della tutela»; v. al riguardo, M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, reperibile in <u>www.rivistaaic.it</u>

⁴ A tal proposito si rinvia allo scritto di G. Montedoro, E. Scoditti, *Il giudice amministra*tivo come risorsa, in Ouest. Giust., n. 1, 2021, p. 11 ss., dove gli Autori evidenziano come «A fronte di un'estensione da parte della funzione amministrativa delle proprie maglie, il diritto e la giustizia amministrativa dovrebbero diventare scienza e controllo del potere ancora più pregnanti e penetranti. Quanto più l'autorità guadagna terreno, nell'ottica di una de-privatizzazione dei rapporti sociali, tanto più è necessaria la scienza del sindacato sul potere, di cui è depositario il giudice amministrativo. Non si tratta qui di inventare qualcosa di nuovo, ma di sviluppare in modo rigoroso quelle che già sono le caratteristiche dell'attuale esercizio della giurisdizione amministrativa. [...] Autorità e libertà fanno parte di un gioco a somma zero: quanto maggiore è il segno positivo dell'autorità, tanto più deve essere penetrante il controllo giurisdizionale del potere di scelta. L'espansione del potere amministrativo (soprattutto nel campo sociale e ambientale) lo rende ancora più permeabile allo scrutinio giurisdizionale. Tutto questo significa un ruolo più incisivo del giudice amministrativo e la necessità per il giudice della giurisdizione, la Corte di cassazione, di riconoscere questo nuovo fenomeno, limitando la privatizzazione crescente (che ha connotato la precedente fase storica, pre-pandemica, di sviluppo del capitale finanziario) con un nuovo equilibrio fra diritto pubblico e diritto privato (più consono alle esigenze di costruzione di uno Stato sociale rispettoso dell'ambiente e di altri interessi collettivi)».

⁵ Si veda Corte Cost., sent. n. 171 del 27 maggio 1996, reperibile in https://www.giurcost.org/decisioni/1996/0171s-96.htm

cittadino: nel processo, infatti, si raccordano tra loro il luogo del conflitto e il luogo della composizione degli interessi, fornendosi in questa sede alla situazione soggettiva nei confronti del potere una protezione diretta e primaria⁶.

2. Dal procedimento amministrativo al processo amministrativo.

Nel nostro ordinamento, del resto, si giunge al giudizio amministrativo in quanto l'obiettivo della giustizia e dell'effettiva tutela del cittadino non riesce a realizzarsi già all'interno del procedimento amministrativo, nonostante il riconoscimento costituzionale del principio dell'imparzialità della pubblica amministrazione e delle garanzie di partecipazione procedimentale introdotte con la legge sul procedimento amministrativo⁷.

E questo in quanto, essendo il potere amministrativo comunque funzionalizzato al perseguimento del fine pubblico, il privato è escluso dalla cogestione del potere stesso ed il procedimento svolge l'essenziale compito di rendere possibile la partecipazione del privato in vista del più appropriato perseguimento del fine pubblico e del migliore contemperamento dell'interesse

⁶ Del discorso di insediamento del Presidente Filippo Patroni Griffi si rinvia, in particolare, al par. «1.4.3. Sindacato di legittimità e sindacato di merito. Se il "luogo del confronto" è il procedimento, il "luogo del conflitto" è il processo, in cui la soluzione è rimessa a un terzo, il giudice. Anche questo luogo richiede una ridefinizione dei suoi confini. Il sindacato giurisdizionale sui pubblici poteri richiede di riportare alla piena parità, nel processo, un rapporto fisiologicamente sbilanciato, nel procedimento, in favore dell'amministrazione. Questo sindacato richiede un giudice: forte; tecnicamente preparato; dotato di uno strumentario flessibile, per adattare il sindacato al potere come concretamente esercitato; attento però a non sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione: perché il giudice non sceglie, ma valuta la legittimità di scelte che la legge rimette all'amministrazione. Il confine tra "sindacato di legittimità" e "sindacato di merito" va ridefinito nel senso di attrarre stabilmente nel primo la ragionevolezza e la proporzionalità della "scelta", se non anche la sua attendibilità, a prescindere dalla mediazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Il divieto di sindacato del merito amministrativo si racchiude così, al culmine di un percorso iniziato con la sentenza 601/1999 (pres. Catallozzi, est. Baccarini), solo nel divieto per il giudice di sostituire la propria scelta valutativa a quella dell'amministrazione, garantendosi per il resto una giurisdizione "piena"» disponibile su https://www.giustizia-amministrativa.it/inaugurazione-anni-giudiziari-consiglio-di-stato

⁷ Sul tema dei criteri e principi generali dell'attività amministrativa si rinvia a P.M. VI-PIANA, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Milanofiori Assago, 2017, p. 41 ss.

pubblico con quello privato⁸, senza, tuttavia, che con ciò le parti – vale a dire pubblica amministrazione, da una parte, e cittadino dall'altra – siano poste in una posizione di parità.

L'Amministrazione, in quanto preposta alla cura dell'interesse generale, non svolge, infatti, una funzione di regolazione neutrale ed è quindi facile comprendere come la partecipazione procedimentale non sia sufficiente da sola a garantire la risoluzione già nella fase amministrativa dei contrapposti interessi coinvolti e con essa la riduzione del contenzioso giudiziale.

La fase giurisdizionale finisce così per divenire una sorta di naturale anziché patologico prolungamento di quella amministrativa, con il rischio che il risultato finale sia il rifluire del procedimento nel processo.

Basti pensare, a tal proposito, come frequentemente accada che il contenuto di una memoria endoprocedimentale, trasmessa dal privato a seguito di una comunicazione resa dall'Amministrazione ai sensi dell'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990, venga trasposto nel contenuto del ricorso, essendo nella nota partecipativa già indicate, a volte gran parte, le ragioni che, in sede giudiziale, divengono poi i motivi posti a fondamento del ricorso; ragioni che, evidentemente, l'Amministrazione, nell'esitare il procedimento, ha reputato di non condividere e che quindi vengono, di fatto, traslate nel processo e sottoposte, questa volta, all'attenzione del giudice amministrativo.

È quindi evidente, ad avviso di chi scrive, come il procedimento, anche se partecipato, non renda il diritto amministrativo paritario e come, in definitiva, la funzione di superare le disuguaglianze tra Amministrazione e cittadino sia demandata al giudice amministrativo, il quale non dovrebbe pertanto emettere, al più presto, una qualunque decisione, bensì pronunciare, nel tempo ragionevolmente necessario, una decisione giusta per poter effettivamente riequilibrare il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino.

A questi fini, il nostro Codice processuale ha previsto un'articolata scansione delle produzioni difensive⁹, introducendo le memorie in replica per

⁸ In argomento si rinvia all'interessante recente scritto di F. Patroni Griffi, Contributo al dibattito sul giudice amministrativo, in Quest. Giust., n. 1/2021, pp. 19-26, dove si mette in luce come l'interesse pubblico non sia più singolare e predeterminato dalla legge, essendo ormai il frutto del complesso contemperamento tra interessi pubblici plurali, spesso contrapposti, e a loro volta da bilanciarsi con gli interessi dei privati.

⁹ La disciplina della produzione documentale nel processo amministrativo è prevista dall'art. 73, comma 1, c.p.a., il quale stabilisce che «Le parti possono produrre documenti fino a quaranta giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a trenta giorni liberi e presen-

l'udienza di merito e calibrando i termini della fase cautelare in modo da contemperare gli interessi di tutte le parti, ivi compreso quello del giudice a studiare adeguatamente il fascicolo, sia pure nei limiti richiesti per una decisione tendenzialmente sommaria¹⁰.

Inoltre, il principio dispositivo risulta temperato dal metodo acquisitivo¹¹ e la legislazione e parte della giurisprudenza¹², a partire dalla fine degli anni Novanta, hanno progressivamente rafforzato l'accesso al fatto, erodendo i

tare repliche, ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza, fino a venti giorni liberi».

¹⁰ Si vedano gli artt. 55 e 56 c.p.a.

¹¹ È noto il dibattito sui riflessi che il principio di parità delle armi, rafforzato dall'art. 111 Cost., esplica sul regime di acquisizione delle prove in un giudizio che caratterizza per la presenza di una parte pubblica e quindi istituzionalmente più forte, che, soprattutto nei giudizi a carattere impugnatorio, ha in genere la disponibilità dei documenti essenziale ai fini del decidere. Proprio in ragione di questa peculiarità l'assunzione delle prove nel processo amministrativo è stata tradizionalmente improntata sul modello dispositivo con metodo acquisitivo, in cui l'onere della prova tipico del modello dispositivo puro di stampo civilistico si attenua in quello, più sfumato, del c.d. 'principio di prova', in cui, fermo restando il principio della domanda, la parte interessata deve limitarsi ad affermare l'esistenza di un documento che ritenga decisivo, spettando poi al giudice il potere di acquisirlo utilizzando i poteri tipici di un processo basato sul metodo acquisitivo. È quindi onere delle pari allegare i fatti e determinare il thema decidendum, ma il giudice ha il potere di ordinare d'ufficio l'acquisizione delle prove - documentali e non - che ritenga utili ai fini della decisione, evitando in tal modo che l'inerzia della parte pubblica possa influire negativamente sulla ricerca della verità essenziale anche al perseguimento dell'obiettivo costituzionale di assicurare la 'giustizia nell'Amministrazione'. Sul tema si rinvia a P.M. VIPIANA, V. FANTI, M. TRIMARCHI, Giustizia amministrativa, Milanofiori Assago, 2019, p. 315.

¹² Di fondamentale rilevanza è la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in Dir. proc. amm., 2000, p. 182, con la quale è stata ammessa la sindacabilità da parte del giudice amministrativo dei provvedimenti tecnico-discrezionali, palesando così la necessità di apprestare idonei strumenti istruttori. Infatti, una volta venuta meno l'equiparazione tra discrezionalità tecnica e il merito insindacabile, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. non è più circoscritto al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, ma può estendersi alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche eseguite per valutarne la correttezza, sia in ordine al criterio tecnico utilizzato che al procedimento applicativo, con la conseguenza che coerentemente il giudice deve poter utilizzare sia il tradizionale strumento della verificazione, che la c.t.u. L'introduzione della consulenza tecnica quale strumento di ausilio e supporto delle valutazioni del giudice consente, infatti, un sindacato giurisdizionale più aderente alla garanzia costituzionale del diritto alla difesa e, dunque, dell'effettività della tutela, che, anche nella riferita parità delle armi, supera il privilegio riconosciuto al documento quale unico strumento di accesso ai fatti in esso rappresentati.

limiti al sindacato sulla discrezionalità, segnatamente sulla c.d. "discrezionalità tecnica¹³", mediante l'ampliamento dei mezzi istruttori¹⁴.

Si tratta, in verità, come evidenziato da autorevole dottrina¹⁵, di due aspetti, quello dell'accesso al fatto e quello del sindacato sulla discrezionalità tecnica, che devono ritenersi strettamente legati, in quanto la discrezionalità tecnica attiene, per lo più, alla conoscenza del fatto, più precisamente quella particolare conoscenza che comporta la valutazione del fatto, talché il suo pieno sindacato dovrebbe essere parte assolutamente necessaria del giudizio di cognizione da parte del giudice amministrativo se è vero che il giudice, per rispettare i canoni del giusto processo, non può non conoscere direttamente e completamente del fatto¹⁶, come del diritto.

In altre parole, ed estrema sintesi, dunque, anche il giudice amministrativo dovrebbe poter ripercorrere la valutazione dell'Amministrazione che ha dato contenuto e sostanza ai concetti giuridici indeterminati di matrice tecnica, senza che ciò possa configurare una indebita invasione del potere giurisdizionale della sfera dell'amministrazione, ponendosi la valutazione tecnica al di là del tradizionale esercizio dei poteri amministrativi anche dal punto di vista della separazione dei poteri¹⁷.

Tale percorso di apertura ad un sindacato più penetrante sulla tecnica è all'evidenza strettamente connesso alla progressiva trasformazione anche del

¹³ Come ricordato in nota 10, a partire dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, che ha tracciato una netta distinzione tra discrezionalità tecnica e merito, superando così il dogma della insindacabilità giudiziale delle valutazioni tecniche se non sotto i profili di manifesta illogicità o travisamento dei fatti, al giudice amministrativo è ormai incontrovertibilmente riconosciuto un ampio potere di indagine anche laddove l'autorità amministrativa abbia assunto determinazioni discrezionali contraddistinte da profili di particolare tecnicità e complessità, che si spinge fino a valutare l'attendibilità e la correttezza delle operazioni tecniche che ne hanno costituito il presupposto.

¹⁴ L'importanza dell'ampliamento dei mezzi istruttori per l'effettività del controllo giurisdizionale della discrezionalità tecnica è stata segnalata, tra gli altri, da A. TRAVI, *Valutazioni tecniche e istruttoria del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 1997, p. 1263 ss; L.R. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1727 ss;
C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Foro amm.* T.A.R., 2002, p. 2251 ss.

¹⁵ In argomento, v. F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani*, in *Dir.proc. amm.*, n. 4/2020, pp. 1098-1112.

¹⁶ Secondo A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, pp. 268-269, «L'introduzione della consulenza tecnica dovrebbe circoscrivere i margini di sindacabilità delle valutazioni tecniche dell'amministrazione».

¹⁷ V. D'Angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 659 ss.

sistema di giustizia amministrativa nella prospettiva di assicurare l'effettività della tutela¹⁸ e di perseguire l'obiettivo di un processo amministrativo paritario, nel quale l'Amministrazione non goda di un'attendibilità privilegiata, dovendo essere per il giudice amministrativo esclusivamente una parte del processo¹⁹.

In linea di principio, infatti, la pienezza della tutela implica che le scelte tecniche dell'Amministrazione possano essere sindacate a fondo in sede giudiziaria: esse non comportano valutazioni di opportunità amministrativa e pertanto non ci sono ragioni di ordine costituzionale per sottrarle al pieno sindacato giurisdizionale²⁰.

Il Presidente del Consiglio di Stato in proposito ha affermato, nella sopra menzionata relazione pronunciata al proprio insediamento, che «il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di maggior attendibilità» e non semplicemente quella comunque riconducibile al novero delle opzioni possibili²¹.

Purtroppo, tuttavia, tale affermazione è ancora lontana dall'essere accolta in giurisprudenza²²: è sufficiente scorrere le ultime numerose sentenze in

¹⁸ Per tutti, v. A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice ammini-strativo*, Padova, 2000, 308 e ss. Sulla centralità del principio costituzionale dell'effettività della tutela giurisdizionale ricavabile dall'art. 24 Cost., F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 ss.; analogamente si veda anche N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.

¹⁹ Cfr. A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 439-460.

²⁰ Sul fatto che rispetto alla ricostruzione del fatto non dovrebbe riconoscersi alcun margine di discrezionalità alla pubblica amministrazione si v. G. De Giorgi Cezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003.

²¹ A tal riguardo si rinvia nuovamente anche a F. Patroni Griffi, Contributo al dibattito sul giudice amministrativo cit., pp. 19-26 nota 7, dove l'Autore evidenzia come il potere pubblico non sia più puntualmente prefigurato, con la conseguenza che, quanto meno nei casi più complessi, lo stesso provvedimento non è necessariamente predeterminato e può avere un contenuto mutevole ed articolato, poiché deve riassumere istruttorie procedimentali complesse. Di fronte a questa evoluzione, pertanto, anche il sindacato del giudice deve evolversi se si vuole assicurare una tutela piena ed effettiva e «l'evoluzione della tutela ha come punto centrale il sindacato "pieno" del giudice amministrativo, comprensivo della cognizione piena del fatto (non più limitata dallo schermo del provvedimento) e del giudizio sulla discrezionalità, anche tecnica, dell'amministrazione. Legittimità e merito, cognizione e ottemperanza vedono sfumare i confini. Ne risente anche il sindacato della Corte di Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione, proprio perché l'area del "merito" amministrativo, tradizionalmente aggredibile solo in sede di ottemperanza, va riducendosi in favore della fase della cognizione, in nome dell'effettività della tutela».

²² La giurisprudenza amministrativa, infatti, continua a sottolineare l'impossibilità di ricondurre la maggior parte delle valutazioni tecniche ad una mera attività interpretativa e sus-

tema di valutazione delle offerte tecniche, di offerte anomale, di valutazioni medico-legali, di valutazioni di prove di concorso e via dicendo per rendersene conto. L'orientamento seguito con costanza dalla giurisprudenza è quello per cui in tema di discrezionalità tecnica il sindacato deve fermarsi alla manifesta illogicità; il che significa che, di fatto, le scelte tecniche dell'Amministrazione non sono assoggettate ad alcun sindacato effettivo.

A tal proposito, si auspica pertanto che il giudice amministrativo voglia, magari anche gradualmente a seconda delle diverse tipologie di scelte tecniche, dare corso all'auspicio del Presidente del Consiglio di Stato, atteso che, se così non fosse, ne discenderebbe una domanda provocatoria: è possibile rendere piena ed effettiva tutela a colui che ritiene inesatta la scelta tecnica dell'Amministrazione senza che tale scelta venga valutata con attenzione per stabilire se essa è la più attendibile? Il sindacato limitato, come di fatto è oggi, consente la piena soddisfazione della pretesa del ricorrente? In ultimo: si può affermare che le parti sono davvero pari nel processo amministrativo se l'una può sottrarre parte rilevante della materia del contendere al sindacato del giudice?

Del resto, tale auspicio risulta confortato da taluni indirizzi assunti dalla giurisprudenza in favore dell'effettività della tutela del cittadino nei confronti dell'esercizio del potere unilaterale di cui dispone la pubblica amministrazione.

In questa prospettiva, infatti, è proprio del settembre scorso una pronuncia del Consiglio di Stato²³ in cui si afferma la sussistenza dell'obbligo di avviso di avvio del procedimento anche nell'ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato – per i quali, in tesi, avrebbe potuto omettersi sia la comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, sia il preavviso di rigetto *ex* art. 10 *bis* della stessa legge –, sulla scorta della condivisibile considerazione che la pretesa partecipativa del privato riguarda anche l'accertamento e la valutazione dei presupposti sui quali si deve fondare la determinazione amministrativa, non dovendo essere impedito al privato, pur destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che sarebbe poi costretto a svolgere solo in sede giudiziaria.

suntiva, valorizzando la netta distinzione tra l'accertamento storico dei fatti e loro valutazione e qualificazione sul piano giuridico. Sul punto si veda F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 791 ss., il quale distingue nettamente tra fatto storico valutato dalla pubblica amministrazione e dal fatto storico in sé, posto che la valutazione dei fatti non sarebbe mai un mero accertamento.

²³ V. Cons. di Stato, sez. III, sent. n. 6288 del 14 settembre 2021, reperibile sul sito <u>www.giustiziamministrativa.it</u>

3. *Il giudice amministrativo come risorsa*.

Può a questo punto affrontarsi il tema del giudice amministrativo quale organo avente il compito, tra gli altri, di superare le disuguaglianze sostanziali tra pubblica amministrazione e cittadino e che, anche in quanto tale, si rivela una risorsa fondamentale per il rilancio del nostro Paese.

Pur non mancando il dibattito in ordine all'effettiva opportunità dell'attuale assetto della giustizia amministrativa, il rischio che il giudice amministrativo oggi corre non è tanto la sua eliminazione quanto, piuttosto, il suo progressivo svuotamento, nonché la sua progressiva assimilazione al giudice ordinario.

In altre parole, il vero pericolo è che il giudice amministrativo venga privato dei propri, per usare le parole della Prof.ssa Sandulli, «punti di forza»²⁴, che si identificano nelle forme di tutela che può utilizzare a garanzia del cittadino contro l'esercizio del pubblico potere.

La prima di queste tutele è quella cautelare, che costituisce il fulcro del sistema di garanzia contro l'esercizio del potere pubblico, rivelandosi il banco di prova della sua effettività, in quanto, come messo in evidenza dall'Unione europea nella Direttiva sui ricorsi in materia di contratti pubblici, una tutela è effettiva solo se l'ordinamento consente di impedire che gli atti assunti in violazione delle regole sostanziali producano i loro effetto²⁵.

Alla tutela cautelare il nostro codice processuale amministrativo dedica numerose disposizioni, bilanciando l'interesse del ricorrente alla tutela immediata con quello dell'amministrazione e dei controinteressati a prospettare gli argomenti a difesa dell'atto impugnato e dell'interesse di cui esso è portatore²⁶.

Inoltre, rispondendo alle sollecitazioni delle istituzioni europee, il nostro legislatore, al fine di rispondere alle esigenze di estrema gravità ed urgenza che non possono trovare adeguata soddisfazione nei tempi, pur molto contratti, della trattazione collegiale, ha introdotto un meccanismo di tutela

²⁴ Si veda M.A. SANDULLI, *La "risorsa" del Giudice Amministrativo*, in *Questione Giustizia*, 1/2021, pp. 46-49.

²⁵ Questa linea di rigore emerge in modo chiaro sin dai «considerando» della Direttiva 2007/66, i quali sottolineano l'esigenza che gli Stati membri assicurino meccanismi di tutela idonei ad evitare che le violazioni di diritto sostanziale producano i loro effetti e quindi impongono una tutela immediata e sostanziale, di tipo soprassessorio e caducatorio, per garantire che il giudice si pronunci su un ricorso che l'operatore abbia avuto la concreta possibilità di costruire, prima che la violazione, attraverso la stipula e l'esecuzione del contratto, produca effetti, lasciandola, di fatto, impunita.

²⁶ Si veda M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. Amm.*, 2010, p. 1130.

cautelare super immediata, prevedendo una tutela cautelare monocratica, in taluni causa ammessa addirittura *ante causam*²⁷.

Ed è stato questo lo strumento – sapientemente usato, in maniera assai prudente, dal giudice Amministrativo per arginare il rischio della sua strumentalizzazione per un facile accoglimento delle domande cautelari – che ha consentito alla giustizia amministrativa, nella prima fase emergenziale, di non fermarsi mai.

Ma anche alla ripresa delle decisioni collegiali, la cautela monocratica ha comunque continuato a svolgere un ruolo fondamentale per assicurare la tutela nel diritto dell'emergenza²⁸.

I conflitti tra i vari livelli di istituzionali scatenati dai provvedimenti emergenziali hanno infatti indotto in vari casi le stesse amministrazioni a ricorrere al giudice amministrativo, domandandogli l'adozione di decreti monocratici, addirittura in presenza delle condizioni per adire la Corte Costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni.

La ragione del fenomeno è verosimilmente da ravvisare non solo nella maggiore agilità di proposizione dell'azione, ma anche nel fatto che giudice amministrativo riesce a concedere le misure cauteli in tempi più brevi rispetto a quelli di cui necessita, per la struttura attuale del giudizio, la Corte Costituzionale²⁹.

La seconda forma di tutela tipica del giudice amministrativo a garanzia del cittadino contro l'esercizio del pubblico potere è quella caducatoria, che costituisce, storicamente, l'esito fisiologico del giudizio di annullamento del provvedimento dichiarato illegittimo dal giudice e che costituisce senza dubbio la più elevata modalità di protezione del cittadino davanti ai poteri pubblici, riaprendo una partita tra la pubblica amministrazione ed il vincitore del giudizio.

²⁷ Si deve, infatti, anche al diritto comunitario la previsione della tutela cautelare monocratica, anche *ante causam* e *inaudita altera parte*, per i casi di «estrema gravità ed urgenza», introdotta inizialmente nella materia dei contratti pubblici per effetto della reazione della Corte di Giustizia rispetto al rischio che, nelle more della celebrazione dell'udienza collegiale di trattazione della domanda cautelare, la violazione delle direttive sostanziali restasse impunita e producesse egualmente i suoi effetti. In argomento, si veda M.A. Sandulli, *La giustizia cautela sugli interessi legittimi "apre" all'art. 700 c.p.c.?*, in *Giust. Civ.*, 1998, II, p. 235; ID., R. Leonardi, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2011; E. Follieri, *La fase cautelare*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 337.

²⁸ V.M. Lipari, Fase 2. I giudizi camerali nel processo amministrativo, oltre la legislazione dell'emergenza, in https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=43627

²⁹ Sul tema S. Tranquilli, Ai più importanti bici non c'è segnaletica. I conflitti stato-Regione tra giudice amministrativo e Corte costituzionale, in Rivista AIC., n. 2/2021, pp. 168-203.

Queste due forme di tutela, cautelare e caducatoria, che assicurano il potere del giudice amministrativo di impedire che gli atti amministrativi ingiustamente lesivi di posizioni giuridicamente tutelate producano effetti e che hanno mostrato un'ottima tenuta anche in una situazione eccezionale quale quella pandemica, dovrebbero essere, quindi, garantite massimamente dal Legislatore, dovendosi, correlativamente, stigmatizzarsi ogni indebolimento della tutela soprassessoria e caducatoria in favore di quella risarcitoria.

Purtroppo, invece, tutto ciò non è accaduto.

Il recente decreto legge n. 77 del 31 maggio 2021, convertito nella legge n. 108 del 29 luglio 2021, noto anche come 'decreto semplificazioni *bis*' o, più correttamente, 'decreto *governance*', ha infatti introdotto delle misure che, costituendo in realtà la messa a punto di un più risalente progetto, rischiano di far venir meno l'effettività della tutela giurisdizionale contro la violazione delle regole sostanziali sull'affidamento dei contratti pubblici³⁰.

All'art. 48 del c.d. 'decreto governance' si dispone, infatti, che in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea – vale a dire tutte le commesse in qualche modo legate a tali finanziamenti e quindi, la gran parte di quelle che saranno affidate nei mesi ed anni venturi – si applica, senza limiti di tempo, lo specialissimo regime disegnato dall'art. 125 c.p.a. per le infrastrutture strategiche, il quale, ai commi 2 e 3, dispone che «in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure. Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente»³¹.

³⁰ M.A. SANDULLI, *Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa*", in www.giustiziainsieme.it

³¹ Sul tema si veda M. Giustiniani, P. Fontana, *Il processo dei contratti pubblici dinanzi al giudice amministrativo*, in F. Caringella, M. Giustiniani, P. Mantini (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, Roma, 2021, p. 2086 ss.; nel medesimo trattato anche M. Giustiniani, P. Fontana, *I poteri di intervento del giudice amministrativo nel rapporto negoziale: la 'tangibilità' del contratto pubblico*, p. 2155 ss. Al riguardo anche R. Politi, *Il contenzioso in*

In altre parole il giudice amministrativo sarà tenuto, in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, tener conto a) delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessati che possono essere lesi, b) del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione della commessa; inoltre salve le ipotesi di gravi violazioni di cui all'art. 121 c.p.a., una volta sottoscritto il contratto, sarà preclusa la declaratoria di inefficacia e/o la sua caducazione, ancorché emerga in giudizio l'illegittimità dell'aggiudicazione, residuando per il ricorrente il solo risarcimento del danno per equivalente.

