

DIRITTI E DOVERI DI CITTADINANZA TRA ITALIA ED EUROPA

Lezioni della Scuola di Cittadinanza
Torino-Cuneo 2024

A CURA DI
LUCA IMARISIO
FEDERICA PASQUINI
GIORGIO SOBRINO



UNIVERSITÀ
DI TORINO



Università di Torino
Dipartimento di Giurisprudenza

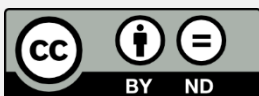
**DIRITTI E DOVERI DI CITTADINANZA
TRA ITALIA ED EUROPA**

**A CURA DI
LUCA IMARISIO
FEDERICA PASQUINI
GIORGIO SOBRINO**

*Lezioni della Scuola di Cittadinanza 2024
Torino-Cuneo*

NOTICE OF COPYRIGHT

Diritti e doveri di cittadinanza tra Italia ed Europa edited by Luca Imarisio, Federica Pasquini, Giorgio Sobrino is licensed under CC BY-ND 4.0.



IN COPERTINA: FOTOGRAFIA TRATTA DA UNSPLASH

UNIVERSITÀ DI TORINO | UNIVERSITY OF TURIN

Collane@UniTO



UNIVERSITÀ
DI TORINO



Università di Torino
Dipartimento di Giurisprudenza

A CURA DI | EDITED BY

Luca Imarisio – Federica Pasquini – Giorgio Sobrino

Settembre 2025, Torino | Università degli Studi di Torino

ISBN 9788875903688

INDICE

Introduzione al volume	ii
------------------------------	----

Primo incontro

La digitalizzazione alla prova dei fatti: alcuni spunti di riflessione, di Rosario Ferrara.....	1
Per una cultura amministrativa di controllo dell'intelligenza artificiale, di Roberto Cavallo Perin.....	5

Secondo incontro

Il conflitto tra fonti interne e fonti dell'Unione europea e il ruolo dei giudici, di Matteo Losana.....	13
Rapporti tra ordinamenti e obblighi dei giudici nazionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia, di Alberto Miglio.....	27

Terzo incontro

Diritto penale e fenomeni migratori tra eccessi legislativi e vincoli sovralegali, di Davide Bianchi e Paolo Caroli.....	49
--	----

Quarto incontro

Il pluralismo delle identità religiose tra libertà e sicurezza, di Ilaria Zuanazzi e Maria Chiara Ruscazio.....	81
Libertà religiosa e sicurezza: dalla “difficile convivenza” alla necessaria circolarità, di Alessandro Negri.....	84
Il potere delle parole tra libertà e responsabilità, di Cristiana Cianitto.....	93
L' <i>hate speech online</i> e le risposte della Cittadinanza Onlife, di Stefano Pasta.....	104
Libertà religiosa, esigenze di sicurezza e libertà di espressione: casi pratici, di Monia Ciravegna e Davide Dimodugno.....	127

Quinto incontro

Il salario minimo tra Italia ed Europa. Recenti prospettive, di Vincenzo Cangemi.....	145
Diritto alla salute tra Italia ed Europa, di Patrizia Macchia.....	158

Sesto incontro

Impresa, sostenibilità e intelligenza artificiale, di Mia Callegari.....174

La gestione delle risorse umane nell'era dell'intelligenza artificiale, di Maria Silvia Gola.....193

Intelligenza artificiale e *corporate governance*: impieghi e riflessi sulla *business judgment rule* e sugli assetti adeguati, di Davide Vitale.....203

Gli Autori.....213

Introduzione al volume

Questa pubblicazione costituisce ormai la quinta “traccia scritta” di un percorso condiviso di riflessione sui diritti e i doveri di cittadinanza, elaborato a partire dalle lezioni della Scuola di Cittadinanza, iniziativa di terza missione organizzata dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Torino, nelle sedi di Torino e di Cuneo, a partire invece dal 2018.

Lo scopo e l’ambizione della Scuola, fin dalla sua prima edizione, sono quelli di presentare pubblicamente – al di fuori quindi del contesto universitario –, in una forma il più possibile accessibile ma scientificamente accurata e con un metodo di analisi e di confronto accademico –, alcuni grandi temi connessi ai diritti e ai doveri di cittadinanza e oggetto di dibattito pubblico.

Destinatari dell’iniziativa sono tutti i cittadini (anche, e soprattutto, non esperti di diritto) desiderosi di avvicinarsi in modo più consapevole a tali questioni, con un’attenzione particolare rivolta agli insegnanti della scuola secondaria, ai quali la frequenza delle lezioni e la fruizione dei relativi materiali è proposta anche come occasione di condivisione di strumenti e contenuti utili nella prospettiva dell’insegnamento di Educazione civica, come riformato dalla legge n. 92/2019.

Nell’edizione 2024 della Scuola di Cittadinanza (la settima, dunque, dall’avvio dell’iniziativa) le lezioni si sono tenute nei mesi immediatamente precedenti lo svolgimento delle elezioni per il

rinnovo del Parlamento Europeo. Ciò ha costituito l'occasione e lo stimolo per una riflessione interdisciplinare sulla varietà e complessità delle interazioni che legano l'ordinamento italiano a quello dell'Unione Europea (anche) nel riconoscimento e nella tutela dei diritti e dei doveri di cittadinanza, pure alla luce dell'emersione di nuove e rinnovate dimensioni di tale "sistema" di diritti e doveri.