Evidentemente, dunque, le disposizioni da ultimo introdotte minano non solo l'effettiva tutela cautelare, essendo questa subordinata alla complessa valutazione di plurimi interessi in gioco, fra cui quello generalissimo, e sulla cui sussistenza non dovrebbe mai dubitarsi, dell'interesse nazionale alla sollecita realizzazione del contratto, ma anche la tutela caducatoria, in favore di una tutela solo risarcitoria ogni qualvolta il contratto sia già stata sottoscritto dall'amministrazione.

E tenuto conto che è stato lo stesso legislatore, con il c.d. 'd.l. semplificazioni', ovverosia il decreto 16 luglio 2020, n. 76, a spingere le amministrazioni ad una rapida stipulazione del contratto – a tal fine stabilendo una stretta tempistica tra efficacia dell'aggiudicazione e contratto – sessanta giorni –, nonché prevedendo che l'omessa stipulazione del contratto nel suddetto termine deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse alla sollecita esecuzione del contratto, non può fondarsi sulla pendenza di un ricorso giurisdizionale ed altresì addirittura costituisce un elemento da valutare ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto³² –, pare evidente, ad avviso di chi scrive, l'atteggiamento più che favorevole del nostro ordinamento verso la tutela risarcitoria a discapito di quella caducatoria.

Nel contesto legislativo che si è da ultimo venuto a creare, mi sono tornate alle mente le interessanti considerazioni rese dal Prof. Guido Greco nell'ambito della discussione in ordine all'opportunità o meno di una applicazione generalizzata dell'art. 125 c.p.a. a tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture³³.

materia di appalti: dal recepimento della direttiva ricorsi, al Codice del processo amministrativo, 2010, disponibile su <u>www.giustizia-amministrativa.it</u>; H. Simonetti, *Il contenzioso* e rimedi alternativi, profili penali, tributari e responsabilità contabile, in M. Clarich (a cura di), Commentario al Codice dei Contratti Pubblici, Torino, 2019, p. 1412 ss.

³² v. art. 38, comma 8, del d.lgs. 50 del 2016 e s.m. ed ii.

³³ Si veda il webinar L'emergenza COVID-19 e i suoi riflessi sul processo amministrativo. Principi processuali e tecniche di tutela tra passato e futuro, svoltosi a luglio 2020, liberamente ascoltabile su https://youtu.be/8fBPo-RfN8s. Si veda anche G. Greco, Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.), in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2020, fasc. 3, p. 517 ss.

In quella occasione, il Prof. Greco sosteneva che, anche ammettendo un'estensione dell'applicazione dell'art. 125 c.p.a., tale disposizione non avrebbe comunque posto una effettiva alternativa tra annullamento e risarcimento del danno, in quanto l'art. 125 c.p.a. non escluderebbe l'annullamento, né, soprattutto, il potere cautelare.

Questo in quanto se, in sede cautelare, la pronuncia del giudice amministrativo è di sospensione, il contratto non si stipula e l'art. 125 c.p.a. consente che l'annullamento dell'aggiudicazione eviti definitivamente la stipula del contratto; detto altrimenti, l'art. 125 c.p.a. opterebbe per una soluzione a favore del contratto se il contratto è stipulato, ma prima ci sarebbe comunque una verifica del giudice amministrativo e tale controllo è anzitutto cautelare.

Tali riflessioni se, da un lato, oggi perdono parte della loro effettiva portata pratica in ragione del fatto che, come visto, anche la tutela cautelare è stata circondata dal legislatore di tanti e tali paletti e sarà tutt'altro che facile ottenerla, dall'altro svelano, a mio avviso, il soggetto che – oltre al legislatore ovviamente, in un'ottica di ripensamento – potrà risolvere il problema della crisi della tutela caducatoria: ancora una volta il giudice amministrativo.

Poiché, infatti, alla luce del nuovo quadro normativo, la tutela cautelare e quella caducatoria sono sempre più connesse e dipendenti fra loro, perché una volta esclusa quella cautelare di fatto si esclude anche quella caducatoria, tanto maggiore sarà la tutela cautelare prestata dal giudice amministrativo al cittadino, tanto più rimarrà aperta la possibilità di una successiva tutela caducatoria.

In definitiva, dunque, sempre ad avviso di chi scrive, la tenuta della tutela caducatoria potrà essere garantita solo dall'impiego da parte del giudice amministrativo della tutela cautelare.

4. Considerazioni conclusive.

Ad avviso di chi scrive, l'estensione del modello previsto dall'art. 125 c.p.a. non appare condivisibile in quanto limitare il potere del giudice amministrativo di dichiarare inefficace il contratto comporta, oltreché una riduzione concreta di tutela per il ricorrente, una limitazione della garanzia della legalità e della legittimità dell'azione amministrativa, fondamentali per il rilancio dell'economia del nostro Paese.

Non solo. La dichiarazione di inefficacia del contratto costituisce altresì un mezzo per tutelare e ripristinare la concorrenza e tutelare gli operatori economici lesi dall'illegittimo operato della pubblica amministrazione, talché il nuovo approccio dimostrato dal legislatore parrebbe essere anche in

evidente contrasto con l'esigenza di concorrenza insita nel mercato e tutelata dall'Unione europea.

In ultimo, ma non per importanza, tale soluzione raddoppia anche i costi a carico della pubblica amministrazione – e, quindi, in definitiva, della comunità –, trovandosi la stessa a pagare due volte, vale a dire una prima volta il contraente a cui è stata affidata in maniera illegittima la prestazione oggetto di affidamento e una seconda volta il ricorrente vittorioso per il risarcimento del danno derivatogli dall'illegittimo affidamento.

Concludendo, pertanto, pare più che ragionevole il timore che una siffatta propensione per una tutela solo risarcitoria non faccia che aggravare la condizione del cittadino nella sua aspirazione ad ottenere una tutela piena ed effettiva, essendo il giudice amministrativo messo dal legislatore in una condizione concretamente sempre più difficile per poter davvero svolgere il ruolo che storicamente gli appartiene, vale a dire quello di garante della giustizia nell'amministrazione, rischiando di rimanere in tal modo il diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 97 Cost. una mera declamazione di principio.

EGUAGLIANZA E CAPITALISMO: RIPENSARE IL LIBERALISMO POLITICO

Fiammetta Maria Campana*

Sommario: 1. Le promesse infrante del neoliberismo, le contraddizioni del liberalismo. –

- 2. «La libertà si dice in molti modi». 3. Libero mercato e capitalismo monopolistico. –
- 4. Conclusione.

Nel presente contributo cercherò di argomentare, sulla base del testo *Manifesto per l'uguaglianza* di Luigi Ferrajoli, a favore di una differenziazione di liberalismo e capitalismo. Il pensiero liberale non implica *eo ipso* l'assetto capitalista di mercato. La situazione economica attuale, contrassegnata dall'espansione globale del neoliberismo, nega infatti i principi fondamentali del liberalismo: libera concorrenza, pari opportunità e, tramite l'esasperazione delle diseguaglianze materiali, persino il principio di libertà formale. Come ricorda infatti l'autore del *Manifesto*, eguaglianza formale ed eguaglianza materiale sono reciprocamente connesse e libertà e uguaglianza non sono contrapposte ma complementari.

1. Le promesse infrante del neoliberismo, le contraddizioni del liberalismo.

Al cuore del *Manifesto per l'uguaglianza* di Luigi Ferrajoli vi è una proposta, la quale è al contempo un'urgenza per la nostra epoca: che il principio di uguaglianza torni alla guida della politica.

Il neoliberismo, con il suo credo fondato sulla sovranità del mercato, sulla legittimità e la necessità delle disuguaglianze per lo sviluppo economico, ha rivoluzionato l'agenda politica a partire dal biennio 1978-1980¹.

La promessa del neoliberismo è che tutte le società del globo e tutti gli individui beneficeranno dell'arricchimento delle classi più abbienti in virtù

^{*} Dottoranda di ricerca, *curriculum* in Filosofia del diritto e Storia della cultura giuridica, Università di Genova. Il testo costituisce la rielaborazione dell'intervento presentato a Genova il 15 ottobre 2021, nell'ambito del convegno conclusivo dell'attività didattica dottorale relativa all'a.a. 2020/2021.

¹ D. Harvey, A brief history of Neoliberalism, Oxford, 2007, p. 19 ss.

dell'effetto *trickle-down*, un vero e proprio 'gocciolamento' della ricchezza dai vertici al fondo della società. La razionalità economica ha così saturato lo spazio della ragione politica e giuridica: il buon funzionamento dell'economia secondo i principi del neoliberismo è diventato scopo e criterio di giudizio della politica e del diritto. Il risultato è tuttavia un mondo caratterizzato da diseguaglianze senza precedenti, causate dagli effetti del mercato privo di regolamentazione. Luigi Ferrajoli riporta i seguenti dati:

«Secondo il rapporto Oxfam del gennaio 2017, l'1% della popolazione mondiale possiede la metà dell'intera ricchezza globale e le otto persone più ricche del pianeta hanno la stessa ricchezza della metà più povera dell'intera popolazione mondiale, cioè di circa 3 miliardi e 600 milioni di persone. Il numero di questi ultramiliardari si è enormemente ridotto in pochi anni: nel 2015 erano 62 e nel 2005 erano 25834. Non solo. Grazie alla crisi economica della quale hanno ampiamente beneficiato, la ricchezza di questi super-ricchi è aumentata negli ultimi sette anni del 44%, mentre quella della metà più povera del mondo è diminuita del 41%. I ricchi, in breve, diventano sempre più ricchi e i poveri sempre più poveri»².

Alla luce di tale situazione una celebre affermazione di Ludwig Von Mises, riportata nell'opera *Liberty & Property*, ha un significato molto diverso rispetto a quello che aveva nel 1958, esattamente sessant'anni prima del *Manifesto per l'uguaglianza*:

«[The] doctrine and the policies of individualism and of capitalism, its application in economics matters, do not need any apologists or propagandists. The achievements speak for themselves»³.

Se i risultati parlano da soli, sembra necessario ripensare il nesso tra il capitalismo e il liberalismo, quest'ultimo inteso come teoria politica incentrata sul concetto di libertà individuale.

È diffusa nella letteratura accademica e nel senso comune l'identificazione del liberalismo politico con il capitalismo: sembra che il credo nella libertà individuale implichi immediatamente il sostegno per il libero mercato. *Il Manifesto sull'uguaglianza* evidenzia invece che il liberalismo oggi

² L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, 2018, pp. 74-77.

³ L. Von Mises, *Liberty and Property*, Auburn, 1991, e-book version disponibile su: https://mises.org/library/liberty-and-property

si confronta con una contraddizione. L'accrescimento delle diseguaglianze dovuto alla deregolamentazione dei mercati ha minato due dei valori fondamentali per il liberalismo politico: la libertà individuale e le pari opportunità di svilupparsi come individui; tali valori hanno infatti bisogno di una certa base di eguaglianza e benessere materiali per potersi realizzare, non basta quindi proclamare la mera eguaglianza formale⁴. Nella prospettiva di Ferrajoli, il nesso tra uguaglianza formale e sostanziale è biunivoco: se individui differenti sono considerati eguali, quindi portatori di pari dignità, è necessaria la riduzione delle diseguaglianze sociali ed economiche⁵.

La contraddizione interna al liberalismo deriva dalla contrapposizione di libertà ed eguaglianza operata da alcune ali del pensiero filosofico liberale: il Professor Ferrajoli scrive che, a partire da John Locke, si è radicata nel pensiero politico una «confusione concettuale»⁶, per la quale la libertà è identificata con la proprietà. Di conseguenza la libertà viene contrapposta all'eguaglianza, mentre quest'ultima è in realtà fondamentale per ottenere lo sviluppo delle inclinazioni e dei desideri individuali. La confusione concettuale tra libertà e proprietà sembra essersi ampliata, divenendo l'identificazione della libertà individuale con l'accesso al libero mercato, per condurre, quindi, all'identificazione dell'economia con «tutti i campi della vita, privata e pubblica, sociale e politica»⁷.

2. «La libertà si dice in molti modi».

L'identificazione del liberismo economico con il liberalismo politico determina pertanto una contraddizione, la quale potrebbe essere risolta distinguendo il pensiero liberale, incentrato sulla libertà, e il liberismo, come dottrina economica che promuove il libero mercato.

Cranston definisce così il liberale: «By definition a liberal is a man who believes in liberty»⁸, il diritto di libertà è quindi preminente su tutti gli altri valori politici; tuttavia, tale principio si declina in molti modi. Per il liberalismo classico, oltre al diritto di libertà religiosa, sono fondamentali il

⁴ L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, op. cit, pp. 95-97.

⁵ Ivi, p. IX.

⁶ Ivi, p. 130 ss.

⁷ Р. Dumouchel, J.-P. Dupuy, *L'Enfer des choses: René Girard et la logique de l'économ-ie*, Parigi, 1979, р. 9 ss.

⁸ M. Cranston, *Liberalism*, in E. Paul (eds.) *The Encyclopedia of Philosophy*, New York, 1967, p. 469.

diritto alla proprietà privata e alla partecipazione al libero mercato⁹. Secondo John Locke, l'individuo diventa proprietario di un bene mediante il lavoro, benché quel bene fosse originariamente, in quanto naturale, proprietà comune di tutto il genere umano¹⁰; mediante il lavoro, quindi, da un'originaria eguaglianza deriva un'altrettanto naturale diseguaglianza economica. La mitologia liberale, in autori come Mandeville o Smith, vuole che la spinta egoistica che anima il mercato sia in grado di realizzare il miglioramento delle condizioni economiche della società intera¹¹. Molti autori, tra cui anche Von Mises, Von Hayek, Leoni, Fukuyama, ritengono che il liberismo sia un presupposto fondamentale per il liberalismo. La libertà liberale, fondata su proprietà privata e libera iniziativa economica, colmerebbe indirettamente le diseguaglianze prodotte dall'accumulo della proprietà. Secondo Ludwig Von Mises, l'accesso delle masse al mercato determinerebbe due risultati¹². Il primo è l'innalzamento della qualità di vita di tutte le fasce sociali, e su questo punto ben si esprime Bentham: la libertà economica avrebbe la funzione di rendere i poveri più ricchi, non i ricchi più poveri¹³. Il secondo è che il consumatore ha una posizione di tale supremazia che il mercato diviene un «plebiscito quotidiano», in cui il consumatore è un votante. Secondo Von Mises, nel mercato è possibile esercitare la ribellione che le democrazie non consentono, poiché in esse domina la maggioranza, mentre il mercato prende in considerazione anche le esigenze delle minoranze. L'accesso al mercato, quindi, oltre a migliorare la qualità di vita delle fasce più deboli della società, costituisce una forma di partecipazione politica. Sulla base di questa concezione la libertà formale potrebbe e dovrebbe garantire alcuni livelli minimi di eguaglianza sostanziale: dove questo non avviene, l'idea è che i soggetti più deboli non abbiano lavorato per meritare quel minimo livello di benessere¹⁴.

⁹ Cfr. N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2006, p. 41 e G. Gaus, S. Courtland, D. Scmidtz, *Liberalism*, in *Standford Encycopedia of Phylosophy*, 2020, disponibile su https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/liberalism/ ultima consultazione: 03/07/2021.

¹⁰ J. Locke, Second Treatise of Government, Cambridge, 1980, p. 256 s.

¹¹ Cfr. B. Mandeville, La favola delle api ovvero, vizi privati pubblici benefici. Con un saggio sulla carità e le scuole di carità e un'indagine sulla natura della società, Bari, 2008; A. Smith, La ricchezza delle nazioni, Milano, 2017; G. Cambiano, M. Mori, L. Fonnesu, Storia della filosofia occidentale 3. Dalla rivoluzione scientifica all'illuminismo, Bologna, 2014.

¹² L. Von Mises, Liberty and Property, cit.

¹³ G. Gaus, S. Courtland, D. Scmidtz, Liberalism, cit.

¹⁴ D. Graeber, *Neoliberalism, or The Bureaucratization of the World*, in H. Gusterson, C. Besteman (eds.), *The Insecure American. How We Got Here and What We Should Do About It*, Berkeley, 2009, pp. 70-96.

Altri liberali, tuttavia, mettono in guardia dai rischi dell'identificazione della libertà con la libertà di iniziative economica. John Stuart Mill è stato il primo a scindere libertà economica e personale¹⁵; si possono ricordare Humbolt¹⁶, per il quale i rapporti sociali determinati dal capitalismo sono intollerabili e John Rawls¹⁷. È particolarmente efficace il monito di Max Weber: la declinazione dell'individualismo e dei diritti in termini meramente economici, anziché aprire spazi di libertà, determina uno stato di schiavitù senza padrone¹⁸.

¹⁵ Benché John Stuart Mill ritenga maggiormente auspicabile il libero mercato del controllo statale dell'economia, ritiene che i fondamenti della libertà personale e della libertà economica siano differenti. In *Principles of Political Economy* scrive che è ancora aperta la questione se possa esserci libertà personale in assenza di proprietà privata. Occorre ricordare anche la distinzione tracciata da Mill tra le leggi necessarie dell'economia, inerenti alla produzione dei beni, e le leggi della distribuzione che possono essere modificate dalla volontà umana. Cfr. J.S. Mill., *Collected Works of John Stuart Mill*, Toronto, 1963, p. 203 ss.

¹⁶ N. Chomsky, *Notes on Anarchism*, in *New York Review of Books*, 1970, disponibile su: http://theanarchistlibrary.org/library/noam-chomsky-notes-on-anarchism ultima consultazione: 03/07/2021.

¹⁷ In A Theory of Justice, John Rawls analizza varie interpretazioni del seguente principio di giustizia: «le ineguaglianze sociali ed economiche devono essere colmate in modo da essere (a) ragionevolmente previste a vantaggio di ciascuno; (b) collegate a cariche e posizioni aperte a tutti». Il principio viene concepito in modo diverso a seconda che sia analizzato all'interno del sistema della libertà naturale, dell'eguaglianza liberale e dell'eguaglianza democratica. Per la questione presente è utile analizzare le prime due. Il sistema della libertà naturale presuppone un'eguale libertà dei consociati e una libera economia di mercato. L'eguaglianza, in questa interpretazione, è esclusivamente formale e riguarda l'opportunità di tutti, sulla base degli stessi diritti legali di accesso, di raggiungere posizioni sociali vantaggiose. Nel sistema di libertà naturale non è previsto alcun correttivo né alle contingenze naturali e sociali che determinano le condizioni materiali di partenza, né alla diseguaglianza che si instaura su tali basi, se non quanto è necessario alla conservazione delle istituzioni. L'interpretazione liberale, secondo Rawls, mira invece a correggere l'ingiustizia intrinseca al primo sistema, la quale è data dall'aleatorietà con cui le risorse sono distribuite, inaccettabile dal punto di vista morale. Per il liberalismo l'eguaglianza di opportunità a posizioni sociali vantaggiose non deve essere solo formale, ma deve esserci una concreta prospettiva di riuscita per tutti. Secondo l'autore, quindi, l'interpretazione liberale vuole mitigare le contingenze sociali e deve avere delle istituzioni che possano prevenire un'eccessiva accumulazione di proprietà e ricchezze e che possano garantire eguali opportunità di istruzione per tutti. L'interpretazione liberale è, per l'autore, ancora insufficiente, poiché permette che la distribuzione delle ricchezze sia condizionata da qualità naturali come il talento, secondo la concezione delle «carriere aperte ai talenti». Tuttavia, interessa notare che il neoliberismo attuale è più simile al sistema di libertà naturale che non al liberalismo rawlsiano. J. RAWLS, Una teoria della giustizia, Milano, 2017, p. 76 ss.

¹⁸ R. Marra, La religione dei diritti. Durkheim, Jellinek, Weber, Torino, 2006, p. 99 ss.

Vorrei dunque chiedere al Professor Ferrajoli se possa essere utile, nell'ottica di realizzare il progetto di riportare l'eguaglianza al centro della politica, tornare a distinguere il liberalismo dal capitalismo.

Mi sembra che in favore di tale operazione possano essere addotte due motivazioni. In primo luogo, le contraddizioni che deve affrontare il liberalismo sono una questione che non riguarda solo chi si definisce politicamente liberale, ma tutti coloro che credono nello Stato di Diritto. Il costituzionalismo ha una forte matrice liberale e le questioni attinenti al liberalismo, così come quelle relative alla democrazia, riguardano quindi l'intero sistema politico e giuridico dello Stato contemporaneo: sono una questione istituzionale¹⁹.

Il secondo motivo è che distinguere tra i concetti di libertà, libertà economica e totale deregolamentazione dei mercati (ossia la distinzione tra liberalismo, liberismo e neoliberismo) potrebbe essere un primo passo per tornare a separare la sfera economica dalla politica e dal diritto. Il liberalismo è una dottrina politica e filosofica. Il liberismo e il neoliberismo sono dottrine economiche: il capitalismo «capitalism is not an ideology; rather it is a bundle of economic and technological processes. Capitalism is, therefore, something that someone does, rather than believes in it»²⁰, non può quindi rappresentare un principio di azione politica e sociale. La distinzione concettuale tra ambito economico e sfera politica è certamente solo un primo passo per tornare a porre l'eguaglianza al centro della politica poiché, per realizzare questo obiettivo, non è sufficiente che l'economia permanga come sfera autonoma dell'esperienza sociale umana, ma è necessario subordinare gli interessi economici alle necessità e alla volontà politica.

¹⁹ Si potrebbe anche far riferimento a quanto afferma Ernesto Paolozzi, secondo il quale liberalismo e movimento democratico hanno avuto negli anni un costante avvicinamento al punto che, scrive l'autore de *Il liberalismo come metodo*, con il termine liberal-democratico oggi viene identificato il sistema istituzionale dello Stato occidentale. Le questioni attinenti al liberalismo, così come quelle relative alla democrazia, riguardano quindi l'intero sistema politico e giuridico dello Stato contemporaneo. Occorre in realtà considerare che questa affermazione molto suggestiva non trova sempre l'accordo della comunità scientifica: l'accostamento dei termini liberale e democratico spesso è ritenuto un ossimoro inammissibile scientificamente (Schmitt), oppure è un rapporto costantemente da ripensare. Cfr. E. Paolozzi, *Il liberalismo come metodo*, Napoli, 2015, e-book version; C. Schmitt, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Torino, 2004; C. Mouffe, *The Challenge of Carl Schmitt* Londra, 1999.

 $^{^{20}}$ Shahram Arshadnejad, *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States*, New York 2009, p. 1.

3. Libero mercato e capitalismo monopolistico.

La distinzione tra liberalismo politico e liberismo economico si confronta con un'ulteriore questione: che cosa sia il capitalismo e che quali siano le sue possibili degenerazioni.

La distinzione terminologica tra liberalismo e liberismo nasce in Italia²¹, a seguito di un dibattito tra Croce ed Einaudi attorno alla domanda se la libertà economica sia indispensabile per le altre forme di libertà o si possa ipotizzare un liberalismo che prescinda dalla rivendicazione della libertà di mercato. Per Croce, il nesso tra liberalismo, come teoria della libertà, e liberismo, che individua la libertà di mercato come presupposto fondamentale per la realizzazione della libertà dei singoli individui, è solo contingente. Non si possono collegare in modo immediato e diretto le altre libertà individuali alla libertà economica; per questa ragione il liberalismo non può rifiutare a priori modalità economiche che prevedano la socializzazione dell'economia²². Per Einaudi non è accettabile la tesi per cui «la libertà possa affermarsi qualunque sia l'ordinamento economico ed anche nell'economia a schiavi od serviy²³: la libertà ha bisogno del libero mercato. Occorre tuttavia specificare che, per lo stesso Einaudi, libero mercato non è sinonimo di «capitalismo monopolistico»²⁴.

Considerando la posizione di Einaudi emerge quanto segue: se anche il liberalismo politico implicasse il capitalismo, esisterebbe una degenerazione del capitalismo a cui occorre fare attenzione. Che il capitalismo, da libero mercato, sia degenerato nella forma neoliberista del capitalismo monopolistico è una tesi sostenuta dall'economista Martin Wolf. Egli ritiene infatti che il capitalismo attuale è un «rigged capitalism», un capitalismo camuffato, e un «rental capitalism»²⁵, capitalismo del redditiere. La presenza di colossi che guadagno sempre di più mediante sforzi sempre minori elimina la concorrenza di mercato e la classe media, presupposti fondamentali per il capitalismo e per il libero mercato. Si pone la seguente questione: o è la natura stessa del capitalismo a portare alla progressiva soppressione della libera concorrenza, oppure la deregolamentazione totale del mercato e la sua

²¹ E. PAOLOZZI, *Liberismo e liberalismo*, 2002, in <u>ernestopaolozzi.it</u>, ultima consultazione 30/07/2021; N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2006, p. 85 ss.

²² B. Croce, L. Einaudi, Liberismo e Liberalismo, Napoli, 1988, pp. 11-14.

²³ *Ibid.*, p. 137.

²⁴ *Ibid.*, p. 144.

²⁵ M. Wolf, *Why rigged capitalism is damaging liberal democracy*, in *Financial Times*, 18/09/2019, disponibile su: https://www.ft.com/content/5a8ab27e-d470-11e9-8367-807eb-d53ab77 ultima consultazione: 07/08/2021.

progressiva appropriazione dello spazio pubblico da parte del credo capitalista hanno determinato una vera e propria degenerazione del capitalismo in qualcosa di diverso.

«Some might argue, complacently, that the 'monopoly rent' we now see in leading economies is largely a sign of the 'creative destruction' lauded by the Austrian economist Joseph Schumpeter. In fact, we are not seeing enough creation, destruction or productivity growth to support that view convincingly»²⁶.

Secondo Wolf, il capitalismo è un sistema ancora utile per la nostra società, ma è necessario un maggior controllo politico. Anche per molti teorici e molti attivisti di sinistra il volto del capitalismo è cambiato nel corso del tempo ed è diventato qualcosa di differente: il capitalismo non ha più al proprio centro la produzione di beni ma il marketing e l'advertising (che spesso promuove più un logo del prodotto) e le sue priorità afferiscono al mondo della finanza e della speculazione²⁷.

C'è una diffusa sensazione che il neoliberismo abbia, per queste ragioni, tradito profondamente il liberalismo. Santos scrive: «Il neoliberalismo non è una versione nuova del liberalismo, ma è piuttosto una vecchia versione del conservatorismo». ²⁸ Tale idea è condivisa anche da Lowie che ritiene che l'ideologia liberale sia morta e che ora sia rimasto solo il conservatorismo, al punto che il meccanismo di autoregolazione non è più dato dalla competizione di mercato ma dalla competizione tra gruppi. A tale affermazione fa eco Graeber quando scrive che c'è una grande confusione attorno all'uso del termine 'liberale' negli Stati Uniti. Nel XIX secolo il liberale era colui che fondava la libertà individuale sulla proprietà privata, da ciò conseguiva il rifiuto dell'intervento statale nell'ambito economico. Con l'emergere delle istanze neoliberiste, il termine ha iniziato a indicare i rappresentati della sinistra moderata, rendendo 'liberale' sinonimo di 'social-democratico'. Benché

²⁶ Ibid. Cfr. anche J. Schumpeter, Capitalismo, socialismo e democrazia, Milano, 2021.

²⁷ J. HICKEL, A. KHAN, The Culture of Capitalism and the Crisis of Critique, in *Anthropological Quaterly*, 85, 1, 2012, pp. 203-227; J. HICKEL, *Liberalism and the politics of Wall Street*, in *Anthropology of this century*, 4, 2012, disponibile su: https://www.researchgate.net/publication/286195224_Liberalism_and_the_Politics_of_Occupy_Wall_Street; J. McGuigan, *Cool Capitalism*, New York, 2009; T. Frank, *One Market Under God*, Londra, 2000; B.D.S. Santos, *Può il diritto essere emancipatorio? Una riflessione teorica*, in *Democrazia e diritto*, 1, 2004, pp. 25-55; N. Klein, *No Logo*, Milano, 2010.

 $^{^{28}}$ B.D.S. Santos, *Può il diritto essere emancipatorio? Una riflessione teorica*, in *Democrazia e diritto*, 1, 2004, p. 28.

il liberalismo avesse come valore fondamentale la libertà, superiore a qualunque altro principio politico, morale o economico, la creazione di tali livelli di disuguaglianze e l'assottigliamento della classe liberale per eccellenza, ossia la classe media, ha portato una confusione che è sintomatica del disagio del presunto nesso tra neoliberismo e ideali liberali. Aggiunge ancora Graeber: «Capitalism that was not based on the need to continually expand production would simply not be capitalism; its fundamental dynamics would change; it would become something else»²⁹.

4. Conclusione.

Il liberalismo, che si riconosca nel libero mercato o nel capitalismo, non può più, nel XXI secolo, accontentarsi di affermare l'esistenza di libertà formali, dimenticando che, in assenza dell'eguaglianza sostanziale, non è possibile difendere adeguatamente gli individui dalle discriminazioni e garantire a tutti eque possibilità di accesso al mercato. Paolozzi sostiene che il liberalismo non può più sopravvivere solo come teoria istituzionale, ma deve ripensarsi come liberalismo in lotta per la conquista dei diritti³⁰. Se, come scrive Ferrajoli, «il principio di uguaglianza è il principio politico dal quale, direttamente o indirettamente, sono derivabili tutti gli altri principi e valori politici»³¹, l'eguaglianza deve essere il fondamento di ogni diritto, sia esso civile, politico, sociale, economico. L'eguaglianza non può essere assunta come un dato di fatto. È difficile negare che nel 1958 Von Mises sembrasse avere ragione: almeno per la parte occidentale del mondo, il capitalismo ha apportato dei benefici, un innalzamento della qualità della vita senza precedenti. La domanda sulla natura del liberalismo politico e del liberismo economico ha bisogno di confrontarsi anche con il capitalismo e le sue contraddizioni. Secondo Wolf questa è l'ultima occasione per il capitalismo liberale: l'economista, citando il Gattopardo, ricorda che se vogliamo che tutto rimanga uguale, tutto deve cambiare 32

²⁹ D. Graeber, *Neoliberalism, or The Bureaucratization of the World, cit.*, p. 93.

³⁰ E. PAOLOZZI, *Il liberalismo come metodo, cit.*, e-book version.

³¹ L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., p. IX.

³² M. Wolf, Why rigged capitalism is damaging liberal democracy, cit.

EGUAGLIANZA E GIUSTIZIA: LINEARITÀ E INCONGRUENZE NELLA STORIA GIURIDICA OCCIDENTALE

Daniele Colonna*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Eguaglianza e giustizia: linearità e incongruenze nella storia giuridica occidentale. – 3. Dall'unificazione del soggetto di diritto all'eguaglianza sostanziale. – 4. Il riemergere degli status.

1. Premessa.

Vorrei cominciare questo ultimo intervento esprimendo la mia più profonda gratitudine agli organizzatori del convegno odierno e in particolare alla Professoressa Paola Ivaldi per la sempre sollecita attenzione che non ha mai fatto mancare ai dottorandi del Corso di Dottorato in Diritto dell'Università di Genova.

Mi accingo a concludere questa densa giornata di studio e di confronto con un certo timore: intervenire dopo maestri così autorevoli e colleghi così preparati non è semplice. Sarò quindi breve, limitandomi a tratteggiare alcune riflessioni in prospettiva diacronica circa il rapporto che lega le due grandi protagoniste degli interventi di oggi: la giustizia e l'eguaglianza.

2. Eguaglianza e giustizia: linearità e incongruenze nella storia giuridica occidentale.

Il Professor Mitja Gialuz ha introdotto questa sessione dichiarando che l'eguaglianza è presupposto necessario per ogni ordinamento che voglia definirsi giusto. Affermazione su cui, oggi, tutti noi concordiamo pacificamente. Se però indaghiamo l'evoluzione storica di questo connubio ideale ci troviamo davanti a una vicenda connotata da una certa ambivalenza. Limitando l'analisi alla storia giuridica della civiltà occidentale, mi sembra si possano

^{*} Dottore di Ricerca in Diritto, Assegnista di ricerca presso l'Università di Genova. Il testo costituisce la rielaborazione dell'intervento presentato a Genova il 15 ottobre 2021, nell'ambito del convegno conclusivo dell'attività didattica dottorale relativa all'a.a. 2020/2021.

individuare, nel rapporto tra eguaglianza e giustizia, due linee di tendenza diverse e finanche contrapposte.

La prima è caratterizzata da coerenza e continuità, un incessante raffinamento che evidenzia, chiarisce e giustifica la stretta connessione tra i due termini del nostro discorso. È la storia dell'affermarsi dei diritti della persona che comincia nell'antichità classica e prosegue ininterrotta sino ai giorni nostri secondo tappe note¹: la riflessione filosofica greca, l'elaborazione intellettuale e giuridica romana, il pensiero cristiano – all'interno del quale è stata peraltro elaborata la nozione di persona² – l'umanesimo e la stagione giusnaturalistica che hanno fondato gran parte del sistema di valori che tutt'oggi informa le nostre tradizioni giuridiche, la svolta illuministica e infine, dopo le tragedie del Novecento, il costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra³.

Mi sembra si possa individuare un filo rosso che collega tutte queste esperienze e che tende a valorizzare sempre più la prospettiva dell'eguaglianza, nell'ottica della tutela dei diritti umani fondamentali, come presupposto della giustizia⁴.

¹ Per un primo ampio inquadramento della storia dei diritti umani si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, *ex multis*: G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in G. Gozzi (a cura di), Roma-Bari, 2001 (1978); A. Algostino, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, 2005; M. Barberis, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, pp. 121-215.

² Sulle origini cristiane della nozione di persona: A. MILANO, *Persona in Teologia. Alle origini del significato di persona nel cristianesimo antico*, Napoli, 1984; L.F. MATEO-SECO, G. MASPERO, *Il mistero di Dio uno e trino. Manuale di Teologia Trinitaria*, Roma, 2014, pp. 317-328. Circa la portata (teologica) radicale del primo messaggio cristiano, nella prospettiva dell'eguaglianza: «Tutti voi infatti siete figli di Dio mediante la fede in Cristo Gesù [...] Non c'è Giudeo né Greco; non c'è schiavo né libero; non c'è maschio e femmina, perché tutti voi siete uno in Cristo Gesù», Galati 3, 26-28, Cinisello Balsamo (MI), 2008.

³ Con riferimento al costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra quale momento apicale del secolare affermarsi dei diritti della persona, cfr.: P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2007, pp. 249-257.

⁴ Tendenza acutamente espressa da Benedetto XVI nel Discorso al *Reichstag* di Berlino del 22 settembre 2011: «Nella prima metà del secondo secolo precristiano si ebbe un incontro tra il diritto naturale sociale sviluppato dai filosofi stoici e autorevoli maestri del diritto romano. In questo contatto è nata la cultura giuridica occidentale, che è stata ed è tuttora di un'importanza determinante per la cultura giuridica dell'umanità. Da questo legame precristiano tra diritto e filosofia parte la via che porta, attraverso il Medioevo cristiano, allo sviluppo giuridico dell'Illuminismo fino alla Dichiarazione dei Diritti umani e fino alla nostra Legge Fondamentale tedesca [...] La cultura dell'Europa è nata dall'incontro tra Gerusalemme, Atene e Roma [...] nel riconoscimento della dignità inviolabile dell'uomo, di ogni uomo, questo incontro ha fissato dei criteri del diritto, difendere i quali è nostro compito in questo momento storico», Benedetto XVI, *Discorso al Parlamento federale tedesco Reichstag di*

Vi è però una seconda linea di tendenza, distonica rispetto a quella da ultimo evidenziata. D'altro canto, spesso la storia umana dà prova di questo suo carattere intrinsecamente ambiguo. L'eguaglianza, come ci ricordava questa mattina il Professor Guido Alpa, è, infatti, una conquista, dal punto di vista giuridico, estremamente recente. Un risultato che, almeno nei suoi profili 'formali', collochiamo usualmente all'inizio della contemporaneità con la Rivoluzione francese e la Déclaration des droits de l'homme et du citoven del 26 agosto 1789: «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit» (art. 1), «La loi est l'expression de la volonté générale. [...] Elle doit être la même pour tous [...] Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux» (art. 6)⁵. Il contesto ordinamentale precedente, l'ancien régime di età moderna, non solo negava cittadinanza alle istanze egualitarie, ma fondava addirittura la sua costituzione esplicitamente sulla diseguaglianza, sulle differenze di ceto⁶. E questo era un dato anche giuridico fondamentale che trovava piena legittimazione in una pluralità di fonti, come testimoniato, tra gli altri, dal maggior giurista italiano del Seicento, Giovanni Battista De Luca (1614-1683), nel suo *Il cavaliere e la dama*⁷:

Berlino. 22 settembre 2011 in M. Cartabia, A. Simoncini (a cura di), La legge di re Salomone. Ragione e diritto nei discorsi di Benedetto XVI, Milano, 2013, pp. 244-251, spec. p. 247. Per un autorevole inquadramento storico-giuridico di questa tradizione: «è giustizia tutto ciò che è ordinato alla crescita della persona umana: è questo umanesimo il valore più alto conservato nel deposito bimillenario della sapienza giuridica occidentale. Lo storico del diritto può mostrarlo testi alla mano» e «Vangelo e diritto romano penetrano insieme sotto la corazza barbarica. [...] È attraverso tale combinazione di umanesimo e diritto – peculiare del cristianesimo occidentale – che la nuova fede viene a poco a poco accolta dai popoli germanici. [...] E nasce una cultura che non è più né romana né germanica, ma romanica, e cristiana. Sarà la cultura dell'Europa medievale», A. Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico, Vol. 1, Milano, 1982, p. 9 e p. 15.

⁵ Il testo integrale della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, insieme a quello delle diverse costituzioni francesi, è disponibile sul sito internet del *Conseil constitutionnel*: https://www.conseil-constitutionnel.fr/. Per un primo inquadramento globale delle dichiarazioni dei diritti francesi e dei loro antecedenti si rinvia a: G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali cit.*, pp. 72-84.

⁶ Con riferimento all'assetto istituzionale di *ancien régime*, in particola modo per quanto concerne il contesto francese, si veda, *ex mutis*: R.R. DOUCET, *Les institutions de la France au XVI siècle*, Paris, P1948; F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, 1951, p. 512 ss.; J. ELLUL, *Storia delle istituzioni. L'età moderna e contemporanea dal XVI al XIX secolo*, traduzione di G. Ancarani e E. Nicolini, Milano, 1976; R. Mousnier, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, Paris, 1980; P. Alvazzi del France, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, 2011.

⁷ Per un primo inquadramento del pensiero e della vicenda biografica del Cardinale Giovanni Battista De Luca, *ex multis*, si rinvia a: A. MAZZACANE, voce *De Luca, Giovanni Battista*,

lo stato del cavaliere [...] porta seco molti vantaggi e molte prerogative sopra gli altri [...] A più fonti derivano i privilegi, e le prerogative, e le onorevolezze del cavaliere; Primariamente cioè dall'uso del paese; Secondariamente dalle leggi particolari, overo da privilegi de Principi; E terzo dala ragione comune civile, ò canonica, feudale⁸.

Lo stesso Montesquieu (1689-1755)⁹, presentato a ragione come uno dei padri nobili della teoria liberale, nel suo *opus majus*, *De l'esprit de loi*¹⁰, mostra un certo favore per le diseguaglianze sino a teorizzare come opportuno, in particolar modo con riferimento al modello monarchico, un ordine costituzionale fondato sul principio operativo dell'onore – «*L'honneur, c'est-à-dire le préjugé de chaque personne et de chaque condition*»¹¹ – e quindi la necessità del privilegio: «*Le gouvernement monarchique suppose* [...] *des prééminences, des rangs, et même une noblesse d'origine. La nature de l'honneur est de demander des préférences et des distinctions*»¹².

Un ulteriore esempio di questa ambivalenza. Questo pomeriggio è stata ricordata la *Declaration of Rights* della Virginia del 12 giugno 1776 che principia proprio stabilendo che *«all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights»*. Similmente statuisce la ancor più famosa e solo di pochi giorni successiva *Declaration of Independence* del 4 luglio 1776: *«all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness»*¹³. Ebbene il Professor Federico Sorrentino ha

in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXVIII, Roma, 1990, pp. 340-347 (https://www.treccani.it/enciclopedia/de-luca-giovanni-battista_%28Dizionario-Biografico%29/); A. Santangelo, *La toga e la porpora. Quattro biografie di Giovan Battista De Luca*, Venosa, 1991.

⁸ G.B. De Luca, *Il cavaliere e la dama overo discorsi familiari nell'ozio tuscolano autunnale dell'anno 1674*, Roma, 1675, pp. 128 e 131.

⁹ Per un'ampia introduzione alla biografia e al pensiero di Charles-Louis de Secondat, barone di La Brède e di Montesquieu si rinvia a: R. Shackleton, *Montesquieu: a critical biography*, London, 1961; S. Goyard-Fabre, *Montesquieu: La nature, les lois, la liberté*, Paris, 1993; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Milano, 2005, pp. 117-135; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1998, pp. 262-298.

¹⁰ I riferimenti all'opera di Montesquieu del 1748 sono tratti da: Montesquieu, *De l'Esprit de lois. Avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Malby, La Harpre, Servan, etc.*, Paris, 1844.

¹¹ Montesquieu, *De l'Esprit de lois cit.*, p. 23.

¹² Ibidem.

¹³ Per un primo approccio alla vicenda dell'indipendenza delle colonie nordamericane, in prospettiva storico-giuridica, si rinvia a: A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal*

già messo in evidenza il paradosso generato da tali enfatiche espressioni messe alla prova dei fatti e in particolare poste innanzi al permanere, per quasi un secolo, di un'economia schiavista nei nascenti Stati Uniti d'America¹⁴. Io propongono un'ulteriore riflessione, sempre relativa al contesto americano, ma con riferimenti ancor più datati.

Da poco è trascorso il 12 ottobre, il *Columbus Day*, che anche quest'anno si è rivelato occasione per numerose polemiche connesse ai temi della memoria storica della conquista e della colonizzazione europea dell'America. Di queste vicende protagonista indiscussa e precoce fu la Spagna del *Siglo de Oro*¹⁵, per il tramite non solo dei suoi *conquistadores* ma anche della dotta riflessione giuridica – è questo il periodo di massima fioritura accademica della celebre Scuola di Salamanca – che tentò una prima sistematizzazione di quelle nuove questioni la cui trattazione era resa urgente proprio dalle mire espansionistiche degli europei¹⁶. Davanti al «problema dell'altro»¹⁷ si pose, infatti, anche la questione della condizione giuridica dei nativi americani. Fu questa l'occasione per ribadire da parte di taluni autori la naturale diseguaglianza degli uomini. Celebre è l'appellativo *homunculi* utilizzato da Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573) per identificare gli *indios*:

Confer nunc cum horum virorum prudentia, ingenio, magnitudine animi, temperantia, humanitate et religione homunculos illos in quibus vix

medioevo all'età contemporanea, Bologna, 2016, pp. 446-450. Con riferimento ai *Bill of Rights* americani: G. Oestreich, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali cit.*, pp. 63-71.

¹⁴ La schiavitù negli Stati Uniti d'America venne abolita solo nel 1865 con l'approvazione, conclusa la Guerra di Secessione (1861-1865), del tredicesimo emendamento alla Costituzione: «Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction». I testi della Declaration of Rights della Virginia, della Declaration of Independence e della Constitution of the United States sono consultabili sul sito della National Archives and Records Administration (NARA): https://www.archives.gov/

¹⁵ Circa la Spagna del *Siglo de Oro* e la colonizzazione dell'America, *ex multis*: J.H. Elliott, *La Spagna imperiale 1469-1716*, Bologna, 1982; B. Bennassar, *Il secolo d'oro spagnolo*, Milano, 1985; L.N. Mc Alister, *Dalla scoperta alla conquista: Spagna e Portogallo nel Nuovo mondo 1492-1700*, Bologna, 1986; Aa.Vv., *Scoperta e conquista di un Mondo Nuovo*, in F. Cantù (a cura di), Roma, 2007.

¹⁶ Sulla Scuola di Salamanca, per un inquadramento generale, *ex multis*: F.J. Rubio Muñoz, *La república de sabios: profesores, cátedras y universidad en la Salamanca del Siglo de Oro*, Madrid, 2020; AA.Vv., *Tempi del diritto*, Torino, 2018, pp. 126-131.

¹⁷ Il riferimento è al celebre libro *La conquête de l'Amérique*. *La question de l'autre* di Tzvetan Todorov: T. Todorov, *La conquista dell'America*. *Il problema dell'«altro»*, traduzione di A. Serafini, Torino, 2014 (1982).

reperies humanitatis vestigia [...] Itaque Cortesius [...] tam immensam multitudinem, tamquam etiam communi sensu, non modo industria et solertia careret, tantulo in Hispanorum et paucorum indigenarum praesidio oppresam diu trepidantemque inter initia tenuit. Potuitne majori aut potiori documento, quid homines hominibus, ingenio, industria, robore animi, ac virtute praestarent, declarari? ¿Et quod illi sint natura servi demonstrari? [...] quod domos habeant et aliquam in communi vivendi rationem, et commercia, quae necessitas naturalis inducit, hoc quid habet argumenti, nisi eos, non esse ursos, aut simias, rationis penitus expertes?¹⁸.

Sebbene a tale posizione si opposero autorevolmente altri accademici e religiosi – il nome più celebre è quello del domenicano Bartolomé de Las Casas (1484 – 1566)¹⁹ – è evidente come in pieno XVI secolo si fosse ancora molto

^{18 «}Confronta ora le doti di prudenza, ingegno, magnanimità, temperanza, umanità, religione di questi uomini [gli spagnoli] con quelle di quegli omuncoli (homunculi), nei quali a stento potrai riscontrare qualche traccia di umanità [...] Così Cortez, all'inizio, per molti giorni tenne oppressa e terrorizzata, con l'aiuto di un piccolo numero di spagnoli e di pochi indigeni, una immensa moltitudine, che dava l'impressione di mancare non soltanto di abilità e di prudenza, ma anche di senso comune. Non sarebbe stato possibile esibire una prova più decisiva o convincente per dimostrare che alcuni uomini sono superiori ad altri per ingegno, abilità, fortezza d'animo e virtù, e che i secondi sono servi per natura. [...] che abbiano case e alcuni modi razionali di vita in comune e i commerci ai quali induce la necessità naturale, che cosa altro prova, se non che costoro non sono orsi o scimmie del tutto prive di ragione?». Il passo, spesso citato, è tratto da Democrates alter [o secundus] sive de justis belli causis apud Indos (1544) di Juan Ginés de Sepúlveda, umanista, giurista e storico spagnolo attivo in particolare presso la corte di Carlo V d'Asburgo. Nella sua opera sostenne la legittimità della conquista spagnola del Nuovo Mondo partendo proprio dalla premessa della naturale diseguaglianza che sarebbe intercorsa tra spagnoli e nativi americani. La citazione latina è tratta da: J.G. de Sepúlveda, Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios con una advertencia de Marcelino Menendez y Pelayo y un estudio por Manuel Garcia-Pelayo, México, 1987. Sul contesto e la portata delle asserzioni di de Sepúlveda v. infra nota 19. In generale circa il tema della 'deumanizzazione', con riferimenti anche alla vicenda dei nativi americani, cfr.: C. Volpato, Deumanizzazione, Come si legittima la violenza, Roma-Bari, 2011.

¹⁹ Le opposte tesi di de Sepúlveda e Las Casas furono oggetto della nota 'disputa di Valladolid' (1550) sulla natura giuridica e spirituale degli indios. Sebbene tale controversia non ebbe un esito chiaro, negli anni successivi gli assunti 'umanitari', almeno in linea teorica, sembrarono prevalere. L'opera di de Sepúlveda in ogni caso era già stata fatta oggetto di censura in Spagna, anche a causa dell'opposizione dei domenicani e dell'ostilità di alcuni centri accademici, tra cui proprio l'Università di Salamanca. Le posizioni di Bartolomé de Las Casas e la sua veemente denuncia delle ingiustizie commesse dagli spagnoli ai danni dei nativi americani sono contenute nelle sue due opere forse più famose: *Brevisima relación de*

distanti dalla nozione di eguaglianza cui siamo abituati e ciò, nonostante la tendenza alla valorizzazione della persona umana insita negli insegnamenti cristiani e nella cultura giusnaturalistica che parallelamente si stava andando costruendo²⁰.

3. Dall'unificazione del soggetto di diritto all'eguaglianza sostanziale.

Come anticipato, quindi, l'eguaglianza è di fatto una conquista recente che emerge con chiarezza solo nella riflessione illuministica e si afferma con la Rivoluzione del 1789. Il frutto maturo di questa stagione, sempre nell'ottica della storia giuridica, è il processo di codificazione, avviatosi in Francia con il celebre *Code Napoleon* del 1804²¹ e presto diffusosi in tutta l'Europa continentale²². Una delle caratteristiche fondamentali del modello codicistico

la destruyción de las Indias (1552) e Historia de las Indias (1564 ca). Per un primo inquadramento di tali vicende e in generale sulla cultura europea alla prova del diverso, ex multis, si rinvia a: B. de Las Casas e J.G. de Sepúlveda, La controversia sugli indios, S. Di Lisio (a cura di), Bari, 2007; Aa.Vv., Tempi del diritto, pp. 130-131; voce Sepulveda, Juan Ginés de, in Dizionario di filosofia, 2009 (https://www.treccani.it/enciclopedia/juan-gines-de-sepulveda_%28Dizionario-di-filosofia%29/); G. Tosi, La teoria della schiavitù naturale nel dibattito sul nuovo mondo (1510-1573), Bologna, 2002; G. Gliozzi (a cura di), La scoperta dei selvaggi. Antropologia e colonialismo da Colombo a Diderot, Milano, 1988; A. Magnaghi, voce Las Casas, Fra Bartolomé de, in Enciclopedia Italiana, 1933 (https://www.treccani.it/enciclopedia/las-casas-fra-bartolome-de_%28Enciclopedia-Italiana%29/).

²⁰ Sul punto, circa l'ambivalenza della tradizione giuridica occidentale: «A partire dallo *ius civile* romano [...] un ceto universitario di giuristi costruì un diritto [...] tendenzialmente universale, e anche per questo utilizzabile per i più diversi scopi: legittimare l'appropriazione coloniale delle terre del Nuovo Mondo oppure, a piacere, difendere i diritti dei nativi americani», M. BARBERIS, *Europa del diritto, cit.*, p. 30.

²¹ Il *Code civil* francese del 1804 è indissolubilmente legato alla figura di Napoleone Bonaparte (1769-1821) come evidente sin dalla denominazione: intitolato al momento della sua promulgazione, il 21 marzo 1804 (30 ventoso anno XII), *Code civil des français*, con Decreto imperiale verrà ribattezzato *Code Napoleon* il 3 settembre del 1807 per poi riacquistare la denominazione di *Code civil* nel 1814 con la dipartita dalla scena politica dell'Imperatore; nel 1852 Napoleone III riadotterà la dicitura *Code Napoleon* con un nuovo Decreto formalmente mai abrogato. Come noto lo stesso Napoleone aveva piena contezza dell'importanza della sua opera di codificatore: «*Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles: Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil»*, C.F. Tristan de Montholon, *Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène cit.*, p. 401.

²² Sul fenomeno della codificazione ottocentesca con particolare riferimento al *Code Napoleon*, per un primo approccio, *ex multis*, si richiamano R. Ferrante, *Un secolo sì le-*

consisteva proprio nell'unificazione del soggetto di diritto e quindi nel definitivo superamento di quella pluralità di status e ceti che differenziando i soggetti distingueva tra diritti e fondava privilegi talora odiosissimi²³. Anche questo passaggio è però incompleto nella prospettiva del perseguimento di una giustizia sostanziale, ancora non è abbastanza. Molto lucidamente chiarisce i termini della questione il Professor Riccardo Ferrante:

della "duplice rivoluzione" di inizio secolo, quella politica francese del 1789 e la contemporanea industriale britannica (Hobsbawm), il codice aveva colto solo i portati della prima. [...] i codici ereditati dal XIX secolo [...] non appaiono più adeguati a rappresentare l'intera realtà dei rapporti giuridici [...]. D'altra parte, in pochi decenni le dinamiche sociali sono profondamente mutate, e così le sensibilità politiche anche della scienza giuridica²⁴.

L'unificazione del soggetto di diritto fu una conquista, immensa, a cui tutti noi siamo debitori, però non fu sufficiente a dare ragione delle profonde diseguaglianze che non solo permanevano ma andavano ad acuirsi conseguentemente alla nascita del capitalismo, all'affermarsi dell'industria, al mutare dei rapporti di lavoro. L'eguaglianza formale, caposaldo della codificazione borghese ottocentesca, non fu sufficiente ad assicurare equi rapporti contrattuali, di lavoro, di locazione, dando vita quindi a situazioni di profondissima ingiustizia sociale²⁵.

gislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica, Torino, 2015; AA.Vv., L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa: atti del Convegno internazionale, Pavia, 11-12 ottobre 2002, P. Caroni, E. Dezza (a cura di), Padova, 2006; A. Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico, Vol. 2 cit., p. 253 ss.; E. Dezza, Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch (ABGB) (1812), Torino, 1998.

²³ «L'elemento della *unicità della fonte del diritto* [...] e quello della *unicità del soggetto di diritto* (che ha comportato la scomparsa dei legami di appartenenza cetuale, dei privilegi di *status*, delle organizzazioni comunitarie di ancien régime) sono esattamente le due condizioni che hanno reso realizzabile il progetto ispiratore del primo codice civile», A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2 cit. p. 44. Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, in particolare p. 37; G. Alessi, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino, 2006, in particolare pp. 3-14.

²⁴ R. Ferrante, Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica cit., p. 32.

²⁵ P. Grossi, *L'invenzione del diritto cit.*, p. 11: «principio di uguaglianza sbandierato senza risparmio in tutte le carte dei diritti: una conquista, senza dubbio, se vi si coglie la rottura con gli iniqui soffocamenti cetuali dell'antico regime, ma nulla più che una decorazione per

Con il linguaggio decadente di Leon Bloy: «Napoléon [...] fit un code célèbre où l'inexistence du pauvre est supposée»²⁶.

E d'altronde questa non fu una 'mancanza' propria solamente della codificazione di inizio Ottocento, del *Code civil* francese, dell'ABGB austriaco (1811), ma anche di quella tedesca, il BGB, che invece si pone alla fine del secolo²⁷. Lo stesso Codice civile italiano del 1942 si presenta ancora carente da questo punto di vista²⁸. Un ulteriore passo in avanti si compì solo con le costituzioni del secondo dopoguerra; protagonista indiscusso della giornata di oggi è stato, non a caso, l'art. 3, c. 2, della Costituzione, la norma che va a sancire proprio il principio di eguaglianza in senso sostanziale:

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Ebbene tale disposizione non è solo il coronamento ideale del percorso sin qui tratteggiato, ma ne è anche una diretta conseguenza. L'Assemblea costituente aveva, infatti, piena consapevolezza storica del percorso accidentato e non lineare che aveva caratterizzato l'affermarsi dei diritti della persona, come testimoniato, tra gli altri, dall'intervento dell'onorevole Amintore Fanfani tenuto in occasione dell'approvazione dell'art. 3 lunedì 24 marzo 1947:

partiamo dalla constatazione della realtà, perché mentre con la rivoluzione dell''89 è stata affermata l'eguaglianza giuridica dei cittadini membri di uno stesso Stato, lo studio della vita sociale in quest'ultimo secolo ci dimostra che questa semplice dichiarazione non è stata sufficiente a realizzare tale eguaglianza²⁹.

il nullatenente che rimane tale e che, anzi, non avendo più vincoli di ceto a limitarlo nella sua libera zione, potrà essere bollato di pigrizia o di inettitudine per la sua permanente povertà».

²⁶ L. Bloy, Le sang du pauvre (Édition nouvelle), Paris, 1932, p. 31.

²⁷ Cfr. R. Ferrante, *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica cit.*, pp. 28-33.

²⁸ Per un primo inquadramento di tale vicenda, con particolare riferimento alla storia della disciplina giuslavoristica, si rimanda alla produzione di Giovanni Cazzetta e in particolare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2007.

²⁹ Assemblea costituente - seduta pomeridiana di lunedì 24 marzo 1947, in La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente cit., p. 2424.

Un cambio di prospettiva che parte dal dato fattuale – «lo studio della vita sociale» – da quell'attenzione alla concretezza della persona umana che sino ad allora era rimasta in ombra nella riflessione giuridica, vanificando la portata performativa delle, comunque fondamentali, dichiarazioni di principio delle carte dei diritti settecentesche e ottocentesche³⁰.

4. Il riemergere degli status.

Vorrei concludere con un'ultima suggestione volta non più al passato ma al presente e all'immediato futuro. Almeno a partire dal Secondo Novecento, mi sembra sia in atto un processo nuovo consistente nel superamento dell'assioma del soggetto unico di diritto in favore della riscoperta di un nuovo pluralismo soggettivo. A differenza che in passato, però, ciò avviene non nell'ottica della discriminazione e del privilegio, ma in quella della tutela delle fragilità e della rimozione delle diseguaglianze in ottemperanza proprio alle indicazioni dell'art. 3, co. 2 della Carta repubblicana³¹. Questo è evidentemente un fenomeno positivo – che si riconnette a quella benefica attenzione alla realtà sociale poc'anzi ricordata – orientato al perseguimento di obiettivi di giustizia; un'evoluzione che potrebbe quindi ben rappresentare il 'lieto fine' del percorso sin qui tratteggiato. In ciò mi sembra, però, di scorgere anche un potenziale rischio: quello di un'eccessiva frammentazione della persona umana in una molteplicità di status difficilmente riconducibili a unità³². Al di là, comunque, del perdurare di possibili chiaroscuri penso si

³⁰ A sottolineare tale aspetto, con una prosa difficile da eguagliare, è stato in particolare Paolo Grossi: «Il cittadino non ha qui [nella Costituzione italiana] sermoni filosofico-politici che gli parlano di una 'felicità' troppe volte irraggiungibile (come nelle 'carte' americane e francesi), o di una uguaglianza tanto astratta quanto inappagante; ha qui, piuttosto, il suo fondamentale breviario giuridico come breviario di vita» e ancora «il 'popolo' [nella Costituzione italiana] è individuato nella sua storica concretezza, ed è colto, più che nella sua improbabile *Happiness*, nella sua esistenza quotidiana, laddove distesamente si parla della dimensione fattuale di questa esistenza [...] Gli articoli della nostra Carta [...] non abbandonano il popolo italiano nella solitudine astratta di un modello; al contrario lo immergono nella carnalità dell'esistenza, dàndogli una sostanza, dei contenuti storicamente concreti. I suoi componenti – uomini e donne – sono creature carnali, sorprese nelle trame di una vita quotidiana fatta di ideali ma anche di interessi e bisogni troppo spesso difficili da soddisfare», P. Grossi, *L'invenzione del diritto cit.*, pp. 35 e 53.

³¹ Ex multis cfr. S. Castiglione, Nuovi diritti e nuovi soggetti. Appunti di bioetica e biodiritto, Genova, 1996; S. Rodotà, Il diritto di avere diritti, Roma-Bari, 2012.

³² In generale sulla nozione di status per come rielaborata dalla scienza giuridica nel secolo scorso G. Cianferotti, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Milano, 2013.

possa serenamente concludere la giornata di oggi affermando che la storia dell'esperienza giuridica occidentale, benché complessa e a tratti ambigua, sia anche chiaramente orientata a risultati di eguaglianza e giustizia. Una tradizione, quindi, preziosa, che ci chiama oggi, tutti, a essere al contempo eredi consapevoli, vigili custodi e innovatori appassionati.

Questa mattina in uno dei primissimi interventi il Professor Pierluigi Chiassoni ci ricordava che giustizia ed eguaglianza sono due tra le nozioni più elusive del pensiero occidentale. Ovviamente non posso che concordare e di certo esco da questo convegno arricchito; d'altro canto, però, non sono pienamente soddisfatto dal punto di vista intellettuale: queste ottime relazioni, questo dibattito così appassionante ha suscitato in me nuovi interrogativi e spero quindi che nel prossimo futuro si possa tornare su questi temi, così da esplorarli ulteriormente con i colleghi e con gli autorevolissimi maestri che oggi ci hanno fatto veramente un prezioso regalo. Vi ringrazio.

L'EGUAGLIANZA NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA: ALCUNE RIFLESSIONI

Daniele Curir*

Sommario: 1. Eguaglianza e *civitas* nella Roma repubblicana. – 2. Le diverse tendenze culturali in tema di *status libertatis*. – 3. La sintesi giuridica delle diverse posizioni: il diritto come 'mediatore'.

1. Eguaglianza e civitas nella Roma repubblicana.

Nell'esperienza giuridica romana non si affermò mai un principio di eguaglianza formale tendenzialmente generalizzato e, d'altra parte, non si sarebbe potuto affermare in un ordinamento che riconosceva e codificava un istituto quale la schiavitù, fondato sulla disuguaglianza tra gli uomini. Nonostante ciò nelle fonti è possibile rinvenire alcune idee suscettibili di essere evidenziate come antecedente culturale della riflessione che ha consentito a tale principio di emergere nell'ambito di esperienze giuridiche successive¹.

^{*} Dottorando di ricerca, *curriculum* in Filosofia del diritto e Storia della cultura giuridica, Università di Genova. Il testo costituisce la rielaborazione dell'intervento presentato a Genova il 15 ottobre 2021, nell'ambito del convegno conclusivo dell'attività didattica dottorale relativa all'a.a. 2020/2021.

¹ In generale sul riconoscimento dei diritti umani nell'esperienza giuridica romana cfr. J. Gaudemet, Des "droits del'homme" ont-ils été reconnus dans l'empire romain?, in Labeo 33,1987, pp. 7-23; Id., Des "droits de l'homme dans l'antiquité?, in R. Feenstra, A.S. Hartkamp, J.E. Spruit, P.J. Supesteun, L.C. Winkel (a cura di), Collatio iuris romani. Ètudes dédiées a Hans Ankum à l'occasione de son 65e anniversaire, I, Amsterdam, 1995, pp. 105-116; G. Crifò, Libertà e uguaglianza in Roma antica, Roma, 1996; Id., Le monde antique et les droits de l'Homme - Quelques observations, in H. Jones (a cura di), Le monde antique et les droits de l'homme. Acte de la 50e Session de la Société internationale Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité (Bruxelles, 16-19 septembre 1996), Bruxelles, 1998, pp. 175-184; H. Guy, Le monde antique et les droits de l'homme, in Le monde antique cit., pp. 197-208; L. Garofalo, Principi e ordinamento romano: una riflessione sulle orme di Fritz Schulz, in F. Reinoso Barbero (a cura di), Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual, Madrid, 2014, pp. 105-106 (= Id., Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi, Torino, 2015, p. 11); L. Solidoro, Formazione e trasformazione dei diritti umani. Il contributo dell'esperienza romana e l'attuale uso

Si può in primo luogo osservare che l'indicazione del 'cittadino' quale referente del principio di eguaglianza fra gli uomini trova in Roma antica un inevitabile termine di confronto, anche sul piano terminologico. Nell'ordinamento romano, specialmente in età repubblicana, è infatti il *civis* il soggetto fondamentale, vale a dire il cittadino che ha raggiunto la maggiore età ed è titolare di quelli che oggi chiameremmo diritti politici, indipendentemente dalla capacità di agire di diritto privato².

Sotto il profilo della dimensione internazionale dell'uguaglianza assume invece particolare rilievo la previsione decemvirale di una forma di garanzia a tutela del compratore *peregrinus*:

«adversus hostem aeterna auctoritas [esto]» (XII Tab. 6.4, S. RICCOBONO, FIRA I², p. 44).

Nonostante non siano mancate nella storia degli studi di segno diverso, si può tuttavia riconoscere come la disposizione in esame tuteli la posizione dello straniero, assicurandogli il pacifico godimento della *res* acquistata benché egli non potesse acquisirne la proprietà *iure civili*³.

della categoria persona, in «TSDP» 12 (2019), pp. 1-48, 13 marzo 2022 disponibile su http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2019/contributi/2019_Contributi_Solidoro.pdf

² Su tale aspetto cfr. G. Crifò. *Cittadinanza (diritto romano)*, in *ED*, VII, Milano, 1960, pp. 127-130; C. Gioffredi, *Libertà e cittadinanza*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, 1962, pp. 511-529; A.N. Sherwin White, *The roman citizenship*, 2 ed., Oxford, 1973 (I ed. *ibidem* 1966); C. Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Roma répubblicaine*, Paris, 1976, p. 31 ss. (trad. it. Id., *Il mestiere di cittadino nell'Antica Roma*, a cura di F. Grillenzoni, Roma, 1980, p. 31 ss.); L. Capogrossi Colognesi, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della* civitas romana, Roma, 2000, p. 25 ss.

³ Per approfondimenti sul versetto decemvirale cfr. Th. Mommsen, *Inauguraldissertation*, in *Juristiche Schriften*, III, Berlin, 1907, p. 464; B. Kübler, *Geschichte des Römischen Rechts*, Leipzig, Erlangen, 1925, p. 40; M. Kaser, *Eigentum und Besitz im* älteren *römischen Recht*, Weimar, 1943, p. 92 ss.; Id., *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in *ZSS* 68 (1952), pp. 173-174; F. De Visscher, *Auctoritas et mancipatio*, in *RHDFE* 12 (1933), p. 620 ss. (= *Nouvelles* études *de droit romain public et privé*, Milano, 1949, p. 157 ss.); Id., *Aeterna auctoritas*, in *RHDFE* 16 (1937), pp. 573-587 (= *Nouvelles* études *de droit romain public et privé*, Milano, 1949, pp. 181-191); L. Amirante, *Il concetto unitario dell'auctoritas*, in *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)*, Napoli, 1948, p. 381 ss.; P. Noailles, *L'auctoritas dans la Loi ds Douze Tables*, in Fas et Jus. Études de droit *romain*, Paris, 1958, p. 277 ss.; A. Magdelain, *Auctoritas rerum*, in *RIDA* 5,1950, p. 144 ss. (= Id., Jus, imperium, auctoritas. *Études de droit romain*, Rome, 1990, p. 698 ss.); A. d'Ors, *Adversum hostem aeterna auctoritas esto*, in *AHDE*, pp. 597-607.

La progressiva affermazione dell'uguaglianza nei rapporti commerciali trova però significativo riconoscimento nella formazione del processo formulare: a fronte delle antiche *legis actiones*, riservate appunto ai *cives*, il processo *per formulas* ebbe origine proprio per consentire anche agli stranieri di far valere i propri diritti sul piano privatistico in relazione ai negozi giuridici conclusi con cittadini romani. Fondato sulla *fides bona*, tale sistema può essere letto anche come momento fondamentale, giuridicamente qualificato, di equiparazione fra romani e non romani, quanto meno nell'assunzione del ruolo di parte in un giudizio riconosciuto dal diritto di Roma.

2. Le diverse tendenze culturali in tema di status libertatis.

In relazione al tema dell'eguaglianza merita senz'altro menzione il tema della progressiva sensibilizzazione nei confronti della condizione servile. In questa prospettiva assume rilievo in primo luogo il concetto di *humanitas*, noto al mondo romano già nel secolo II a.C., quando Terenzio fa pronunciare al vecchio Cremete, personaggio della commedia *Heautontimorumenos*, la celebre massima «*homo sum: humani nihil a me alienum puto*», evidenziando in questo modo il valore intrinseco dell'essere uomo, estraneo alla logica degli *status* sociali⁴.

Una più diffusa ed organica riflessione in argomento si può tuttavia riconoscere a partire dall'attività del circolo degli Scipioni, che rappresentò in età tardo-repubblicana il luogo di incontro fra l'élite della società romana e la filosofia greca⁵. La riflessione degli autori di quell'epoca fino alla prima

⁴ Cfr. Ter. Heaut. 1,1,75-80: ME. Chreme, tantumne ab re tuast oti tibi /⁷⁵ aliena ut cures ea quae nil ad te attinent?/ CH. homo sum: humani nil a me alienum puto./ vel me monere hoc vel percontari puta:/ rectumst ego ut faciam; non est te ut deterream. Sul concetto di humanitas nel mondo romano cfr. L. Labruna, Diritti dell'uomo, tradizione romanistica e humanitas del diritto, in di M.J. Schermaier, J. Michael Rainer, L.C. Winkel (Hrsgg.), Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, Köln, Weimar, Wien, 2002, pp. 379-382; L. Garofalo, L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica, in Diritto@Storia 4 (2005), 15 marzo 2022 disponibile su https://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Garofalo-Humanitas.htm (= Id., Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica, Padova, 2005, p. 4 ss.); R. Oniga, La genesi del concetto di humanitas nella commedia latina arcaica, in Le carte e i discepoli. Studi in onore di Claudio Griggio, Udine, 2016, pp. 21-30; M. Frare, L'humanitas romana. Un criterio politico normativo, Napoli, 2019, p. 7 ss.

⁵ Cfr. indicativamente H. Strasburger, *Der 'Scipionenkreis'*, in *Hermes* 94, 1966, pp. 60-72; Garofalo, *Principi e ordinamento cit.*, pp. 105-106 (= Id., *Fondamenti e svolgimenti cit.*, p. 11); M. GEYMONAT, *Le mediazioni*, in G. Cavallo, P. Fedeli, A. Giardina (a cura di),

età imperiale risulta infatti comparativamente significativa anche per la sua modernità, della quale un primo esempio si può rinvenire nel *De re publica* di Cicerone:

«Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus. eius autem prima causa coeundi est non tam inbecillitas quam naturalis quaedam hominum quasi congregatio; non est enim singulare nec soli vagum genus hoc, sed ita generatum ut ne in omnium quidem rerum affluen<tia>» (Cic. de re publica 1,25,39).

L'Arpinate afferma che la *res publica* altro non è che una *naturalis quaedam hominium quasi congregatio*, nella quale quanto meno i *cives* romani sono tutti eguali tra loro e devono collaborare aiutandosi reciprocamente. Tale affermazione riecheggia nell'art. 6 della *Déclaration des droits de l'homme e du citoyen* del 1789⁶ ma trova riscontro anche nelle esperienze costituzionali successive, compresa quella italiana che, come evidenziato da Federico Sorrentino, pur non escludendo l'applicazione del principio di eguaglianza nei confronti degli stranieri, fa del riferimento al cittadino «il nucleo essenziale del principio stesso, sulla base del quale dovrà svilupparsi l'interpretazione complessiva dell'art. 3»⁷.

Quasi un secolo dopo l'affermazione ciceroniana, Seneca sarà autore di una riflessione assai avanzata per la società romana della prima età imperiale⁸:

Lo spazio letterario di Roma Antica, III, Roma, 1990, pp. 282-283; v. anche G. Garbarino, Roma e la filosofia greca dalle origini alla fine del secolo II a.C., I, Introduzione e testi, Torino, 1973, p. 13 ss. con bibliografia.

⁶ «La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents».

⁷ Così F. Sorrentino, *Dell'eguaglianza*, Modena, 2014, p. 28.

⁸ Per una critica del passo e sulle posizioni senechiane in materia di schiavitù cfr. E. ELORDUY, *Die Sozialphilosophie der Stoa*, Dieterich, 1936, p. 201 ss.; C. MARCHESI, *Seneca*, Milano, 1944, 3 ed., p. 242 ss.; A.L. Мотто, *Seneca, Exponent of Humanitarianism*, in *The Classical Journal* 50/7,1955,, pp. 315-318; M. POHLENZ, *Die Stoa: Geschichte einer geistigen Bewegung*, II, Göttingen, 1964, 3 ed., pp. 303-324 (trad. it. *La Stoa: storia di un movimento spirituale*, Firenze, 1967, pp. 56-104); E. MATILLA, *La esclavitud en Séneca*, in *Estudios Clásicos* 62,1971, pp. 115-132.

«Libenter ex iis qui a te veniunt cognovi familiariter te cum servis tuis vivere: hoc prudentiam tuam, hoc eruditionem decet. 'Servi sunt.' Immo homines. 'Servi sunt 'Immo contubernales. 'Servi sunt.' Immo humiles amici. 'Servi sunt.' Immo conservi, si cogitaveris tantundem in utrosque licere fortunae» (Sen. Ad Lucilium 5,47).

Il maestro di Nerone, pur non ponendo in discussione la legittimità della schiavitù, sembra individuare un nucleo di diritti inviolabili di cui l'uomo, in quanto tale, è titolare a prescindere dal suo *status libertatis*.

Al diffondersi del pensiero stoico e in generale alle tendenze 'umanitarie' nella società romana si opponeva tuttavia il permanere di una visione conservatrice e tradizionalista, avversa alle nuove idee che permeavano gli ambienti culturali più avanzati, professando un rigido rispetto delle norme che avevano caratterizzato la Roma arcaica. Tra i sostenitori della tradizione si deve ovviamente citare Catone, l'esempio più rappresentativo di quel conservatorismo che individuava nel *mos maiorum* il complesso di valori fondanti la società romana opponendosi tenacemente alle tendenze ellenizzanti che iniziavano a diffondersi nella Roma repubblicana⁹. Anche in età imperiale però è possibile individuare una tendenza opposta alle istanze più avanzate in tema di eguaglianza: la posizione di Seneca era ben diversa da quella di alcuni membri della *nobilitas* che sostenevano l'opportunità di elaborare strumenti processuali per fornire tutela a chi avesse liberato uno schiavo che poi si fosse rivelato ingrato, non avendo procurato da liberto vantaggi al proprio patrono¹⁰.

⁹ Sulla figura di Catone il censore e il suo pensiero politico cfr. F. Klingener, *Cato Censorius und die Krisis Roms*, in *Die Antike* 10 (1934), pp. 239-263; E.V. Marmorale, Cato Maior, Bari, 1949² (I ed. *ibid*. 1944); H.H. Scullard, *Roman Politics 220-150 B.C.*, Oxford, 1951; M Gelzer, R. Helm, M. Porcius Cato Censorius, in *RE*, XXII.1, Stuttgart, 1953, coll. 108-167; P. Grimal, *Le siècle des Scipions. Rome et l'Hellénisme au temps des guerres puniques*, Paris, 1953, pp. 113-115; L. Alfonsi, *Catone il Censore e l'umanesimo romano*, in *PP* 9 (1954), pp. 161-176; F. Della Corte, *Catone censore. La vita e la fortuna*, Firenze, 1969, 2 ed. (I ed. Torino, 1949); G. Garbarino, *Roma e la filosofia greca dalle origini alla fine del II secolo a.C.*, II, *Commento e indici*, Torino, 1973, pp. 313-348; D. Kienast, *Cato der Zensor. Seine Persönlichkeit und seine Zeit. Mit einem kritisch durchgesehenen Neuabdruck der Redefragmente Catos*, Darmstadt, 1979² (I ed. Heidelberg, 1954); A.E. Astin, *Cato the Censor*, Oxford, 1978; S. Boscherini, *Catone*, in *Dizionario degli scrittori greci e latini*, I, Settimo Milanese, 1987, pp. 399-410.

¹⁰ Cfr. Tac. *ann.* 13,26-27; sul punto si veda segnatamente A. Mantello, Beneficium *servile* – debitum *naturale*, Milano, 1979, p. 80 ss. nt. 101 con bibliografia; v. anche M. Lentano, *La gratitudine e la memoria: una lettura del* De Beneficiis, in *Bollettino di studi latini* 39 (2009), pp. 1-28; D. Roth, Revocatio in servitutem. *Die rechtliche Beständigkeit der Freilas-sung vor dem Hintergrund der* actio ingrati, Berlin, 2018.

3. La sintesi giuridica delle diverse posizioni: il diritto come 'mediatore'.

Nei confronti delle posizioni contrapposte appena evocate il diritto assume, per così dire, il ruolo di 'mediatore'. Sia la giurisprudenza che la normazione di età imperiale, infatti, mostrano di tenere in considerazione il tema dell'eguaglianza tra gli uomini: pur non giungendo mai, come accennato, ad una condanna della schiavitù, si può notare come nella riflessione dei giureconsulti si osservi un progressivo distacco dai valori tradizionali che connotavano l'istituto in età repubblicana, quando si riconosceva nello schiavo una *res* tra le altre *res*, senza attenzione per la sua natura umana¹¹. Una prima conseguenza sul piano della legislazione imperiale si traduce in una limitazione dei comportamenti lesivi della dignità degli schiavi. Ne è esempio il seguente frammento di Modestino che riporta una decisione giurisdizionale di Vespasiano:

«Divus Vespasianus decrevit, ut, si qua hac lege venierit, ne prostitueretur et, si prostitutaesset, ut esset libera, si postea ab emptore alii sine condicione veniit, ex lege venditionis liberam esse et libertam prioris venditoris» (Mod. l. sing. de manumiss. D. 37.14.7.pr).

L'imperatore dispose che ottenesse la libertà senza manomissione la schiava venduta una prima volta con la clausola *ne prostituatur* e rivenduta dal compratore omettendo tale clausola, evitando così che essa venisse avviata ad un mestiere degradante.

Altro principio che trova affermazione è quello di circoscrivere il potere di vita e di morte sugli schiavi, impedendo ad esempio che essi venissero esposti dal padrone *ad bestias* senza preventiva autorizzazione giudiziale:

«Post legem Petroniam et senatus consulta ad eam legem pertinentia dominis potestas ablata est ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere: oblato tamen iudici servo, si iusta sit domini querella, sic poenae tradetur» (Mod. 6 reg. D. 48.8.11.2).

Si assiste ad una vera e propria limitazione del *dominium* in favore di un trattamento più conforme alle tendenze 'umanitarie' che circolavano in età

¹¹ Sul punto cfr. in particolare C. Castello, Humanitas *e* favor libertatis. *Schiavi e liberti nel I secolo*, in Sodalitas. *Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli, 1984, pp. 2175-2189; M.I. Núñez Paz, Humanitas *y limitaciones* al ius occidendi, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004, pp. 263-271.

imperiale, impedendo che lo schiavo fosse privato della propria dignità e perfino condannato ad una morte atroce, quanto meno senza un procedimento che accertasse la conformità a diritto (*si iusta sit*) di una pena così dura.

Anche l'antica nozione di *humanitas* inizia ad assumere rilevanza sul piano giuridico trovando reviviscenza nell'*humanior interpretatio* ostentata quale canone ermeneutico dalla cancelleria imperiale. Il giurista Marcello riporta in proposito una decisione di Marco Aurelio in tema di efficacia dei legati in cui l'imperatore si richiama espressamente al criterio della *humanior interpretatio* nel momento in cui decide in favore della validità di simili disposizioni in un testamento invalido *iure civili* per essere stati cancellati i nomi degli eredi¹²:

«Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. Plerique etiam legatarios excludendos existimabant. Quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset: nonullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo? Non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem segui non minus iustius est quam tutius. Sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus. "Cum Valerius Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur". Et advocatis fisci dixit: "Vos habetis iudices vestros". Vibius Zeno dixit: "Rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statues?" Antoninus Caesar dixit: "Videtur tibi voluisse testamentum

¹² Sulla questione cfr. segnatamente P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II, *Parte speciale. Successione* ab intestato, *successione testamentaria*, Milano, 1963, II ed., p. 498 ss.; C. Sanfilippo, *Potere del* princeps *e diritto testamentario*, in *Diritto e potere nella storia europea*, I, Firenze, 1982, p. 99 ss.; A. Palma, Humanior interpretatio. Humanitas *nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1992, pp. 40-42; M. Bianchini, G. Crifò, F.M. D'Ippolito, *Materiali per un* corpus iudiciorum, Torino, 2002, p. 49 ss.; Garofalo, *L'*humanitas *cit.*(= Id., *Fondamenti e svolgimenti cit.*, p. 13 ss.); J.A. Tamaro Errazquin, Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem. *La aplicación de la* humanior interpretatio *al testamento de Valerio Nepote*, in A. Murillo Villar, M.O. Gil García (coord.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, VIII, *Derecho de sucesiones*, pp. 1443-1464; Frare, *L'*humanitas *cit.*, p. 138 ss.

valere, qui nomina heredum induxit?" Cornelius Priscianus advocatus Leonis dixit: "Nomina heredum tantum induxit". Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: "Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet". Priscianus dixit: "Manumisit quosdam et legata dedit". Antoninus Caesar remotis omnibuscum deliberasset et admitti rursus eodem iussisset, dixit: "Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus nepotem irrita esse voluisse, quae induxit". Nomen servi, quem liberum esse iusserat, induxit. Antoninus rescripsit liberum eum nihilo minus fore: quod videlicet favore constitui tlibertatis» (Marcello 29 dig. D. 28.4.3).

La stessa *interpretatio* viene in rilievo nel ritenere efficace la manomissione di uno schiavo che altrimenti sarebbe stata caducata, in conformità con un *favor libertatis* che stava sempre di più assurgendo quale valore da perseguire in età imperiale nell'interpretazione degli atti negoziali¹³.

Anche la nozione di *ius naturale*, dapprima prodotto della riflessione filosofica romana, inizia a penetrare nelle argomentazioni della giurisprudenza di età classica, con la conseguenza di giungere all'affermazione di un'eguaglianza naturale tra gli uomini, come nel seguente testo¹⁴:

¹³ Cfr. A. Palma, Humanior interpretatio *cit.*, p. 19 s.; T. Honoré, *Ulpian. Pioneer of human rights*, Oxford, 2002, II ed., pp. 86 ss.; Garofalo, *L'* humanitas *cit.*, (= Id., *Fondamenti e svolgimenti cit.*, p. 11 ss.); Frare, *L'*humanitas *cit.*, p. 91 ss.

¹⁴ Cfr. Honoré, Ulpian cit., pp. 79 ss.; A. Schiavone, L'eguaglianza degli antichi tra politica e diritto, in G. Luchetti (a cura di), Legge, eguaglianza, diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica. Atti del Convegno (Bologna-Ravenna, 9-11 maggio 2013), Roma, 2018, pp. 31 ss.; L. Solidoro, Dinamiche di formazione e di evoluzione dei diritti umani nell'area di civil law. Note introduttive sul contributo dell'esperienza romana, in G. Preterossi, L. Solidoro (a cura di), Diritti senza spazio?, Milano, 2019, pp. 79-101; R. Car-DILLI, Il problema della libertà naturale in diritto romano, in d.A. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 10/3,2019,, p. 22 ss., 13 marzo 2022 disponibile su https://raco.cat/ index.php/da/article/download/v10-n3-cardilli/452149. Sul concetto di ius naturale nel diritto romano cfr. M. Voigt, Die Lehre vom ius naturale, aequum e bonum und ius gentium der Römer, Leipzig, 1856, p. 267 ss.; E. Albertario, Concetto classico e definizioni postclassiche del ius naturale, in Studi di diritto romano, V, Storia, metodologia, esegesi, Milano, 1937, pp. 277-290; C.A. Maschi, La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani, Milano, 1937, p. 158 ss.; E. Levy, Natural law in roman tought, in SDHI 15,1949,, pp. 1-23; R. Voggensperger, Der Begriff des Ius naturale im Römischen Recht, Basel, 1952; J. GAUDEMET, Quelques remarques sur le droit naturel à Rome, in RIDA 8,1952,, pp. 445-467; G. Nocera, Ius naturale nella esperienza giuridica romana, Milano, 1962; L. Atzeri, Natura e ius naturale fra tradizione interna ed esterna al Corpus Iuris giustinianeo, in D. MANTOVANI, A. Schiavone (a cura di), Testi e problemi del giusnaturalismo romano, Pavia, 2007, pp. 716-

«Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt» (Ulp. 43 ad Sab. D. 50.17.32).

Al riguardo, tuttavia, deve essere notato con Aldo Schiavone, che l'affermazione ulpianea, pur lasciando intravedere la possibilità «di un uso della prospettiva giusnaturalistica per una critica, almeno potenziale, a un diritto positivo che avesse rinunciato a esprimere i valori di giustizia e di equità, non fu mai un'ipotesi seguita dalla giurisprudenza severiana, e nemmeno dal maestro stesso che pure l'aveva prospettata». Correlativamente – continua Schiavone – non giunse ad esito «la saldatura tra l'elaborazione teorica del diritto naturale come luogo della giustizia e dell'eguaglianza fra gli uomini, e la costruzione, sul terreno sociale prima ancora che filosofico, di un individualismo con basi forti, in grado di proiettarsi fino in fondo sul terreno del diritto e della politica»¹⁵. Evidentemente nella società romana determinati valori, come la schiavitù, risultavano così radicati che un loro ripensamento avrebbe significato lo sconvolgimento dell'intero ordine sociale e giuridico.

Non si può disconoscere al contempo che proprio agli inizi della crisi che avrebbe travolto l'intera società antica iniziò ad affermarsi un «mutamento di visione che orientò il passaggio da un *ius* indifferente alle questioni di etica e di giustizia, a un diritto impegnato nella ricerca di un ordine 'giusto', sospeso tra innatismo e metafisica»¹⁶. In tale contesto il diritto ha assunto il compito di 'mediare' tra le istanze avanzate e quelle più conservatrici della società, giungendo all'affermazione di principi e norme che rappresentano la sintesi di posizioni espresse da tendenze culturali di diverso segno.

^{758;} M.L. BICCARI, *Diritti fondamentali dell'uomo e diritto romano: tra valori di civiltà e* ius naturale, in *Jus-online* 2/2017, pp. 114-137, 28 marzo 2022 disponibile su https://jusvitaepen-siero.mediabiblos.it/news/allegati/Biccari%20Maria%20Luisa.pdf

¹⁵ Cfr. A. Schiavone, Ius. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017, p. 438 (I ed. Torino 2005, p. 397).

¹⁶ Così Schiavone, Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia, Torino, 2019, p. 60.

NICOLÒ LIPARI E LA RAGIONEVOLEZZA DEI VALORI: QUALCHE CONSIDERAZIONE INTORNO A ELOGIO DELLA GIUSTIZIA

Luca Oliveri*

Sommario: 1. Il cinquantennio di una prospettiva: la prolusione barese del 1968. – 2. La fedeltà all'oggetto di studio: il giurista e la realtà sociale. – 3. La nuova rilevanza della Costituzione e dei principi e il rapporto coi valori. – 4. Verso la giustizia attraverso la ragionevolezza. – 5. Sociologia, soggettivismo etico e poteri del giudice: fin dove porta la ricerca della 'giustizia'? – 6. Verso una repubblica 'giudiziale'?

1. Il cinquantennio di una prospettiva: la prolusione barese del 1968.

Le brevi riflessioni che scaturiscono dalla assai piacevole lettura dell'ultimo lavoro monografico di Nicolò Lipari¹ vorrebbero, quasi paradossalmente, prendere le mosse dalla prolusione barese² dell'Autore, e ciò per porre in evidenza come il Nostro si sia sempre interrogato su (ma, leggendo i suoi scritti, sarebbe forse meglio dire: si sia sempre lasciato interrogare da) l'ideale supremo della Giustizia, rifiutando categoricamente la frigidezza di tutte quelle soluzioni preconfezionate lontane dall'essenza profonda della convivenza civile tra gli uomini³.

^{*} Dottorando di ricerca, *curriculum* privatistico (Diritto del lavoro, privato, privato comparato, processuale civile), Università di Genova. Il testo costituisce la rielaborazione dell'intervento presentato a Genova il 15 ottobre 2021, nell'ambito del convegno conclusivo dell'attività didattica dottorale relativa all'a.a. 2020/2021.

¹ N. Lipari, *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021.

² N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 297 ss.

³ Infatti, non a caso, «il problema del metodo è rimasto un problema di rigore interpretativo» finché «si è ritenuta l'opera del giurista esclusivamente ancorata ai *postulati formali* di un dettato normativo, per sua natura insensibile ad ogni dialettica o ad ogni alternativa problematica, accogliendo la visione di una legalità *condizionante* l'intera attività giuridica nella *varietà* dei suoi momenti»: ivi, p. 302 (corsivo agg.). Inoltre, la «crociata contro il formalismo» è addirittura definita «sacrosanta» (ivi, p. 310). Di contro, «[a]i giorni nostri gli interpreti, e in particolare i giudici, in quanto messi per specifica funzione sociale di fronte a quelle che, sia pure filtrate dagli argomenti positivi, sono pur sempre invocazioni di giustizia, sembrano avere acquisito una maggiore disponibilità al richiamo di quest'ultima e non si peritano di es-

Questo iniziale cippo confinatorio non vuole essere il punto di partenza di una rilettura ragionata ('il percorso di un'idea' verrebbe da dire, ricordandosi del titolo di una famosa opera di un altro Maestro del diritto civile oggi qui presente)⁴ di alcuni contributi succedutisi nel tempo (non sarebbe nemmeno possibile, in questa sede), ma, molto più semplicemente, vorrebbe costituire la constatazione di una assoluta, costante e intimamente coerente fedeltà alla prospettiva che, da oltre 50 anni, Nicolò Lipari propone acutamente all'attenzione della scienza giuridica tutta.

Già nell'Aula Magna dell'Università di Bari, Lipari rilevava la difficoltà per «i soggetti del diritto», e cioè «la gente che vive e che opera», di «cogliere la *fermezza* dei valori giuridici nel *fluire* dell'esperienza [...] o la formale persistenza di norme che la comune sensibilità più non comprende»⁵ e, in questo contesto, il giurista-interprete «si inserisce egli stesso nel fenomeno interpretato»⁶, al fine di «cogliere il mutevole nell'apparente immutabilità della norma e il persistente nell'incessante flusso dell'azione»⁷: l'attività del giurista, dunque, non si limita più alla mera esegesi, ma «implica necessariamente un momento *creativo*»⁸, in quanto il «diritto che applica la regola (un tempo) dettata nel momento medesimo in cui la riconosce inadattabile alla realtà storica da regolare» è un diritto «suicida»⁹.

Ma il giurista, che, come visto prima, è ormai divenuto un interprete pienamente inserito nel contesto interpretato e interpretando, non sarà più collocato in quella posizione quasi di etereo e ieratico distacco dalla società (Paolo Grossi parlerebbe della nota 'magmaticità del divenire sociale', i 'fatti' con cui il giurista viene a contatto non avendo più paura di 'sporcarsi con essi'), una posizione che, nell'ottica del Nostro, sembra far cessare, «per ciò solo», all'uomo che fa diritto «di essere compiutamente ed integralmente se

sere additati come più sensibili nei confronti del *iustum* di quanto lo siano rispetto al *iussum*»: così C. Castronovo, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 769.

⁴ G. Alpa, *Il danno biologico*. *Percorso di un'idea*, Padova, 1987.

⁵ N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo) cit.*, pp. 299-300 (corsivo agg.).

⁶ Ivi, p. 306. Sul tema dell'interpretazione, si veda il volume collettaneo, curato da Nicolò Lipari, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Roma-Bari, 1974, in particolare il secondo capitolo ("Il problema dell'interpretazione giuridica", p. 71 ss.), in cui Lipari riprende le tematiche già affrontate nella prolusione di pochi anni prima.

⁷ N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo) cit.*, p. 309.

⁸ *Ibidem* (corsivo agg.).

⁹ Ivi, pp. 311-312.

stesso»¹⁰, una posizione che non gli consente altro se non una passiva recezione dei valori positivizzati senza 'riviverli'¹¹; di contro, egli sarà ora in grado di riscontrare l'«immanenza dei valori nel vivere dell'esperienza»¹², trasformando la norma giuridica da «limite ad uno svolgimento» a «indice di una tendenza»¹³.

L'ulteriore svolgimento della riflessione contenuta nella prolusione apre a conseguenze logicamente coerenti con le premesse, ma potenzialmente sconvolgenti per un interprete "assuefatto" alla classica visione di sé: Lipari vede un "nuovo" giurista «vincolato dalla norma in quanto concretamente riscontri che essa esprime un valore che è presente, secondo le condizioni storiche e sociali di quel momento, nella *totalità* dell'esperienza, rispetto alla quale la stessa norma è momento ineliminabile, ma comunque del tutto *parziale*»¹⁴.

Orbene, potremmo dire, riallacciandoci alla "grecità" che ci viene proposta fin dalle primissime pagine del libro¹⁵, che il giurista non è più una sorta di (sofferente) Prometeo incatenato (alla norma), ma un Prometeo liberato che «rivendica integra la sua missione, senza rendersi, come in altri tempi è sembrato, puro strumento, ancorché tormentato o riottoso, di chi detiene il potere politico»¹⁶: viene quindi ad essere superato «l'artificio antico di un'antitesi

¹⁰ Ivi, p. 315. Chiaramente ravvisabile un eco carneluttiano: «Ciò che io volevo dire ai giovani in questa lezione è proprio che essi non debbono avere paura di evadere dalla scienza del diritto. Si dà, specialmente sul principio, ma non è detto che tutti se liberino con l'andare degli anni, una specie di tentazione, a questo proposito, che è quella del *giurista puro*: il giurista puro sarebbe uno, il quale non si occupa se non di diritto. Io voglio dir loro, invece, che il giurista puro, se pure esiste, è un aborto di giurista» (F. Carnelutti, *Le fondazioni della scienza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, p. 243, corsivo orig.). Ma, ancora: «Si riconosce oggi, sempre meglio, che non si diventa giuristi sul serio senza teoria generale; ma l'errore, contro il quale io voglio mettere in guardia i giovani, è che si possa fare della teoria generale del diritto senza fare della teoria generale della realtà» (ivi, p. 244).

¹¹ Cfr. N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo) cit.*, p. 322.

¹² Ibidem.

¹³ Ivi, p. 323.

¹⁴ *Ibidem* (corsivo agg.).

¹⁵ Si veda il primo capitolo di *Elogio della giustizia cit.*, p. 9 ss., significativamente intitolato "«Nomos» e «Dike»".

¹⁶ N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo) cit.*, p. 324. L'affermazione ben si concilia con il precedente avvertimento circa lo stato di elaborazione legislativa dell'epoca, il quale, «pur entro gli schemi di forme classiche, oggi si articola sotto la spinta di forze non sempre spontanee e *non sempre espressive di interessi generalizzati»*: (ivi, p. 300, corsivo agg.). Tuttavia, non possono essere pretermesse le sottoscrivibili parole di S. Satta, *Il giudice e la legge*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 130: «Sempre il giudice sarà servo del principe, o, per evitare equivoci, servo della legge, come dice anche la nostra Costituzione. Un giurista che non abbia o non voglia avere sopra di sé la legge, secondo certe ricorrenti

ineliminabile tra diritto e giustizia [tra Nomos e Dike, diremmo guardando all'*Elogio*], posto che entrambi questi termini esprimono il medesimo dover essere»¹⁷ ed il giurista «conserva intatto il suo potere di valutazione e di giudizio, sia di fronte alla legge che si limita a recepire un ordine di valori già realizzato nell'esperienza, quasi punto terminale di una compiuta evoluzione sociale, sia di fronte alla legge che, sulla base di una scelta di principio (risponda questa o meno alla sensibilità della parte più avveduta e consapevole della popolazione), anticipa, per così dire, i tempi, ponendosi essa stessa come elemento propulsore di un certo svolgimento evolutivo, anziché come semplice registrazione del suo accadimento»¹⁸.

In conclusione, possiamo notare come la riflessione sull'oggetto della conoscenza del giurista proposta conduca ad un ruolo dell'interprete notevolmente ampliato rispetto al passato: il rapporto del giurista con le disposizioni di legge vede una decisa preponderanza del primo sulle seconde, una preponderanza che gli consente di plasmarle a seconda dell'evoluzione sociale e, cosa ancor più rilevante, delle necessità del caso concreto. Inoltre, il percorso attraverso cui si è giunti ad un siffatto risultato ha il pregio, ad avviso dell'Autore, di risolvere, in via preliminare, l'ineludibile questione metodologica che, di contro, la dottrina della c.d. legislazione per principi, formulata da Stefano Rodotà¹⁹, pur definita «acuta e brillante»²⁰, non sembra prendere in sufficiente considerazione²¹.

Tuttavia, risolta nel senso sopra indicato la questione circa l'oggetto della conoscenza giuridica, l'Autore rimane convinto della maggiore applicabilità in concreto della (rivisitata) soluzione normativa, in quanto, a suo

aspirazioni, s'illude di essere un giudice *libero*: egli è soltanto un giudice *disponibile*» (corsivo agg.).

¹⁷ N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo) cit.*, p. 324. Con specifico riferimento all'Elogio', G. D'AMICO, *La giustizia tra legge e diritto*, in *Diritto, valori condivisi e «lotta» per la giustizia*, in *Foro it.*, 2021, V, c. 171, afferma che «appare tuttavia frutto di un eccesso affermare (o, comunque, dare l'impressione di ritenere) che vi sia addirittura una contrapposizione tra "legge" e "giustizia"».

¹⁸ N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo) cit.*, p. 325.

¹⁹ S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. 3, Napoli, 2012, p. 3091 ss.

²⁰ N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo) cit.*, p. 313.

²¹ «Ma, al di là di codesto scetticismo sull'idoneità di una legislazione per principi a risolvere il problema applicativo del diritto, certo è che essa non inciderebbe in alcun modo sul problema del metodo»: ivi, p. 314. Lo scetticismo circa le potenzialità applicative della dottrina in questione deriva dal rammarico, che traspare chiaramente, derivante dal fatto che «non esiste praticamente decisione il cui risultato precettivo sia stato determinato dai criteri di buona fede correttezza diligenza, i quali vengono solo incidentalmente richiamati, talora quasi a finale conforto di una soluzione *formalisticamente* argomentata» (*ibidem*, corsivo agg.).

avviso, il giurista si troverebbe maggiormente a proprio agio, per una questione di abitudine culturale che risulta forse difficile abbandonare²², con un tale metodologia applicativa (e valutativa) del diritto rispetto a quella della concretizzazione nel singolo caso dei principi derivanti dalla legislazione auspicata da Rodotà: infatti, la già evidenziata scarsità di utilizzo nelle decisioni è incontrovertibile riflesso del fatto che il giurista non sembra ancora aver piena «consapevolezza che quei principi o clausole generali non hanno senso alcuno se non vengono puntualmente riempiti di un loro peculiare contenuto, commisurato alla realtà del particolare momento storico»²³.

La soluzione proposta, dunque, concilierebbe il tradizionale *habitus* del giurista con le ineludibili novità che l'evoluzione della società e della tecnica pongono di fronte al giurista e che richiedono soluzioni sempre più rapide e, soprattutto, conformi a giustizia (*recte*, ad un sentimento di giustizia).

2. La fedeltà all'oggetto di studio: il giurista e la realtà sociale.

Prendendo ora alla mano l'agile volumetto citato in apertura, in seguito alla lettura della prolusione barese, il lettore si sentirà a proprio agio, non notando particolari soluzioni di continuità rispetto a quanto esposto dall'Autore oltre cinquant'anni prima. Infatti, la prospettiva di fondo che viene proposta al lettore è sempre ben salda e presentata con energica passione, lo stile sempre graffiante e capace di far sorgere continui dubbi e profondi interrogativi in colui che legge: insomma, cinquant'anni di vita – anzi, di esperienza giuridica – non hanno minimamente scalfito l'ottimistica convinzione di Nicolò Lipari circa un giurista immerso nella società e pronto a fornire il proprio sostegno al processo evolutivo del diritto.

Un giurista immerso nella società, si diceva, e pronto a fare esperienza del reale, non un anatomopatologo che seziona qualcosa di freddo e privo di vita²⁴, incapace di comunicare alcunché perché avviluppato nella propria opera meramente descrittiva e non connotata da un desiderio di azione vitale.²⁵

²² Il «mondo giuridico» del 1968 viene definito, per l'appunto, «ancora estremamente insensibile allo stesso articolato atteggiarsi del diritto dentro l'esperienza storica» (*ibidem*).

²³ Ihidem

²⁴ «La scienza del diritto non può quindi essere intesa come volta esclusivamente a descrivere il sistema delle norme poste, ad analizzare testi, strutture formali, enunciati. Deve scontrarsi con il modo d'essere di un'esperienza»: così N. LIPARI, *Elogio della giustizia cit.*, p. 34 (corsivo agg.).

²⁵ Esemplificative di un corso e ricorso di un'idea le seguenti parole: oggetto del sindacato della Corte Costituzionale «non è un testo normativo assunto nella *rigida fissità* di un

Traspare chiaramente l'immutata simpatia per la figura del giurista-sociologo, un giurista che, con il suo tipico bagaglio scientifico (una sorta di 'zaino in spalla' da portare sempre con sé), interpreta la realtà nella sua totalità senza scindere nettamente tra di loro i diversi momenti della sua attività (e cioè la 'lettura' della società e l'applicazione di tale lettura al dettato normativo continuamente soggetto a revisione critica, come visto più sopra)²⁶.

Il problema della giustizia, quindi, viene affrontato da Lipari non in una prospettiva che finirebbe con l'essere meramente teoretica²⁷, ma spiccatamente pratica: colui che voglia trovare nel volume in questione una trattazione di cosa si debba intendere per 'giustizia' nei suoi aspetti più dettagliati sta cercando nel posto sbagliato, in quanto non troverebbe un'analitica descrizione dei contenuti di *Dike*, ma 'solo' (si fa per dire) l'indicazione di cosa osservare per poter procedere alla concreta individuazione di siffatto contenuto. Riemerge, dunque, la potente tensione verso la realtà sociale che, fin dal momento della salita alla cattedra barese, aveva costituito uno dei momenti (ma, forse, dovrebbe dirsi: il momento) cruciale della linea dottrinale propria del nostro Autore.

Questo oggetto di conoscenza (e non altri) è l'unico che consente di contemplare la giustizia nella sua più profonda e vera essenza: riprendendo il filo della 'grecità' che l'Autore ci ha proposto fin da subito, potremmo dire – platonicamente – che il giurista, così facendo, esce dalla caverna in cui era imprigionato, non è più costretto a contemplare solo le immagini proiettate sul muro e a cui era talmente abituato da considerarle l'unica realtà possibile, ma, calandosi (anzi, immergendosi) nella realtà dei fatti contempla la giustizia e, come il soggetto del mito che si era liberato e ritorna dai compagni per liberarli e indicare loro la salvezza, si rende portatore non tanto del contenuto

enunciato, ma la realtà di un contesto fatto di comportamenti, rapporti, indici di valore che con quel testo si raccordano e alla luce dei quali quel testo va inteso appunto nella chiave di un condiviso *sentimento di giustizia*», in quanto «il diritto è un'esperienza che *vive*». E, siccome il diritto vive, l'oggetto del sindacato di legittimità costituzionale verrà ad essere il c.d. 'diritto vivente', figura ormai nota al giurista (ivi, p. 12, corsivo agg.). Coerentemente a tale visione, viene rigettato il formalistico appellativo di «giudice delle leggi» che «la vulgata corrente» ancora riserva alla Corte Costituzionale (ivi, p. 30).

²⁶ Infatti, «il giurista deve interpretare sociologicamente la norma o il sistema e dogmaticamente la realtà o il dato sociale. Con l'avvertenza però che i due processi non rappresentano momenti logicamente isolabili»: N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo) cit.*, p. 335.

²⁷ «Quel che è essenziale ribadire è che la giustizia non va predicata, ma vissuta. Non può essere ridotta all'astrattezza di una formula, ma si riconduce a un fatto culturale, a un modello di vita [...]»: così N. Lipari, *Elogio della giustizia cit.*, p. 98.

di tale idea (che, come abbiamo detto, non viene infatti fornito), quanto del modo in cui uscire dalla situazione attuale per invitarli a fare esperienza.

Ed è appunto un invito alla sperimentazione concreta della giustizia quello che ci viene rivolto nell'agile volume di Lipari, un nuovo *habitus*²⁸ che consente di risolvere la «singolare e contraddittoria tensione dialettica»²⁹ tra il diritto e la giustizia.

3. La nuova rilevanza della Costituzione e dei principi e il rapporto coi valori.

A questo punto, ci si domanda cosa debba 'leggere' il giurista nella realtà sociale in cui si è calato per cogliere l'essenza dell'esperienza giuridica.

Anche nella risposta a questo interrogativo, Lipari si mantiene fedele alla linea programmatica che aveva fatto propria già nel 1968, ritenendo che debbano essere i valori gli elementi fondamentali del vivere sociale, elementi in grado di vivificare ciò che altrimenti finirebbe con l'atrofizzarsi e perire. Il giurista, quindi, non rimane un semplice analizzatore di testi, ma anche di contesti.³⁰

Ma, allora, qual è la novità rispetto alla valorialità del diritto che era già stata ampiamente esposta nei tempi passati? L'eventuale dubbio, che potrebbe sorgere nel lettore, che non sia cambiato molto, è destinato – ovviamente – a trovare ampie confutazioni nel corso del ragionamento svolto dall'Autore.

Vera chiave di volta del discorso di Lipari è il testo costituzionale, il quale finisce con l'assumere una rilevanza decisamente maggiore: infatti, se, nel corso della prolusione, la Costituzione venne citata direttamente, per rimarcarne la mancata attuazione in alcune sue parti, solo due volte³¹ (ma forse ciò

²⁸ Un *habitus* già auspicato nel passato, come visto, ma che, nonostante il trascorrere del tempo, non sembra essere ancora largamente diffuso: «La maggior parte dei giuristi professionisti si sottrae alla difficoltà di una simile ricerca. Per loro i dettami di *Dike* non contano; il loro punto di riferimento oggettivo è esclusivamente il precetto del Sovrano. Se solo tentassero qualsiasi mediazione che esca da quell'oggetto negherebbero se stessi e la loro funzione» (ivi, p. 104).

²⁹ Ivi, p. 9. Inoltre, se, come visto in precedenza, il diritto che pretende di essere applicato nonostante la mancanza di conformità alla mutata realtà sociale è stato definito suicida, ora il diritto che non sia «volto al conseguimento di un risultato di giustizia» non è presentato come nemmeno «pensabile» (ivi, p. 13).

³⁰ Cfr. ivi, p. 30.

³¹ Cfr. N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo) cit.*, pp. 326-327.

non dispiacque troppo a Francesco Santoro-Passarelli, nei cui Scritti in onore sarebbe confluita la versione scritta della prolusione, e autore delle famose Dottrine generali del diritto civile il cui difficile rapporto con la Costituzione è ampiamente noto), di contro, nel recente volumetto, il dettato costituzionale viene utilizzato tanto come elemento innovatore dell'ordinamento idoneo a giustificare la prospettiva proposta, quanto come punto di partenza per ulteriori interrogativi e riflessioni.

La Costituzione come elemento giustificativo dei valori e della loro rilevanza, in primo luogo. L'Autore, facendo perno sull'esplicito 'riconoscimento'³² dei diritti fondamentali dell'uomo contenuto nell'art. 2, esprime la convinzione per cui i diritti umani «ove anche siano formalmente riconosciuti, il loro fondamento non sta nella norma che li afferma, ma è riconducibile a un principio che a quella norma preesiste e, a ben vedere, la fonda. I principi possono dunque dirsi orientamento verso la realizzazione dei valori»³³.

I principi, ecco il secondo elemento, sopra menzionato, del dato costituzionale che emerge con una forza ancora maggiore del precedente rispetto al discorso di cinquant'anni addietro. Come si era avuto modo di evidenziare, il trentaquattrenne Lipari aveva espresso dubbi circa la possibilità di un radicale mutamento di prospettiva dovuto all'influenza dei principi; ora, la convinzione pare essere molto cambiata, in quanto i principi divengono strumento imprescindibile per giungere all'essenza dei valori, ai quali, già in precedenza, si era voluto affidare il gravoso compito fondativo della nuova dottrina.

La novità non è di scarsa rilevanza e non è destinata a passare inosservata. In precedenza, come visto, la disposizione costituiva un momento, seppur 'parziale', pur sempre ineliminabile; ora, invece, l'elemento 'scritto' (seppur sempre da intendersi in accezione debole³⁴) di un testo fondamentale come

³² «[C]i sono regole che preesistono a qualunque assetto ordinamentale e dalle quali, nel presente storico, nessun ordinamento potrebbe prescindere senza negare se stesso. Norme che non esistono perché riconosciute (dall'autorità e dai consociati), ma che sono riconosciute perché esistono»: N. LIPARI, *Elogio della giustizia cit.*, p. 39.

³³ Ivi, p. 42. Distinzione che non sembra sufficientemente apprezzata nella lettura dell'opera svolta da L. Balestra, *È possibile un elogio della giustizia? (a proposito di un recente volume)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, pp. 702-703, dove si afferma che i valori «assumono la casacca dei principi».

³⁴ Infatti, anche il dettato costituzionale è esposto «ad una duttilità di vita *in nessun modo* cristallizzabile nella rigidità di un testo» (N. LIPARI, *Elogio della giustizia cit.*, p. 29, corsivo agg.), in quanto «le regole che da tale norma fondamentale hanno tratto vigore non fanno discendere il loro significato dall'alto di quella derivazione, ma piuttosto dal basso del modo di svolgimento dell'esperienza» (ivi, p. 30). Anche questa specifica conclusione non è priva di riscontro nella precedente elaborazione dottrinale del Nostro: «È chiaro allora che, al di là del

la Costituzione, costituito dai principi, serve all'interprete quale bussola per orientarsi all'interno della fattualità con caratteristiche normative³⁵ al fine di realizzare il valore che è riscontrabile nel contesto della società dove il giurista si è ormai da tempo avventurato: infatti, il «valore indica traguardo da raggiungere, ma non orienta normativamente l'azione. Il principio invece suggerisce i comportamenti, va assunto quale criterio orientativo dell'agire e del decidere»³⁶.

I principi, pertanto, fungono da elemento essenziale dell'azione degli individui facenti parte della società (che ne siano consapevoli o meno) e consentono al giurista-interprete, che già conosce i principi in virtù della propria formazione, di individuare i comportamenti da essi ispirati e miranti alla realizzazione di valori. Ecco il perché del precedente paragone con la bussola: come l'ago magnetizzato di quest'ultima indica il Nord sulla base dell'attrazione esercitata dal più forte campo magnetico, così i principi servono al giurista per farsi indicare (e non indicare egli stesso, almeno non in misura preponderante)³⁷ quali elementi fattuali debbono essere presi in seria considerazione tra i comportamenti (innumeri!) che la realtà continuamente offre al fine di elaborare concretamente le norme, le quali «non preesistono all'esperienza, ma si vengono attuando nel modo stesso di esprimersi della società nell'articolarsi dei suoi rapporti»³⁸.

diverso procedimento formale enunciativo della regola costituzionale, si riproduce per la costituzione la medesima funzione che abbiamo indicato come propria della legge ordinaria [e cioè *indice* di una tendenza]» (N. Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo) cit.*, p. 326). La conclusione è rafforzata dal fatto che il dettato costituzionale «non è costruito secondo il paradigma della fattispecie, non individua cioè figure entro le quali incasellare i fatti concreti della vita, ma indica i fini da realizzare, traguardi da conseguire, valori da attuare» (N. Lipari, *Elogio della giustizia cit.*, p. 50). Si vedano le chiare parole di S. Satta, *Il giudice e la legge cit.*, p. 134: «Come si vede, la Costituzione non basta, a questa gente che non accetta la giuridica, e giuridicamente severa, realtà della vita. Ed è naturale che sia così: quando non si accetta di essere servi delle leggi, nessuna legge, nessuna carta, nessun principio può porre ostacolo al libito che si fa licito, cioè in definitiva al proprio orgoglio».

³⁵ La fattualità viene definita «autentica fonte del diritto» (N. LIPARI, *Elogio della giustizia cit.*, p. 92).

³⁶ Ivi, p. 55.

³⁷ «Conoscendo il diritto noi siamo all'un tempo soggetto e oggetto di questa conoscenza, siamo dentro al *logos* e in qualche modo concorriamo a formarlo» (ivi, p. 47).

³⁸ Ivi, p. 55. Si veda, inoltre, anche il seguente passaggio: «Quando dunque si parla di della positività del diritto, della sua vigenza, non si può avere riguardo a un puro profilo enunciativo di regole poste, ma semmai a una esperienza attuata. La norma è positiva in quanto passa nell'esperienza e diventa azione» (ivi, p. 47). Come si nota è sempre vivissimo il riferimento all'esperienzialità del diritto.

La richiesta di una effettiva «azione partecipante» del giurista rende di tutta evidenza la differenza sostanziale con i «vecchi modelli codicistici»³⁹: l'attenzione, dichiarata fin dalle primissime pagine, è tutta volta alla sostanza del diritto⁴⁰ e non alla forma, pena, in caso contrario, l'astrazione dalla realtà, «perché non è possibile purificare il diritto dall'inquinamento della storia».⁴¹ L'attenzione all'azione sociale conforme a principi generalmente condivisi e tendente al raggiungimento di valori altrettanto condivisi integra, nell'ottica dell'Autore, «l'unica garanzia che l'interprete (sia esso giudice o semplice cittadino) potrà fornire per evitare di offrire una soluzione del tutto personale ed eccentrica», avendo cura di precisare nuovamente che lo sguardo deve essere rivolto «non ad indici formali, ma alla sostanza di valori vissuti»⁴².

In questo modo, si evita la «frattura tra il dato normativo e l'esperienza» che il positivismo legalista aveva finito col rendere «inevitabile» e si prende coscienza «del rapporto circolare che inevitabilmente si attua tra il sistema delle regole e il contesto culturale al quale quelle regole sono destinate» il giurista non è più un recettore e, soprattutto, un esecutore di qualcosa che il 'potere costituito' cala dall'alto all'esito di valutazioni non sempre condivisibili⁴⁴, ma, per l'influenza del nuovo sistema costituzionale⁴⁵, assume quel nuovo ruolo che l'Autore già più volte e in tempi differenti aveva fortemente auspicato.

³⁹ Ivi, p. 55.

⁴⁰ «[D]iventa decisivo l'ancoraggio a un contenuto sostanziale offerto a un parametro di giustizia socialmente rilevante» (*ivi*, p. 17).

⁴¹ Ivi, p. 26. Singolare la consonanza con C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 2014, p. 219: «Lo Stato legislativo [...], a causa del suo principio dominante del sistema di norme generali e predeterminate e della distinzione che gli è propria fra legge e applicazione della legge, fra legislativo ed esecutivo, si è spostato in una sfera del tutto diversa e soffre d'altra parte di una *certa astrattezza*» (corsivo agg.).

⁴² N. Lipari, *Elogio della giustizia cit.*, p. 28.

⁴³ Ivi. p. 92.

⁴⁴ Cfr. *supra*, nota 16.

⁴⁵ Infatti, «non è astrattamente possibile ridurre il diritto a una semplice struttura di enunciati posti dal potere costituito», in quanto «questa tesi non si concilia con il nostro sistema costituzionale, che invece si fonda su sostanze, si radica su valori» (ivi, p. 89). Conseguentemente, l'espressione 'forza di legge' diviene «una formula che oggi, più che una garanzia alla quale rivolgersi, esprime un pericolo dal quale difendersi» (ivi, p. 91). P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 276, aveva parlato di un «senso angoscioso smarrimento» derivante dal «fatto che il generale ritorno alla bestialità collettiva [del periodo totalitario] non sia avvenuta in forma di aperta rottura della legalità, come furia di istinti belluini scatenati senza legge all'assassinio e al saccheggio, ma si sia travestito da esercizio di autorità, accompagnato dalle forme tradizionali del processo [...]».

4. Verso la giustizia attraverso la ragionevolezza.

Ma, come noto, in una società che va sempre più perdendo la propria omogeneità (da declinarsi, ovviamente, nei plurimi aspetti del vivere sociale, e cioè la differenza di etnie, culture, sensibilità e, non da ultimo, valori), i possibili conflitti tra le differenti visioni ed esperienze valoriali diventano sempre più concreti e attuali. Il giurista, però, non deve lasciarsi scoraggiare da un siffatto panorama assai sfaccettato, e ciò perché dispone di un formidabile mezzo per poter procedere alla composizione delle diversità: la ragionevolezza⁴⁶.

Quest'ultima, da non confondersi con la più formalistica e astratta razionalità⁴⁷, «finisce, a bene vedere, per conciliare le articolazioni pluralistiche del postmoderno con l'aspirazione alla generalizzazione che è propria di ogni ordinamento giuridico»⁴⁸, in quanto «vero criterio di chiusura dell'ordinamento» che consente di giudicare come 'ragionevole' la norma «che risponde alle esigenze del caso valutato alla luce dei principi costituzionali e quindi in vista dell'attuazione di quel quadro di valori disegnato per il conseguimento di un risultato di giustizia»⁴⁹.

Si dimostra, dunque, come l'attività sociologica del giurista orientata dai principi consenta di individuare anche l'elemento finale della ricostruzione

⁴⁶ «È evidente che le costituzioni traggono la loro forza dalla società che in esse si esprime e laddove nascono – come la nostra – da un equilibrio fra forze e culture diverse impongono che questo equilibrio venga garantito al di là delle sopravvenienze storiche» (N. LIPARI, *Elogio della giustizia cit.*, p. 87).

⁴⁷ «Il "razionale" ha riferimento alla coerenza logica [...]; il "ragionevole" propone invece la congruenza rispetto a valori sostanziali. Il primo termine cioè indica un carattere formale, il secondo un carattere materiale» (ivi, p. 61). Interessante la nota di U. Breccia, *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari*, Diritto civile e ragione), in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 146: «Permaneva, ma parzialmente, l'etimologia che, nella parte iniziale, includeva la *ratio*, la ragione, il ragionamento, la razionalità. La "ragionevolezza" si muoveva, tuttavia, in uno spazio tutto suo: più terrestre». Ma, allora, si veda J. Huizinga, *La crisi della civiltà*, trad. it., Torino, 1938, 2ª ed., p. 59: «Nelle scienze non-esatte la parte del raziocinio è diventata sempre più vaga; mentre le scienze esatte possono ormai pretendere a una sempre maggiore accuratezza di espressione».

⁴⁸ N. Lipari, *Elogio della giustizia cit.*, p. 67. «La "giustizia del caso singolo" che viene invocata in contrasto con la "giustizia delle norme" è diventata negli ultimi anni un *Leitmotiv* piuttosto diffuso nell'ambito di vari orientamenti *postmodern* della teoria del diritto»: così M. Taruffo, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, p. 16 (corsivo orig.).

⁴⁹ N. Lipari, *Elogio della giustizia cit.*, p. 63. «La ragionevolezza è, in altri termini, il modo di intendere la giustizia in un contesto sociale» (ivi, p. 96).

giuridica proposta da Lipari⁵⁰, una costruzione circolare in cui tutto si tiene e in cui nessuna fase è pienamente e nettamente separabile dalle altre, pena il crollo dell'edificio.

Ed è in questa prospettiva che deve essere inteso il principio di uguaglianza nella sua nuova formulazione costituzionale post-bellica: il passaggio, come ampiamente noto, è dalla uguaglianza meramente formale tra l'art. 24 dello Statuto albertino, per cui tutti i regnicoli erano uguali dinnanzi alla Legge (per la quale era stata addirittura utilizzata la lettera maiuscola!), all'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma secondo, della Costituzione repubblicana. Infatti, le discriminazioni, anche se apparentemente tali, sono in realtà la realizzazione della vera uguaglianza e di un assetto 'giusto' degli interessi coinvolti⁵¹; la concretizzazione di un valore e non il mero rispetto di una formalistica procedura che nulla dice circa i contenuti.

Anche in questo caso, l'Autore esclude il pericolo che l'interprete proceda a valutazioni puramente soggettive, mostrando tutta la sua fiducia nei confronti del controllo sociale delle decisioni e dei bilanciamenti effettuati dall'operatore giuridico: se i fatti hanno portata genuinamente normativa saranno, appunto, i soggetti agenti che verificheranno la corrispondenza della soluzione fornita alla realtà che essi sperimentano quotidianamente⁵². Viene in questo modo fornito un appiglio 'oggettivo' per la verifica dei valori, antidoto contro il possibile soggettivismo del giurista⁵³: la ragionevolezza

⁵⁰ «L'idea di sintesi è che la ragione del diritto dev'essere "trovata": sul presupposto che non ci sia diritto in mancanza di un suo "ritrovamento" in corrispondenza della sua ragione»: così U. Breccia, *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari*, Diritto civile e ragione), *cit.*, p. 150. Evidente l'eco del grossiano *invenire* del diritto: P. Grossi, *L'*invenzione *del diritto*, Bari-Roma, 2017.

⁵¹ «Nell'ottica dei costituenti l'eguaglianza non è solo un principio da affermare, ma un risultato da conseguire» (N. LIPARI, *Elogio della giustizia cit.*, p. 51).

⁵² «In società multiculturali potranno aversi diverse visioni del mondo, in società pluraliste diverse valutazioni dei medesimi fatti, ma ciò non impedirà che nelle come nelle altre, chi è chiamato a valutare gli accadimenti (e segnatamente il giudice) debba misurarsi con i differenti referenti culturali ai quali si indirizza, consapevole che il procedimento interpretativo – il quale implica, come la stessa etimologia del termine suggerisce, un rapporto relazionale – non richiede semplicemente un dialogo tra chi interpreta e ciò che viene interpretato (fatti e norme), ma esige di necessità la comprensione di coloro ai quali l'interpretazione si indirizza» (ivi, p. 100).

⁵³ «[C]erto è che, in un dato momento storico e in un ambito sociale, definito, è riscontrabile la rispondenza di quel giudizio ad un sentimento diffuso» (ivi, p. 68). Investita di questo controllo è anche la «comunità interpretativa» (ivi, p. 56). Per l'Autore, inoltre, il rischio di soggettivismo interpretativo in chiave valoriale «era maggiore quando si faceva esclusivo riferimento a testi [...]» (ivi, p. 77).

costituisce, pertanto, il «criterio di raccordo tra il sistema istituzionale e la società civile»⁵⁴ che ci consente, «al di là degli stereotipi correnti», di non essere «vittime del diritto, ma suoi artefici»⁵⁵.

5. Sociologia, soggettivismo etico e poteri del giudice: fin dove porta la ricerca della 'giustizia'?

Dopo aver ripercorso, in maniera certamente frammentaria e incompleta, l'opera di Nicolò Lipari, può forse essere giovevole svolgere qualche riflessione a margine, che si articolerà in un modo da toccare, se possibile, tre aspetti: l'oggetto della conoscenza, il metodo e le inevitabili ripercussioni ordinamentali

Però, a ben vedere, non pare fuor di luogo una ulteriore precisazione preliminare di carattere soggettivo.

Da questo punto di vista, viene in rilievo la ormai familiare figura del giurista 'sociologo'. Più precisamente, potremmo dire che lo svolgimento dell'analisi è condotto avendo a mente – in via principale – la figura del giurista pratico rispetto a quella del giurista teorico: la distinzione, pur non operata nettamente e in chiave antitetica, è implicita e sempre sottesa al discorso dell'Autore circa l'effettivo oggetto da conoscere, e cioè la realtà sociale. L'attenzione viene quindi rivolta al soggetto che è chiamato a dare concreta attuazione al diritto: l'operatore giuridico, il giudice non solo Costituzionale, ma anche ordinario⁵⁶.

Orbene, viene subito da chiedersi – ma, invero, la domanda non è poi così originale – se il giudice possa davvero essere il soggetto più adatto per poter procedere ad una effettiva conoscenza della realtà sociale a fini normativi: il rischio paventato è – condivisibilmente – quello per cui un oggetto meritevole di approfondimento venga analizzato da colui che non dispone degli strumenti necessari per procedere a tale scopo, con un risultato conseguentemente negativo⁵⁷.

⁵⁴ Ivi, p. 61.

⁵⁵ Ivi, p. 109.

⁵⁶ Ivi, p. 51.

⁵⁷ «Diviene ineludibile un ripensamento della c.d. formazione del giudice, la quale ha essenzialmente sempre fatto leva – in modo, a mio modo di vedere, squilibrato – sul confronto tecnico e sull'analisi concernente specifici segmenti dell'esperienza giuridica»: così L. Balestra, È possibile un elogio della giustizia? (a proposito di un recente volume) cit., p. 712. Sulla formazione del giurista, si veda anche G. Pascuzzi, Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali, Bologna, 2019, nonché

Di più. Potrebbe anche chiedersi se il giudice non solo debba procedere alla conoscenza della realtà sociale, ma, addirittura, se – in conformità all'ordinamento giuridico vigente – possa così agire. D'altronde non era previsto nel codice di rito che il giudice avrebbe dovuto porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti e i fatti non contestati, con consequenziale esclusione dall'ambito del giudizio degli elementi derivanti dalla propria conoscenza personale⁵⁸?

Venendo specificamente al primo punto, e cioè all'oggetto della conoscenza, nessuno vuole negare che la realtà sociale abbia una notevole rilevanza per il diritto (derivante dal fatto che il diritto è chiamato a regolare la convivenza di più soggetti, o meglio a regolarne il comportamento e la relazionalità) e di cui il diritto debba tenere conto. Ma un conto è affermarne la rilevanza, altro è pretendere che tale rilevanza possa fungere, in autonomia rispetto a qualsiasi altro fattore, quale elemento auto-giustificante della propria auto-normatività⁵⁹: siccome la realtà sociale riveste siffatta importanza per la vita dei consociati, allora deve produrre diritto senza condizionamenti di sorta, vedendo ogni altro possibile intervento quale odiosa ingerenza e sopraffazione.

la parte monografica dell'ultimo numero ('Sull'eduzione giuridica') di *Diritto & questioni* pubbliche, 2021.

⁵⁸ Non sembra mostrare eccessivo timore L. Balestra, È possibile un elogio della giustizia? (a proposito di un recente volume), cit., p. 720: «Le maglie, entro le quali portare a compimento l'attività decisoria, si sono decisamente allargate, anche in ragione dell'uso necessitato che il giudice è spesso chiamato a fard di nozioni che derivano da sistemi di conoscenza diversi da quello giuridico [...]» (corsivo agg.). Circa la rilevanza della personale conoscenza del giudice all'interno del giudizio, si veda il ricordo di un Maestro del diritto processuale civile di J. Nieva-Fenoll, Discipline extra-giuridiche e studio del processo in Michele Taruffo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2021, p. 829 ss.; ma, in particolare, p. 836: «era possibile intuire quale fosse la ragion d'essere del secundum alligata et probata (partium): ossia potersi difendere adeguatamente, senza dover temere ingerenze a sorpresa dei giudici, ossia, in breve: il diritto di difesa».

⁵⁹ Progressivamente, infatti, la giurisprudenza, prendendo atto della riscrittura del diritto civile nella Costituzione, «ha sviluppato forme argomentative e modelli decisori i cui contorni non sono costruiti da una linea ma da un colore che sfuma ai bordi sovrapponendosi e cancellando ciò che dovrebbe rimanere visibile perché è nella legge, e nei quali alla sussunzione del fatto nella fattispecie si è sostituito l'apprezzamento di esso alla stregua di un valore [...]»: così C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 11. Si veda anche R. Bin, *Normatività del fattuale*, Modena, 2021, p. 18: «La pretesa oggettività dei "fatti normativi" toglie all'interprete la responsabilità della creazione della norma di cui propone l'applicazione e lo sottrae all'onere di una giustificazione adeguata [...]».

La rilevanza dei fatti a fini normativi potrebbe incappare nel rilievo secondo cui il 'fatto' integrerebbe la componente meramente oggettiva della ripetizione sfociante nella consuetudine, non essendo necessariamente sempre presente l'elemento soggettivo della obbligatorietà (in termini di cogenza e coercibilità) del comportamento (la nota *opinio iuris ac necessitatis*): la ripetizione nel futuro sarebbe una semplice conseguenza della abitudinarietà del comportamento, ma da ciò non si può incontrovertibilmente inferire (e su che basi sarebbe possibile?) che tale comportamento debba essere inteso come vincolante, pena l'attribuzione ad un oggetto di una caratteristica che come può possedere può anche, di contro, non possedere.

Elemento ulteriore addotto a sostegno della ricostruzione fornita è lo sviluppo del fenomeno della globalizzazione⁶⁰ (viene anche in mente la *lex mercatoria*, a cui tanta rilevanza attribuisce Paolo Grossi). Ma, nell'ottica valoriale e improntata all'uguaglianza sostanziale propria di Lipari, come può un simile elemento generatore di forti disuguaglianze e discriminazioni di fatto essere utilizzato come 'contrafforte' idoneo a sostenere l'edificio? Basti notare la notevole discrepanza esistente tra i grandi soggetti economici, veri protagonisti della globalizzazione e ai cui comportamenti dovrebbe essere attribuita potenza normativa, e i molto più numerosi (ma anche molto più deboli) soggetti a cui tali regole verrebbero successivamente applicate. Se il timore manifestato espressamente nel volume è quello nei confronti del potere costituito, ben più prudenza andrebbe manifestata nei confronti di un potere che potremmo definire 'occulto' (ma non si voglia intendere in maniera eccessivamente deteriore cotale aggettivo).

In conclusione, un oggetto così poco delineato, difficilmente ricomponibile ad unità ed evanescente nella sua consistenza non pare poter costituire solida base per la ri-costruzione di un ordinamento giuridico diversamente strutturato rispetto a quello attualmente vigente ⁶¹.

⁶⁰ Cfr. N. Lipari, Elogio della giustizia cit., p. 25.

⁶¹ Se il giudicante, «vendendo dissolversi gli *standards* nel puro soggettivismo e provando a ripristinare un certo grado di positività, volge lo sguardo tutt'intorno e individua una qualche 'dimensione della morale', egli allora cade nel *sociologismo*, che gli appare unica e corretta alternativa. Alla positività delle norme egli preferisce la torbida e controversa positività dei fatti sociali. I profeti dei principi e dei valori, spregiata e ricusata la povera realtà delle leggi, oscillano tra *intuizionismo meta-positivo* e *sociologismo ultra-positivo*, si volgono o così in alto da essere raggiunti soltanto da altri iniziati, o così in basso da registrare l'opaco accaduto in un qualche ambiente o in una data cerchia umana»: così N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 67 (corsivo orig.). Sulla 'calcolabilità' si veda, inoltre, l'interessante volume collettaneo curato da A. Carleo, *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017.

Dal punto di vista metodologico, avendo a mente la notevole prevalenza riconosciuta alla sostanza sulla forma, traspare un chiaro favore per una valutatività del diritto da intendersi in un rapporto di connessione con la morale (sociale) non tanto contingente, ma necessaria; del diritto non come è, ma così come dovrebbe essere⁶² sulla base dell'azione dei consociati orientata al raggiungimento di determinati valori qualificati (e assolutamente qualificabili) come 'giusti'⁶³.

Sotto questo aspetto, pertanto, il pensiero dell'Autore si colloca in una posizione peculiare.

Considerata l'estrema rilevanza della Costituzione, si potrebbe, a tutta prima, considerare il pensiero dell'Autore quale genuina espressione del neocostituzionalismo. Egli, infatti, decidendo di non scegliere tra giuspositivismo e giusnaturalismo, dichiara di voler rimanere equidistante da entrambi, affermando che il «fondamento dei diritti fondamentali non può essere certo soddisfatto né sulla base di una risposta giuspositivistica né sulla base di una risposta giusnaturalistica»⁶⁴: lo Stato costituzionale, insomma, risolverebbe l'antica e annosa questione.

Tuttavia, l'aspetto che potrebbe far sorgere qualche problematicità riguarda il fatto che anche i principi costituzionali, così come le disposizioni, vengono intesi (anche all'interno di una Costituzione rigida come la nostra) quali meri indici anch'essi suscettibili di ampia integrazione interpretativa sulla base del comportamento dei consociati⁶⁵ che deve essere valutato dal giudice: così procedendo, però, l'oggettività etica dei giudizi che potrebbe

⁶² E ciò per colmare la distanza tra diritto e realtà sociale; di contro, «il pensiero normativistico, quanto più è *puro*, tanto più conduce ad una frattura sempre più drastica tra norma e realtà, fra dovere ed essere, fra regola e comportamento concreto»: così C. Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in Id., *Le categorie del 'politico' cit.*, p. 256 (corsivo orig.). «Proporre […] la spoliazione della legge dai contenuti, di modo che per la sua applicazione risulti sufficiente la presenza di una norma legittimamente posta, dà vita a un pericoloso senso di vuoto»: così L. Balestra, *È possibile un elogio della giustizia? (a proposito di un recente volume) cit.*, p. 710.

⁶³ Anche qui, si veda un passo di C. SCHMITT, *Legalità e legittimità cit.*, p. 228: «Se il concetto di legge viene *spogliato* di ogni riferimento *contenutistico* alla ragione e alla *giustizia* e se contemporaneamente viene mantenuto lo Stato legislativo, con il suo concetto specifico di *legalità*, uso a concentrare nella legge tutta l'*autorità* e la dignità dello Stato, ogni disposizione di qualsivoglia natura, ogni comando, ogni ordine a qualsiasi impiegato o soldato ed ogni singola direttiva ad un giudice può essere intrapresa, in modo del tutto legale e giuridico, in virtù della "sovranità della legge", per mezzo di una delibera parlamentare o attraverso altre istanze previste dalla procedura legislativa» (corsivo agg.).

⁶⁴ N. Lipari, *Elogio della giustizia cit.*, p. 43.

⁶⁵ Cfr. supra, nota 34.

ben basarsi sul contenuto dei principi costituzionali vacilla e tende a deviare pericolosamente verso una forma di soggettivismo etico⁶⁶. E ciò per il semplice motivo per cui, se è il giudice che deve valutare il comportamento sociale con efficacia normativa anche a livello dei principi, allora ogni giudice interpreterà in maniera differente la realtà (e, potenzialmente, anche la stessa realtà che un altro soggetto ha diversamente valutato)⁶⁷.

Come visto, per cercare di anticipare siffatte obiezioni, non viene utilizzata la razionalità quale fonte di derivazione dei valori sulla base dei quali effettuare il giudizio (d'altronde ciò avrebbe aperto ulteriori problemi in termini di soggettivismo etico giusrazionalista o, peggio ancora, di giusnaturalismo), ma la ragionevolezza. Però, della ragionevolezza, non ci viene detto molto: sappiamo che è un criterio di chiusura dell'ordinamento che consente di dare al caso concreto la soluzione 'giusta', ma – ed è ciò che servirebbe invece quale fondamento oggettivo per evitare la soggettività – il contenuto non viene in alcuno modo esplicitato. In questo modo, l'assunto per cui ciò che è

⁶⁶ Di contro, la «*mediazione* delle leggi ordinarie impedisce la *immediatezza* del confronto tra principi (o valori) e fatto concreto, che ha poi carattere di rapporto esistenziale tra giudicante e singola controversia»: così N. IRTI, *I 'cancelli delle parole' cit.*, p. 71 (corsivo orig.). Infatti, secondo L. BALESTRA, *È possibile un elogio della giustizia? (a proposito di un recente volume) cit.*, p. 705, la carta costituzionale «ha immediatamente acuito l'importanza del ruolo di mediazione svolto dal giudice». Però, per C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia cit.*, p. 777, rimane «il difetto di legittimazione del giudice a fungere da momento di mediazione tra consenso sociale e norma: non risulta infatti che le regole di procedura o, in senso più ampio, lo statuto del potere giurisdizionale ne prevedano alcuna».

⁶⁷ Ed è proprio per evitare un tale rischio di disuguaglianza che servono le disposizioni legislative, «poiché il diritto non è il mondo dell'irripetibile individualità, ma dell'ordine tipizzante delle forme, che, ritornando eguali di caso in caso, permettono alle azioni di riconoscersi nelle "unità normative"». La citazione è tratta da un altro piacevole lavoro che i (pur tristi) momenti di reclusione domestica ci hanno consegnato: N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, p. 35.

⁶⁸ Anche nell'analisi operata da L. Balestra, *È possibile un elogio della giustizia? (a proposito di un recente volume) cit.*, pp. 706-707, non viene specificamente affrontato il tema del contenuto della ragionevolezza, limitandosi a sostenere che essa è «divenuta ormai un cardine del procedimento applicativo del diritto» e «rifugge l'idea della coazione, cui faccia da sfondo una supina obbedienza».

⁶⁹ Perplessità vengono acutamente sollevate da R. Pardolesi, *Una nota introduttiva*, in *Diritto, valori condivisi e «lotta» per la giustizia cit.*, c. 164: «E così, ci rassicura Lipari, conferendo al giudice (e, dunque, alla giurisdizione) il ruolo apicale di signore del diritto che sceglie la direzione quando se ne offra più d'una, con la garanzia rappresentata dal principio di ragionevolezza, che trascende soggettivismo ed arbitrarietà, si andrà a ricomporre un'armonica dialettica fra *Nomos* e *Dike*. Tesi affascinante. Ma irta di difficoltà».

giusto è ragionevole e ciò che è ragionevole è giusto,⁷⁰ si trasforma o nel più tautologico (e quindi non propriamente utile o utilizzabile) 'è giusto ciò che è giusto', o – soggettivisticamente – in 'è giusto ciò che sembra essere giusto'.

L'analisi, tra l'altro, mostra, in alcuni suoi passaggi, una propensione maggiore verso la razionalità rispetto alla ragionevolezza (e, quindi, anche verso il soggettivismo etico): infatti, «ciascuno di noi ha la capacità di avere un *senso* della giustizia», qualificato come «uno dei valori fondanti di qualsi-asi forma di socialità», un valore «che non si radica in una mera dimensione emozionale o sentimentale, ma che implica sicuramente una valutazione di tipo *razionale* [!]»⁷¹.

Ancora. Come si è avuto modo di osservare, il giurista pratico è immerso nella società, la studia, ma – al contempo – concorre con il suo comportamento, insieme agli altri consociati, a individuare i valori da attuare e orientanti l'azione concreta (tra cui, ovviamente, la sua)⁷². È per lo meno difficile non notare la problematicità insita nel procedimento logico in base al quale un soggetto che concorre insieme ad altri ad indirizzare la c.d. morale sociale possa, allo stesso tempo, fungere da interprete imparziale e terzo di un 'qualcosa' di cui fa parte e la cui interpretazione verrà successivamente presentata come basata su valutazioni oggettive⁷³.

La pericolosità di questo implicito soggettivismo etico potrebbe raggiungere il culmine nel momento in cui dovesse essere mantenuta ferma l'affermazione del principio, contenuto nella prolusione barese, secondo cui il giudice manterrebbe il suo potere di valutazione non solo rispetto alla legge che recepisce un ordine di valori già realizzato nell'esperienza (la positivizzazione della morale sociale), ma anche rispetto alla legge che positivizza la morale critica del

⁷⁰ Cfr. N. Lipari, *Elogio della giustizia cit.*, p. 96.

⁷¹ Ivi, p. 95 (corsivo agg.). D'altronde, un abbandono della razionalità senza mitigazione alcuna solleverebbe non indifferenti problemi: si veda, nuovamente, J. Hulzinga, *La crisi della civiltà cit.*, p. 54 («si chiama necessaria resistenza alla dittatura della ragione ciò che, in realtà, è una rinuncia al principio logico»).

⁷² Cfr. *supra*, nota 37.

⁷³ Si veda N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in Id., *Un diritto incalcolabile cit.*, p. 14: «Il 'pensare (e decidere) per valori' –, come che siano intuiti, immanenti o trascendenti, calati dall'alto o emersi dal basso –, è altezzoso, soggettivo concreto. [...] La decisione della controversia non è più un caso di applicazione normativa, ma un'occasione di *realizzare* il valore, di esprimere un incalcolabile giudizio di approvazione o disapprovazione» (corsivo orig.). Infatti, la teoria dell'esperienza giuridica non spiega «come si passi dalla soggettività dell'azione, decisa e compiuta da singoli individui, all'oggettività di una qualsiasi legge di coordinamento»: così N. Irti, *Viaggio tra gli obbedienti cit.*, p. 46.

legislatore⁷⁴. Il giudice, dunque, potrebbe procedere, sulla base dei suoi personali giudizi, alla 'disattivazione', in sede interpretativa, di proposizioni legislative statuite secondo i meccanismi previsti dalla Costituzione stessa, ritenendo che la 'anticipazione' legislativa di un valore ritenuto meritevole dal legislatore non corrisponda a quanto riscontrabile empiricamente nella realtà sociale e, pertanto, sia una mera imposizione del potere costituito (e, come tale, da rigettare)⁷⁵.

Sarebbe stato interessante vedere in che modo l'affermazione testé ricordata sarebbe conciliabile con quella secondo cui il «controllo di ragionevolezza non deve peraltro trasformarsi in un controllo di opportunità della legge»⁷⁶.

Ipotizzando, per un momento, che tale ricostruzione possa essere ritenuta concretamente praticabile, rimane da esprimere una perplessità circa il 'meccanismo di garanzia' previsto contro il soggettivismo etico del giudice. Lipari sostiene che, in presenza di una decisione giudiziale ipoteticamente derivante dal più becero soggettivismo, anche ove non siano presenti (o siano già stati esauriti) i gradi di giudizio 'superiori' (ma il termine non pare condivisibile se inteso nel senso tecnico), siffatta decisione sarebbe sottoposta al 'controllo democratico della comunità di riferimento'⁷⁷.

Tale meccanismo non pare suscettibile di effettiva applicazione per due ordini di ragioni.

La prima è di carattere eminentemente empirico, in quanto sono talmente noti da non doversi nemmeno soffermare sul punto casi in cui la giurisprudenza, specie di legittimità, ha totalmente ignorato tanto le riflessioni e i suggerimenti (per non dire le critiche vere e proprie) della dottrina, quanto alcune innovazioni legislative indice di orientamenti di segno opposto, quanto – da ultimo – la mancata adesione dei consociati al *decisum*⁷⁸.

⁷⁴ Cfr. supra, nota 18.

⁷⁵ Perfino un giurista come Brunetti (che certo non può essere tacciato di formalismo normativista) avanzò qualche timore: «Si corre pertanto [...] perfino il rischio, che non sarà mai temuto abbastanza, d'intorbidare colla politica l'opera serena ed obiettiva del giureconsulto e particolarmente del giudice»: (G. Brunetti, *Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza*, in Id., *Scritti giuridici varii*, vol. IV, Torino, 1925, p. 153, corsivo agg.). Più di recente, il vincolo tra giudice e legislatore è addirittura definito quale «reciproco e funzionale e non può essere ridotto ad una relazione di tipo gerarchico, ma semmai deve essere inteso in un'ottica circolare policentrica del fenomeno giuridico»: così N. Lipari, *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 330.

⁷⁶ N. Lipari, *Elogio della giustizia cit.*, p. 69.

⁷⁷ Cfr. ivi, p. 79.

⁷⁸ Sui rapporti tra dottrina e giurisprudenza, si veda il brillante saggio di R. Pardolesi, *Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2019, p. 53 ss.

La seconda è di carattere sistematico. Qual è il rimedio nel caso in cui la comunità non condivida, nel suo controllo democratico e diffuso, il contenuto della decisione? Con che mezzo si può procedere alla riparazione dell'errore? L'eventuale rimedio da applicarsi in seguito al giudizio di mancata adesione è suscettibile di coercizione? Tutte domande a cui non vengono fornite risposte⁷⁹; risposte vieppiù necessarie nel momento in cui viene proposto un nuovo sistema che, rispetto a quello attualmente vigente (tanto secondo la legislazione ordinaria, quanto secondo quella costituzionale), aumenta notevolmente i margini di possibile soggettivismo e, dunque, di errore⁸⁰.

Arrivati a questo punto, è possibile collegarsi all'ultimo aspetto problematico individuato, e cioè quello ordinamentale.

Oltre a quando detto in precedenza, sia consentito rilevare brevemente come una simile modificazione istituzionale non sarebbe operata in conformità ai meccanismi previsti dalla stessa Costituzione. Infatti, non basta sostenere che l'art. 3, comma secondo, Cost. impone alla 'Repubblica' di eliminare le diseguaglianze di fatto, ricomprendendo in tale proposizione anche un potere (neanche troppo para-) normativo dei giudici⁸¹: una simile lettura finirebbe col trascurare la disposizione che prevede una soggezione dei giudici soltanto alla legge⁸².

⁷⁹ «E, tuttavia – per quanto si tratti di notazioni astrattamente condivisibili –, è difficile negare l'impressione di un eccessivo ottimismo della valutazione che da esse traspare»: infatti, quale «rassicurazione può dare il controllo di una "comunità interpretativa" che è sempre più (e oggi, in maniera assai più evidente che in passato) divisa, non solo su specifiche questioni ma financo sul modo stesso di concepire il proprio ruolo, al punto da indurre talora il dubbio che continui a sussistere un quadro concettuale di riferimento condiviso, e persino un "comune linguaggio"?»: così G. D'AMICO, *La giustizia tra legge e diritto cit.*, c. 175.

⁸⁰ Anche la questione della certezza del diritto è trattata, in bonaria polemica con Irti, forse un poco laconicamente, sostenendo che «ogni accadimento futuro, per quanto possa essere considerato "certo", è, per sua natura, incalcolabile» (N. LIPARI, *Elogio della giustizia cit.*, p. 93): un conto è la prevedibilità assoluta (più ideale che concretamente realizzabile), altro riconoscere che, della prevedibilità, siano possibili differenti gradazioni (e, consequenzialmente, cercare di proporre soluzioni idonee ad incrementarla piuttosto che diminuirla).

⁸¹ Cfr. ivi, p. 51. Il comma in questione «può ben essere considerato un'eccezione, proprio per questo da concretizzare in chiave rigorosamente legislativa, al principio di eguaglianza formale fissato al co. 1, il quale continua a costituire la pietra d'angolo dello Stato di diritto»: così C. Castronovo, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia cit.*, pp. 776-777.

⁸² Degno di menzione il lavoro di E. Scoditti, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Napoli, 1999, in cui viene sostenuta la necessità di una riforma

Orbene, tale disposizione costituisce una indubbia garanzia, però la garanzia non è da intendersi solo per i magistrati dalle ingerenze di altri apparati statali (dal potere costituito, per intenderci), ma anche per i consociati, i quali sanno che chi è chiamato a risolvere la controversia sollevata utilizzerà la legge democraticamente statuita (e non altro)⁸³.

6. Verso una repubblica 'giudiziale'?

La piacevole lettura della prolusione barese e del recente volume di Nicolò Lipari ha il pregio di suscitare sempre interessanti riflessioni anche nel giurista che faccia proprie prospettive di analisi e metodologie non propriamente coincidenti con quelle dell'Autore: la dialettica tra differenti posizioni dottrinali è sempre punto di partenza per riproporsi antiche domande e cercare di formulare nuove risposte.

Però, se il punto di partenza è la realtà fenomenica così com'è, pari attenzione dovrebbe essere dedicata alla realtà normativa vigente, senza tentativi di torsioni interpretative che finirebbero con il mutare radicalmente l'attuale ordinamento giuridico.

Concludendo, ogni riforma suggerita o auspicata dovrebbe essere improntata ad una prospettiva forse un poco più moderata⁸⁴, onde evitare di incappare

costituzionale che renda il giudice soggetto solo alla Costituzione: come si è ormai avuto modo di notare, una simile modifica produrrebbe un aumento illimitato, incontrollato e incontrollabile del potere del giudice, tale da rendere la magistratura non più uno dei poteri dello Stato, ma l'unico potere dello Stato. «Muta, conseguentemente, il ruolo della giurisdizione, la quale va incontro a un processo di emancipazione rispetto alla mera rilettura tecnica di testi»: così L. Balestra, È possibile un elogio della giustizia? (a proposito di un recente volume), cit., p. 705. Assai incisive le parole di S. Cotta, L'istituzione giudiziaria tra diritto e politica, in Riv. dir. civ., 1984, I, pp. 426-427: «il giudice che non rispetti la ripartizione costituzionale dei compiti si oppone, dal punto di vista politico, alla sovrana volontà del popolo e agisce in modo antidemocratico», in quanto i giudici, «se non rispettano la ripartizione costituzionale dei compiti, violano la legge suprema, venendo meno al loro dovere d'ufficio» (corsivo agg.).

⁸³ «Egli sa che la causa sarà decisa secondo la legge, o, in altre parole, che *decisione e applicazione della legge* (nel suo proprio congegno di fattispecie ed effetto) *coincidono appieno*»: così N. IRTI, *Un diritto incalcolabile cit.*, p. 6 (corsivo orig.).

⁸⁴ «Quello della separazione dei poteri è un principio "ordinamentale", non modificabile verosimilmente in sede di revisione costituzionale, come si desume anche dall'art. 100, 2° comma, Cost. e ribadito di recente dalla Corte costituzionale»: così A. Lamorgese, Giustizia e legge nella pratica giurisdizionale, in Diritto, valori condivisi e «lotta» per la giustizia cit., c. 190.

nel rischio di una involuzione della nostra attuale repubblica parlamentare in una repubblica 'giudiziale', la quale, almeno ad opinione di chi scrive, suscita un timore maggiore rispetto a quello che è attualmente riservato al potere costituito⁸⁵.

⁸⁵ Sul punto, si veda l'illuminante passaggio di N. IRTI, *I 'cancelli delle parole' cit.*, p. 73: «*Interpretare testi* è altro da *intuire valori*. I testi, come punti fermi da cui si muove ed a cui si ritorna, garantiscono la divisione costituzionale dei poteri, il rispetto della sovranità popolare, l'eguaglianza di fronte alla legge, la calcolabilità delle decisioni giudiziarie. Essi costruiscono un argine, al di là o al di sopra del quale può svolgersi soltanto il giuoco dell'immaginazione, la volontà di altro diritto, il soggettivismo dei valori» (corsivo orig.). Infatti, quando, «nella vita di uno Stato, i giudici contestano la legge, per ciò stesso che è legge, cioè al di là della normale dialettica del giudizio, è segno certo che la fine della libertà, la fine dell'ordinamento si approssima» (S. Satta, *Il giudice e la legge cit.*, p. 130), in quanto l'«usurpazione della legge da parte del giudice è un atto di orgoglio, di satanica disubbidienza» (ivi, p. 138).

EL RECONOCIMIENTO Y LA TUTELA INTEGRAL DE LA IDENTIDAD PERSONAL COMO PRESUPUESTO FUNCIONAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Deisy C. Villalobos Mejía*

Sumario: 1. La identidad personal: entre el reconocimiento diacrónico o sincrónico del ser humano. – 2. El sistema de tutelas de la identidad personal: retos en torno a la protección de la persona 'sfaccettata'. – 3. Algunas consideraciones conclusivas.

1. La identidad personal: entre el reconocimiento diacrónico o sincrónico del ser humano.

Los principios constitucionales de libertad, igualdad y dignidad humana son el perno de cualquier Estado democrático y social de derecho, y actúan como el presupuesto y la premisa en la construcción dogmática de cualquier institución normativa.

No obstante la centralidad del ser humano en la funcionalidad del ordenamiento jurídico, el reconocimiento normativo de sus derechos ha estado lejos de ser estable y satisfactorio. Por el contrario, en múltiples ocasiones la disciplina jurídica de la persona se ha visto opacada por sus contradicciones, por su fragmentación, por su subordinación a políticas legislativas desarticuladas, e incluso, por actuar como instrumento de legitimación de actos inadmisibles de discriminación y segregación del ser humano.

A partir de la consideración de esta problemática, en seguimiento del tema principal de este seminario de estudios sobre «Eguaglianza e Giustizia», y con base en las reflexiones y desafíos evidenciadas por el prof. Alpa en su libro «Il diritto di essere se stessi»¹, en esta breve contribución se distinguirán algunos elementos relevantes en torno a la reconstrucción de la noción de persona como presupuesto y premisa de la ciencia jurídica por ser la destinataria

^{*}Dottoranda di ricerca in Diritto, *curriculum* privatistico (Diritto del lavoro, privato, privato comparato, processuale civile), Università di Genova. Il testo costituisce la rielaborazione dell'intervento presentato a Genova il 15 ottobre 2021, nell'ambito del convegno conclusivo dell'attività didattica dottorale relativa all'a.a. 2020/2021.

¹ G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi*, Milán, 2021.

por antonomasia del ordenamiento jurídico (hominum causa omne ius costitutum est)².

Ahora, el reconocimiento y la tutela normativa de la noción de persona se abordará a partir de dos ejes temáticos principales y lógicamente sucesivos. El primero de ellos, se orienta a reflexionar acerca de la naturaleza de la identidad personal³ como presupuesto para la titularidad de derechos subjetivos y la atribución de obligaciones. También, se analizará el reconocimiento normativo de la identidad personal como declinación de la garantía de los principios constitucionales de libertad y de igualdad y, en este sentido, como expresión por antonomasia de la inadmisibilidad de actos de discriminación y de segregación del ser humano. Luego, una vez establecido algunos de los parámetros que componen la noción de identidad personal, se estudiarán algunos criterios que resultarían convenientes atender en torno a los medios de tutela de la identidad personal establecidos en el ordenamiento jurídico italiano en contra de los actos de discriminación.

La tarea reconstructiva de la persona como categoría basilar del derecho civil debe partir del carácter histórico de la noción que «porta con sé il bagaglio onusto del passato, si riflette nel presente e si proietta nel futuro»⁴. La particularidad del concepto de persona y de su protección se reflejan en el contenido mutable de la categoría cuya determinación se subordina a la política social y de derecho acogida en un grupo social en determinado momento histórico. Lo anterior, se observa en la extensión progresiva del reconocimiento de la identidad del ser humano y en el consecuente robustecimiento de su tutela jurídica derivados de la transición del Estado liberal hacia el Estado social y democrático de derecho⁵.

² A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 40° ed. aggiornata, Padua, 2001, p. 71 ss.

³ G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi cit.*, pp. 227-229.

⁴ G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi cit.*, p. 15; en este mismo sentido Id, *Un questionario sul diritto alla identità personale*, en G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi, *Il diritto alla identità personale. Un seminario promosso dal Centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei e dal Centro Studi e Documentazione Giuridica*, Padua, 1981, p. 15.

⁵ Sobre la decantación jurisprudencial y doctrinal de la noción del derecho a la identidad personal G. Iudica, P. Zatti, *Linguaggio e regole del diritto privato*, 22ª ed., Milán, p. 170 ss. En relación con la eventual insuficiencia de los esquemas jurídicos tradicionales para tutelar la identidad personal como noción «notevolmente fluida, indeterminata, necessariamente mutevole di tempo in tempo» cfr. M. Dogliotti, *Il diritto alla identità personale nel quadro dei diritti della personalità*, en G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi, *Il diritto alla identità personale cit.*, pp. 64-69. En torno a la noción de identidad personal como «diritto di ciascun individuo a non vedere alterata la propria personalità» y como «il diritto ad essere identificato distinto dagli altri» léase G. Visintini, *Il c.d. diritto alla identità personale e le reazioni della dottrina di fronte alla attività di un diritto della giurisprudenza*, en G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi, *Il diritto alla identità personale cit.*, pp. 70-77.

A partir de la remodelación histórica de la noción de persona, la doctrina más autorizada ha empleado una 'triada' terminológica que estratifica la escalonada y acumulativa atribución de sus derechos y obligaciones. Esta propuesta parte de la noción de individuo, considerado como una «monade» anónima dentro de una colectividad, luego, 'evoluciona' al concepto de sujeto de derecho como categoría abstracta en virtud del cual se atribuyen algunos derechos esenciales, y finalmente, se reconoce a la persona entendida como un individuo dotado de garantías y de reconocimientos, de prerrogativas y de derechos fundamentales, inderogables, imprescriptibles, e inalienables⁶.

Desde el derecho romano hasta el antiguo régimen, la cualificación de persona cumplía con la función de vincular al ser humano a un rígido y prestablecido rol o *status* que determinaba el reconocimiento de sus derechos y privilegios en la sociedad⁷. Posteriormente, la construcción moderna de la noción de persona se ha decantado a partir de dos técnicas jurídicas disímiles entre sí: de una parte, se opta por un reconocimiento aparentemente sincrónico de la persona, a partir de la categoría dogmática abstracta del sujeto de derecho, y posteriormente de otra parte, se propone el reconocimiento de una identidad fragmentada, más 'realista' o diacrónica del ser humano. La adopción de una otra técnica jurídica generaría efectos determinantes en la estructura y lógica del sistema jurídico, en la medida en que condicionaría la integración de los instrumentos normativos de tutela de la identidad personal, de los modos de ser físicos y morales del ser humano⁸, y en general del ejercicio de sus derechos subjetivos⁹.

Ahora, la segunda 'estación' en el reconocimiento normativo y progresivo del ser humano se decanta en la dogmática alemana durante el periodo final del s. XVIII y la primera mitad del s. XX bajo el nombre de sujeto de derecho como categoría jurídica¹⁰. Esta noción se consolida como un concepto abstracto que reconoce al ser humano como un centro de imputación de determinados derechos y obligaciones, cuyo contenido se determina de acuerdo con la voluntad soberana del legislador que actúa como "árbitro" supremo en la atribución de la personalidad del ser humano. La cualificación normativa de sujeto de derecho es heredera del carácter individualista

⁶ G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi cit.*, pp. 41-50; S. Rodotà, *Dal soggetto alla perso-* na, Nápoles, 2007, p. 15.

⁷ Para estudio de la noción de persona desde una óptica histórica y sociológica léase A. Pizzorno, *Saggio sulla maschera*, Boloña, 2008, p. 10 ss.

⁸ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milán, 1950, p. 23.

⁹ Sobre la idea de sujeto de derecho y su transición a la persona véase G. Iudica, P. Zatti, *Linguaggio e regole del diritto privato cit.*, pp. 81-87.

¹⁰ G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi cit.*, pp. 147-153.

que inspiró la filosofía liberal en los procesos de codificación del siglo XIX¹¹, y por lo tanto plantea un reconocimiento del ser humano y del ejercicio de sus derechos subjetivos a partir de parámetros de igualdad formal y de acuerdo con el contexto social y cultural vigente al momento de su construcción.

Es decir, el sujeto de derecho¹² conceptualmente se construye sobre la presunción de la inexistencia de variables o distinciones individuales del ser humano, y esta presunción a su vez actúa como un mecanismo de garantía para el reconocimiento de la titularidad de derechos y obligaciones. Sin embargo, debido a la naturaleza abstracta de la categoría y como consecuencia de los excesos dogmáticos y autoritarios que caracterizaron a este periodo social y normativo, desafortunadamente la categoría de sujeto de derecho legitimó escenarios arbitrarios de discriminación y segregación fundados en inadmisibles factores 'naturales' y 'sociales' comúnmente aceptados por la colectividad existente en ese periodo histórico¹³.

Teniendo en cuenta lo anterior, la noción de persona, como tercera y última 'estación' en la evolución del reconocimiento normativo de la identidad personal, surgiría en un contexto jurídico renovado por la integración del derecho constitucional y del derecho internacional¹⁴.

Este nuevo concepto se origina como una reacción orientada a contrarrestar la desarticulación funcional que había sufrido la noción de sujeto de derecho por causa de su lectura meramente formal y de la política social y de derecho que la precedía.

Desde una perspectiva conceptual, para la doctrina más autorizada la persona constituiría un límite sustancial al excesivo dogmatismo e 'inmaculada' esquematización de la noción de sujeto de derecho. Este último se concibe como un «dato originario, essenzialmente immutabile, acquisito per nascita»¹⁵, insensible a la integralidad y diversidad del ser humano.

Así las cosas, se afirma que sólo a partir de la deconstrucción de la categoría de sujeto de derecho, y del surgimiento de la noción de persona apoyada

¹¹ C. Mignone, *Identità della persona e potere di disposizione*, en P. Perlingieri (ed.), *Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Nápoles, 2014, p. 133; R. De Ruggiero, F. Maroi, *Istituzioni di diritto privato*, I, 8° ed., Milán-Mesina, pp. 167-170.

¹² A. De cupis, *I diritti della personalità cit.*, p. 15.; G. Iudica, P. Zatti, *Linguaggio e regole del diritto privato cit.*, p. 82.

¹³ G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi cit.*, pp. 41-43.

¹⁴ Ivi, pp. 155-182.

¹⁵ C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione cit.*, p. 139.

sobre los principios de libertad y de dignidad humana¹⁶, se reconoce al ser humano en su integralidad, en su condición 'real' y en concreto, y como un entramado entre su vida individual y las relaciones sociales en las que participa¹⁷.

En torno al carácter multiforme de la noción de persona son realmente útiles las herramientas metodológicas que el prof. Guido Alpa ofrece en su libro «Il diritto di essere se stessi» a partir de la representación metafórica de la identidad personal como una 'cornucopia' que de manera entrelazada y unitaria integra la dignidad, el credo religioso, las opiniones políticas y sindicales, la étnica, el sexo, el orientamento sexual, la lengua, la discapacidad, el origen genético. Bajo la visión propuesta por el autor en mención, la persona se definiría como una conjunción entre una perspectiva externa, que reconoce al ser humano como irrepetible y diverso de los otros, y una perspectiva interna como ipseità¹⁹. En este orden de ideas, la identidad personal implicaría el reconocimiento unitario de, al menos, una 'triple' dimensión del ser humano, es decir, aquello que el individuo cree ser, la imagen que quiere representar ante la colectividad y, finalmente, la representación que los otros construyen de él. En consecuencia, cualquier reconocimiento incompleto o fragmentado del ser humano negaría la definición misma de identidad personal²⁰.

La decantación normativa del derecho a la identidad personal y de los derechos de la personalidad en el ordenamiento jurídico italiano se reconduce a las fuentes jurisprudenciales. El juez italiano, además de incorporar normativamente el «derecho a la identidad personal»²¹, se ha encaminado hacia la construcción de un sistema autónomo de tutelas de la identidad personal con apoyo en la flexibilidad ofrecida por la cláusula general regulada en el art. 2 Cost. it.²². Esta disposición constitucional constituiría, entonces, el punto de partida en la legitimación de la persona como unidad y diversidad y, para un

¹⁶ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, 6° ed., Roma-Bari, 2017, pp. 194-196; G. Iudica, P. Zatti, *Linguaggio e regole del diritto privato cit.*, pp. 153-171 y 177.

¹⁷ Ivi, p. 183 s.

¹⁸ G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi cit.*, p. 15.

¹⁹ Ivi, p. 12.

²⁰ Ivi, pp. 11-15.

²¹ F. Galgano, *Istituzioni di diritto privato. Con tavole di comparazione giuridica*, 10° ed., Milán, 2021, p. 69 s.

²² Sobre el alcance del art. 2 de la Constitución italiana en relación con la identidad personal léase G. Iudica, P. Zatti, *Linguaggio e regole del diritto privato cit.*, p. 154 y 162; P. Zatti, *Il diritto alla identità e l'«applicazione diretta» dell'art. 2 Cost*, en G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi, *Il diritto alla identità personale cit.*, p. 55 ss.

sector importante de la doctrina, representaría la ruptura del reconocimiento abstracto y de la tutela meramente formal del ser humano²³.

El texto constitucional – art. 2 Cost. it. – reconoce al ser humano y al desarrollo dinámico de su personalidad no sólo en su singularidad, esto es, como resultado exclusivo de elementos endógenos sino, también, frente al contexto social entendido como factor exógeno determinante en su formación. Desde la óptica constitucional, la identidad personal se plantea como una declinación del principio de libertad, de los derechos al desarrollo individual y a la libre y plena expresión de la personalidad. Es decir, la protección de la identidad personal se vincula con el reconocimiento del derecho a «essere se stessi» que, a su vez, comprende el respeto de la 'imagen' que integra la totalidad de ideas, experiencias, convicciones ideológicas, religiosas, morales y sociales que determinan y cualifican a cada ser humano en su individualidad y en la «vita associata»²⁴.

En nuestra opinión, la norma constitucional ofrecería valiosas herramientas normativas para excluir la aparente contradicción entre el reconocimiento integral y dinámico de la persona y el sujeto de derecho como categoría dogmática flexible cuyo contenido normativo necesariamente debe construirse a la luz de la fuente constitucional. En otros términos, el reconocimiento de la persona como unidad y diversidad establecido en el art. 2 Cost. it. se conciliaría perfectamente con el concepto de sujeto de derecho entendido como centro de imputación de derechos y obligaciones, cuyo contenido se remodela bajo el prisma constitucional, en particular, en garantía imprescindible de los principios de dignidad humana, libertad e igualdad.

No existen dudas sobre los múltiples desafíos teóricos, metodológicos e incluso lingüísticos que el reconocimiento normativo de la persona en su integralidad representa para la dogmática civilista, y en general a todas las áreas del derecho. Sin embargo, se considera que una aproximación jurídica adecuada de la categoría dogmática de sujeto de derecho aportaría herramientas útiles para lograr su ponderada integración con los principios constitucionales, y permitiría garantizar de manera efectiva el desarrollo de la personalidad del ser humano.

Teniendo en cuenta lo anterior, se podría inferir de manera preliminar al menos dos consideraciones en relación con la técnica jurídica adecuada para el reconocimiento y la protección de la persona en su integralidad.

La primera de ellas gira en torno a la utilidad de las categorías jurídicas como instrumentos dogmáticos que parten del reconocimiento de la

²³ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti cit.*, pp. 140, 147-160.

²⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 20° ed. agg., Nápoles, 2021, p. 190.

diversidad de la realidad social y ofrecen una disciplina jurídica ordenada, uniforme y estable que garantiza los principios de igualdad y de seguridad jurídica como ejes centrales de los Estados democráticos. En otros términos, no se considera que la categoría dogmática del sujeto de derecho represente una desafortunada homogeneización de la pluralidad del ser humano, o convierta al hombre en un abstracto, vacío y estático concepto normativo que se aleja de las garantías constitucionales. Por el contrario, esta categoría dogmática constituiría un instrumento útil para el reconocimiento normativo coherente, progresivo y duradero de la diversidad, de la incertidumbre, de la mutabilidad intrínseca al ser humano y a la construcción del orden social.

El segundo comentario, estrechamente vinculado al anterior, gira en torno a la singular flexibilidad²⁵ y neutralidad del contenido de las categorías dogmáticas como herramientas metodológicas útiles para encausar el diálogo entre las fuentes constitucionales y de derecho comunitario y la instituciones del derecho civil. En particular, la elasticidad del concepto de sujeto de derecho como centro de imputación normativa, en lugar de obstaculizar, facilitaría el ensanchamiento de la noción a partir del reconocimiento normativo del ser humano como pluralidad.

En este orden de ideas, la contraposición entre el carácter «sfaccettato»²⁶ de la persona y la categoría dogmática de sujeto de derecho sería apenas aparente y, en este sentido, se considera que optar por una técnica jurídica que desarticule la categoría de sujeto de derecho con sustento en la falsa premisa de su insuficiencia respondería a una comprensión desacertada de las categorías dogmáticas²⁷.

2. El sistema de tutelas de la identidad personal: retos en torno a la protección de la persona «sfaccettata».

Ahora, la disciplina constitucional no se agota en el llano reconocimiento de una renovada personalidad jurídica – art. 2 Cost. it. –, por el contrario, eleva a nivel constitucional el debate acerca del rol protagónico del Estado como garante en el reconocimiento y la tutela del ser humano en las diferentes e inescindibles esferas de formación de su personalidad.

²⁵ A. Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, en *Riv. dir. civ.*, IV, 2021, pp. 633-660.

²⁶ G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi cit.*, pp. 11-21.

²⁷ Ihidem.

En este sentido, el art. 3 Cost. it. exige una intervención efectiva consistente en «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e la uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»²⁸. Esta tarea se concretaría en la implementación de instrumentos normativos que garanticen una efectiva protección a la formación plena de la persona²⁹.

Además de esta obligación de hacer establecida en la norma constitucional, en nuestra opinión, la disposición normativa plantea valiosas orientaciones normativas dirigidas a la construcción de un sistema ponderado de tutelas. Estos instrumentos jurídicos se orientarían a la protección de la plena identidad personal a partir de la tutela de los principios constitucionales de libertad y de igualdad.

El diseño de un sistema de tutelas que proteja, en condiciones de igualdad, el desarrollo de la persona en su diversidad y en su constante e incierta transformación es uno de los principales desafíos derivados del reconocimiento normativo de la persona como es entendida hoy. Teniendo en cuenta lo anterior, y con esto abordamos el segundo eje temático de este trabajo, se plantearán algunas consideraciones centrales cuya reflexión podría aportar argumentos útiles en la labor creativa de los medios jurídicos de protección adecuados.

Desde una óptica formal, el primer presupuesto que debería guiar esta 'aventura' conceptual atiende a la capacidad de adecuación que deberán tener los medios jurídicos de protección de la identidad personal. El carácter «sfaccettato» de la persona es la medida de referencia de un sistema de tutelas adecuado y, en este sentido, la estructura de los instrumentos jurídicos debería alejarse de construcciones normativas excesivamente dogmáticas y rígidas que se opongan al carácter multifacético del ser humano, o que pretendan aislarlo del orden social y económico que lo forma.

También, estas herramientas normativas deben tomar distancia de propuestas jurídicas que por «essere prigioner[e] della propria carne»³⁰ carecen de unidad, desarticulan la lógica del sistema normativo e impiden la comprensión de la persona como presupuesto normativo que permite la atribución de derechos y la imputación de obligaciones³¹.

²⁸ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti cit.*, pp. 140 y 155-157.

²⁹ Ivi, pp. 18-41.

³⁰ Ivi, p. 140.

³¹ La flexibilidad y el ensanchamiento de la categoría de persona jurídica incluye el debate sobre la extensión de la personalidad jurídica a determinados seres vivos o cosas como respuesta a una tutela insuficiente por parte del ordenamiento jurídico. En este sentido, una reconstrucción interesante se observa en G. Alpa, *De la tutela del medio ambiente al reco*

Desde una óptica sustancial, y en seguimiento del planteamiento constitucional dispuesto en el art. 3 Cost. it, la dignidad humana y el principio de igualdad se sitúan en la base de un sistema idóneo de tutelas de la persona. Como se indicó, el concepto de persona surge como una relectura del sujeto de derecho desde la óptica de la dignidad humana que reconoce la libre y plena construcción de la identidad del ser humano. En particular, el reconocimiento normativo de la identidad personal en su diversidad constituye una batalla en contra de la discriminación, entendida ésta como un fenómeno que legitima la inadmisible categorización o fragmentación del ser humano³².

Ahora bien, en torno a la supresión y el control efectivo de los actos de discriminación resultaría conveniente advertir algunas consideraciones de orden metodológico y sustancial.

Una primera cuestión que se podría plantear gira en torno a la individualización de las conductas discriminatorias y de sus efectos. En este aspecto, la doctrina ha contribuido notablemente a partir de la clasificación de actos discriminatorios de acuerdo con inaceptables factores 'naturales' o 'sociales'³³. Estos odiosos parámetros de distinción surgen en el orden social y posteriormente encuentran legitimación por parte del legislador o, en ocasiones, tienen origen en el ordenamiento jurídico mismo e inciden de manera directa y desafortunada en el reconocimiento de la capacidad o de la condición jurídica del ser humano.

Actualmente las problemáticas jurídicas que se plantean en torno a la identificación de los actos de discriminación se distinguen por su carácter difuso y, en consecuencia, por la ajenidad de su control. Por ejemplo, uno de los grandes desafíos para el juez hoy gira en torno a la determinación en concreto de la conducta discriminatoria cuando aquella se materializa en ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de expresión. Otra de las vicisitudes vigentes gira en torno a la delimitación del efecto real de la conducta cuando ésta se lleva a cabo a través de canales masivos de información o de medios tecnológicos que impiden, o al menos dificultan gravemente, el rastreo preciso del origen de la conducta o de la persona o del grupo de personas que de manera directa o indirecta resultan lesionados.

nocimiento de la "natura" como sujeto de derechos. ¿Una revisión de las categorías del derecho civil?, en Rev. der. priv., 2022, pp. 73-90. También, en el ordenamiento jurídico colombiano, desde una perspectiva crítica puede leerse a C.A. Chinchilla Imbett, La equiparación a sujetos de derechos de los animales y los ecosistemas. El uso impropio de la categoría "sujeto de derecho" para establecer nuevos límites a la autonomía privada, en M.P. García Pachón (ed.), El reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos, Bogotá, 2020, pp. 285-310.

³² G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi cit.*, p. 15.

³³ Ivi, pp. 75-146.

En línea con el prof. Alpa, y sólo con propósitos ilustrativos, una de las expresiones de discriminación más relevantes comprende la negación sistemática y generalizada de la personalidad jurídica y de los atributos derivados de aquella a los miembros de la comunidad hebraica³⁴.

La paradigmática discriminación de los hebreos es particularmente relevante por múltiples razones. El rechazo en el reconocimiento jurídico de la identidad personal de los hebreos encontró fundamento en la 'raza' como un aislado y en todo caso inadmisible parámetro 'natural' de distinción entre los individuos. Pero también, este acto discriminatorio implicó la negación sistemática de todo un entramado de elementos de orden religioso, moral, económico, étnico y cultural que juegan un rol fundamental en la formación de la identidad de la persona en su individualidad y en la comunidad³⁵.

En segundo lugar, y estrechamente vinculado con lo anterior, es particularmente reprochable la legitimación legal que caracterizó a estos inadmisibles actos de discriminación. Las conductas de discriminación hacia los miembros de la comunidad hebraica paradójicamente tuvieron su origen en un articulado y prolongado tratamiento normativo persecutorio caracterizado por sus ocasionales progresos y traumáticos retrocesos³6. Este fenómeno normativo de legitimación de eventos discriminatorios se aprecia con transparencia en la legislación expedida en Inglaterra, Portugal o en Italia durante el periodo de 1938 a 1944³7. Como se advirtió, esta normativa no sólo restringió de manera arbitraria los derechos civiles, sino que se dirigió a impedir la formación de la identidad de los miembros de la comunidad hebraica dentro de la colectividad, a partir de la prohibición legal de elementos determinantes para su desarrollo como, por ejemplo, su actividad profesional y económica, su libre locomoción y su derecho legítimo a la propiedad privada.

Por último, una de las vicisitudes más complejas de este acto discriminatorio se refiere a su permanencia en el tiempo y al carácter mutable de sus manifestaciones.

Desafortunadamente, y no obstante los esfuerzos por parte de las normas de orden nacional y comunitario, los actos discriminatorios contra la comunidad hebraica han encontrado en los actuales medios de difusión masiva de información un canal que dificulta su individualización y maximiza su

³⁴ Ivi, pp. 111-144.

³⁵ Ivi, p. 185.

³⁶ Ivi, p. 111.

³⁷ Por ejemplo, en Italia se expidieron las leyes de 17 de noviembre de 1938; la n. 1955 de 13 de julio de 1939; la n. 1450 de 28 de septiembre de 1940, y el decreto legislativo n. 26 de 20 de enero de 1944.

efecto nocivo en el grupo social³⁸. La naturaleza cambiante de las conductas exige una mayor cautela en la determinación de la antijuridicidad de ciertos comportamientos que se esconden en aparentes actos neutros, y pretenden encontrar respaldo jurídico en la protección del derecho fundamental de la libre expresión³⁹.

En fin, las expresiones sociales y normativas de discriminación y de segregación son más que variadas e imponen una actuación atenta del Estado dirigida no sólo a la individualización de los actos discriminatorios sino a la incorporación de los medios concretos de tutela que garanticen el reconocimiento de la persona como unidad y diversidad.

Esta es precisamente la orientación adoptada por la Carta de derechos fundamentales de la UE (2000/C364/01) al acompañar la prohibición general de cualquier forma de discriminación fundada en factores 'naturales' o 'sociales' – art. 21 –⁴⁰ con la incorporación de instrumentos jurídicos que contrarresten de manera efectiva los actos de discriminación – art. 47 –⁴¹.

Además, este principio de no discriminación se declina a través de intervenciones normativas sectoriales que promueven la construcción de medios de tutelas ajustados a la específica dimensión, y sobre todo a la constante

³⁸ Estudios estadísticos registraron un considerable aumento de las manifestaciones antisemitas durante el periodo de *lockdown*. Este fenómeno motivó la expedición por parte del Consejo de la Unión Europea de la declaración de 2 de diciembre de 2020 con el fin de establecer «una aproximación uniforme al interno de la comunidad internacional contra cada forma de hostilidad en contra de los hebreos».

³⁹ G. Alpa, *Il diritto di essere se stessi cit.*, pp. 203-222.

⁴⁰ El art. 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE (2000/C 364/01) establece lo siguiente: «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».

⁴¹ El art. 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE (2000/C364/01) establece lo siguiente: «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

mutación, de las conductas discriminatorias. En este sentido, se destaca, por ejemplo, la directiva del 2000/78/CE que introduce un marco general de tratamiento igualitario en materia laboral y profesional. Esta norma, a partir del reconocimiento de la dificultad de determinar y probar los daños causados por los actos de discriminación, dispone la conocida «presunción de discriminación directa e indirecta» – art. 10^{-42} , cuyos efectos en el régimen probatorio podrían suscitar, no pocos, retos de frente al esquema tradicional de la responsabilidad civil.

El principio de no discriminación actúa, también, como límite inquebrantable en el ejercicio de la libertades individuales, y en este sentido, la celebración y ejecución de contratos en ejercicio de la autonomía negocial no podrían escapar de un control estricto en este sentido. En efecto, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), en materia derecho de contratos, y los llamados principios de derecho contractual comunitario ACQUIS, en particular referencia a los contratos de consumo⁴³, disciplinan la prohibición general de los actos de discriminación basada en el «sexo, raza u origen étnico».

De los principios de derecho contractual ACQUIS llaman la atención al menos dos aspectos. El primero de ellos se refiere a la restrictiva aplicación de este instrumento normativo a la «celebración de contratos y de otro acto jurídico cuyo objeto sea el acceso o el suministro de los bienes o servicios disponibles al público»⁴⁴. Para algunos, esta delimitación normativa explícita

⁴² El art. 10 de la directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación indica lo siguiente: «1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. 2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante. 3. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los procedimientos penales. 4. Lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 se aplicarán asimismo a toda acción judicial emprendida de conformidad con el apartado 2 del artículo 9. 5. Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar lo dispuesto en el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente».

⁴³ Una reflexión sobre la fundamentación jurídica y el alcance de los principios ACQUIS puede leerse en AA.Vv, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II*, Mónaco, en *Sellier. European law publishers*, 2009, pp. 154-180.

⁴⁴ En este sentido, el artículo 3:201 de los principios de derecho contractual comunitario ACQUIS traducido libremente a la lengua castellana indica: «(1) Quien sufre discriminación por razón de sexo, origen étnico o racial en contratos de acceso o suministro de bienes o

suscitaría múltiples inquietudes en torno a la extensión de la prohibición de no discriminación a la celebración y ejecución de contratos que van más allá del ámbito delimitado por la disposición. Sin embargo, para otros, la incorporación de esta delimitación por parte de la norma comunitaria de uno lado, reflejaría el respeto por el orden legal y el adecuado balance entre los distintos valores que forman el derecho de los contratos, y de otro lado, permitiría concretar otras cláusulas generales que facilitarían la extensión de la protección de la persona frente a nuevos o variados escenarios de discriminación⁴⁵.

En todo caso, la lectura de la norma deberá tener en cuenta que el principio de no discriminación es una manifestación del ineludible reconocimiento normativo de la persona en condiciones igualdad, libertad y la dignidad humana. Particularmente la dignidad humana constituye un criterio inalienable e irreductible del ser humano que permite «assicurare la coesistenza di diverse culture, ideologie, e religione nel comune impegno di tutela dei diritti dell'uomo al di là delle appartenenze nazionali»⁴⁶.

Dicho de otro modo, la dignidad humana en cualquier Estado democrático se encuentra lejos de ser un valor abstracto metajurídico o extrajurídico. Al contrario posee un contenido normativo y una función concreta en el derecho: limita la actuación del otro, impone una auténtica obligación de actuación del Estado, y excluye cualquier instrumentalización equívoca de la ciencia jurídica. En este sentido, la garantía constitucional de la dignidad humana ofrece al juez un instrumento normativo valioso en los eventos en los cuales el principio de la no discriminación deba ponderarse con otros principios altamente protegidos en nuestro sistema normativo, como la libertad personal, la libertad de pensamiento o la libertad contractual.

El segundo de los aspectos que llama la atención de la normativa comunitaria se refiere al abierto catálogo de acciones remediales previsto en el art. 3:201 de los principios ACQUIS que concretan el principio general de no discriminación. Al margen de las problemáticas de política legislativa en torno al eventual poder excesivo del juez, esta disposición normativa acierta al incorporar como una de las premisas lógicas del sistema de tutelas la necesidad de incorporar medios normativos dúctiles y capaces de adaptarse de

servicios puestos a disposición del público, incluyendo el alojamiento, tiene derecho a ser indemnizado. (2) Cuando sea adecuado, la persona discriminada tiene derecho a servirse de otros medios o recursos dirigidos a deshacer las consecuencias del acto discriminatorio, o a prevenir discriminaciones futuras».

⁴⁵ AA.Vv., Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II cit., pp. 160-161.

⁴⁶ C. Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, en <u>Giustiziacivile.com</u>, 1, 2014, p. 73.

manera precisa al carácter maleable de los actos de discriminación. Los actos discriminatorios fijan la medida exacta de los medios de protección normativa y, como consecuencia del carácter mutable e indeterminado de estas conductas antijurídicas, es apenas lógica la exigencia de un sistema de tutelas abierto con una estructura igualmente flexible que facilite su extensión a las disímiles y, algunas veces confusas, hipótesis de discriminación. Además, la dinamicidad de las acciones remediales previstas en los principios ACQUIS permitiría la construcción de soluciones jurídicas que no sólo eliminen los efectos nocivos de las conductas discriminatorias sino que disuadan la futura ejecución de las conductas de discriminación.

De lo contrario, una lista cerrada o la previsión del resarcimiento del daño como sanción exclusiva frente a los actos discriminatorios podrían impedir el cumplimiento de la función reactiva y preventiva prevista expresamente por la norma comunitaria, particularmente en los eventos en los cuales los actos discriminatorios no pueden calificarse de manera inmediata y evidente como como tales, sino que, en cambio, requieren una consideración atenta del contexto en el cual se manifiestan.

En fin, se advierte la discontinuidad que en ocasiones caracteriza el diálogo entre la normativa del derecho comunitario y la normativa interna italiana. Si bien el legislador comunitario avanza con firmeza hacia la construcción de reglas orientadas a concretar el principio general de no discriminación a través de un régimen de tutelas expedito, este sistema de protección se debilita en virtud de las grandes dificultades operativas que encuentra su incorporación en el derecho interno italiano. Esta insuficiencia normativa constriñe al juez al diseño de técnicas jurídicas que permitan construir soluciones jurídicas satisfactorias frente a las expresiones cada vez más sofisticada de discriminación, y con esto, se hacen patentes las múltiples inquietudes que la conducta excesiva o incoherente del juez suscitan. También, este aparente 'desinterés' legislativo ha conducido a la creación de remedios atípicos de origen negocial que contrasten determinados eventos discriminatorios, se piensa, por ejemplo, en la remoción directa por parte de Facebook de contenidos de expresión de ideología fascista y de propaganda racista, xenófoba y antisemita difundidos en la red social⁴⁷.

⁴⁷ Esta medida tutelar de control de la información que implementó el canal de difusión «Facebook» amplía el debate acerca de la eventual responsabilidad de los postales de comunicación como medios de difusión masiva de información por la difusión de contenido que viola el principio de no discriminación.

3. Algunas consideraciones conclusivas.

El adecuado reconocimiento normativo de la persona y de la construcción de su identidad en condiciones de dignidad, igualdad y libertad se concreta a partir de un balanceado y efectivo sistema de tutelas contra los actos de discriminación. Actualmente nos encontramos en un contexto fáctico y normativo complejo. Las novedosas expresiones de discriminación exigen una aproximación jurídica que aborde de manera serena y consciente estos desafíos.

Particularmente resalta la necesidad de disciplinar normativamente la función de las acciones remediales aplicables en los escenarios discriminatorios; los criterios de procedencia de los remedios legales; o la eventual conveniencia de los remedios atípicos y de origen negocial contra la discriminación. Esta labor del legislador italiano cuenta con la guía del marco constitucional y con el apoyo de una articulada normativa de origen comunitario que, a pesar de su precario poder coercitivo, ofrece valiosas herramientas orientadas a la declinación normativa del principio general de no discriminación.

Collana Quaderni del Corso di Dottorato in Diritto

- 1. Lo spazio cibernetico. Rapporti giuridici pubblici e privati nella dimensione nazionale e transfrontaliera, a cura di Paola Ivaldi e Simone Carrea, 2018; ISBN 978-88-94943-27-6, e-ISBN (pdf) 978-88-94943-28-3.
- 2. I diritti umani settant'anni dopo. L'attualità della Dichiarazione universale tra questioni irrisolte e nuove minacce, a cura di Paola Ivaldi e Lorenzo Schiano di Pepe, 2019; ISBN 978-88-94943-61-0, e-ISBN (pdf) 978-88-94943-62-7.
- 3. *Interdisciplinarità della ricerca giuridica. Benefici e prospettive*, a cura di Elena Marchese, 2020; ISBN 978-88-3618-028-8, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-029-5.
- 4. Formante giurisprudenziale e principio di legalità: tensioni ed equilibri, a cura di Paola Ivaldi e Marco Pelissero, 2021; ISBN 978-88-3618-082-0, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-083-7.
- 5. Il ruolo della giurisprudenza amministrativa nel diritto amministrativo, a cura di Piera Maria Vipiana e Matteo Timo, 2021; ISBN 978-88-3618-078-3, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-079-0.
- 6. *'Diritto dei giudici' e sistema delle fonti*, a cura di Eleonora Ceccherini e Michela Miraglia, 2022; ISBN 978-88-3618-130-8, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-131-5.
- 7. Il Terzo settore tra pubblico e privato nel prisma della comparazione, a cura di Andrea Fusaro, 2022; ISBN 978-88-3618-159-9, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-160-5.
- 8. Discutere la crisi: il ruolo del diritto nella sfida della ripartenza. Atti del I convegno dei dottorandi in diritto dell'Università di Genova, a cura di Daniele Colonna, Luca Oliveri, Sebastiano Zerbone, 2022; ISBN 978-88-3618-184-1, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-185-8.
- 9. Uguaglianza e giustizia. Itinerario di una ricerca dottorale, a cura di Paola Ivaldi e Lorenzo Schiano di Pepe, 2022; ISBN 978-88-3618-197-1, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-198-8.

Paola Ivaldi, Professoressa ordinaria di Diritto internazionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova, dove insegna Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea II (corso progredito). È componente del Consiglio di Amministrazione dell'Università di Genova e responsabile scientifico del curriculum internazionalistico del Corso di Dottorato in Diritto del medesimo Ateneo.

Lorenzo Schiano di Pepe, Professore ordinario di Diritto dell'Unione Europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova, dove insegna Diritto dell'Unione Europea e Law of the Sea (in lingua inglese). È codirettore della Rivista giuridica dell'ambiente, Jean Monnet Chair in International and European Law of the Sea (2017-2020) e membro dell'Agenzia Nazionale per la Sicurezza del volo.

Il volume si propone di raccogliere le relazione, le lezioni e i seminari tenuti in occasione delle iniziative di didattica comune attivate nell'a.a. 2020/2021 nell'ambito del corso di Dottorato in Diritto su "*Uguaglianza e Giustizia*". In coerenza con la prospettiva interdisciplinare che caratterizza il Corso di Dottorato, il tema è stato analizzato e discusso prestando attenzione ai diversi ambiti rilevanti dal punto di vista del diritto statale, sovranazionale e internazionale.

The volume aims at collecting the lessons and the seminars held during the course "Equality and Justice" organized in the context of the Phd Program in Law of the University of Genova (academic year 2020/2021). Consistently with the interdisciplinary approach which characterises the Phd Program, the issue is dealt with and debated in different fields of national, supranational and international law.

In copertina: Place de la République - Égalité, Parigi foto di Coyau, 2009

ISBN: 978-88-3618-198-8