Oltre a sviluppare riflessioni sul complessivo rapporto e sul (come diciamo noi giuristi) "dialogo" esistente tra i due ordinamenti normativi, si è cercato di evidenziare le loro interdipendenze in ambiti divenuti oggi essenziali quali quello della disciplina (e del connesso tentativo di "governare" attraverso il diritto) l'intelligenza artificiale e i processi di digitalizzazione; quello della gestione dei fenomeni migratori (con un *focus* sul diritto penale); quello della gestione dell'impresa e delle sue risorse umane (con un'attenzione particolare rivolta alle recenti novità normative nel diritto dell'Unione Europea sulla sostenibilità e responsabilità sociale delle imprese).

Un'attenzione specifica è stata dedicata al profilo dei diritti sociali – tradizionalmente oggetto di interventi più limitati da parte dell'ordinamento dell'Unione Europea –, sviluppando riflessioni inerenti alle questioni del salario minimo e a quelle connesse alla tutela del diritto alla salute. Così come ci si è soffermati sul problema (a sua volta strettamente legato ai diritti e doveri di cittadinanza) della convivenza tra le diverse credenze e confessioni religiose, tra il contesto italiano e quello, più generale, europeo.

L'obiettivo complessivo di questo percorso, non potendo certo essere quello di una organica ricostruzione del quadro dei rapporti tra l'ordinamento italiano e quello dell'Unione Europea in una materia oggi assai vasta e multiforme quale quella della configurazione dei diritti e doveri di cittadinanza, è stato piuttosto quello di far emergere – al di là di un approccio del dibattito pubblico spesso, alternativamente, retorico o polemico al tema dei "vincoli europei" –, l'esigenza di acquisire consapevolezza di dinamiche complesse, non

sempre facilmente percepite, eppure destinate, nel contesto geografico in cui viviamo, ad avere ricadute sempre più estese sull'esercizio dei diritti e dei doveri individuali.

Tutto ciò mirando a fornire, come si è cercato di fare nelle diverse edizioni della Scuola di Cittadinanza, più che "risposte" univoche e definitive, stimoli al confronto e strumenti per interpretare e comprendere dal punto di vista del diritto questioni oggi fondamentali e, appunto, complesse come quelle trattate.

Come già le precedenti edizioni, anche questo volume delle lezioni della Scuola di Cittadinanza viene pubblicato in modalità *open access* sulla piattaforma Collane@unito.it dell'Università degli Studi di Torino, coerentemente con la natura di terza missione dell'iniziativa da cui trae origine e allo scopo di diffonderne il più possibile i contenuti e risultati. Così come, a partire dall'edizione del 2020, sono pubblicati *on line* nel sito del [Dipartimento di Giurisprudenza](#) dell'Università di Torino – in forma liberamente e gratuitamente consultabile da parte di tutti – le registrazioni delle lezioni della Scuola ed i relativi materiali didattici.

TORINO, settembre 2025

I curatori

LUCA IMARISIO – FEDERICA PASQUINI – GIORGIO SOBRINO

La digitalizzazione alla prova dei fatti: alcuni spunti di riflessione

di Rosario Ferrara

Professore emerito di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino

Parlare di questo tema evoca una vasta e variegata serie di punti di vista, di posizioni che hanno anche, in qualche modo, una loro dimensione che definirò ideologica, se così può essere detto.

Io cerco di avere, al contrario, un approccio tiepido, scettico anche se preciso immediatamente che ritengo assolutamente non rinunciabile occuparsi, studiare e ovviamente gestire e controllare tutto quanto l'intelligenza artificiale ci può dare. È come se qualcuno mi dicesse “vuoi mangiare il pomodoro transgenico?”. Io gli risponderei “spero di no, vorrei non doverlo mangiare”. Se però la domanda fosse “studiamo o non studiamo le biotecnologie?”, risponderei immediatamente sì. E qui ci troviamo davvero dinnanzi alla stessa domanda!

Ci sono ovviamente degli aspetti critici, insiti nel progressivo insediamento dell'intelligenza artificiale nel nostro contesto istituzionale, e si tratta pertanto di un oggetto di studio, di interesse e di utilizzo nel concreto, non declinabile, non rinunciabile perché questo

significherebbe risolvere il problema rifugiandosi nell'oscurantismo. Il che non è in alcun modo ammissibile, soprattutto per coloro che come noi sono chiamati a (e pagati per!) svolgere attività di ricerca scientifica.

Mi permetto, a questo punto, una serie di considerazioni preliminari: la digitalizzazione e l'intelligenza artificiale, che ne è ovviamente il punto di più alta espressione, si materializzano ora nel quadro del nostro PNRR, e già a far tempo da quelle che sono pensate come le riforme di contesto, e quindi prima della declinazione delle singole missioni, perché le riforme di contesto orizzontale si focalizzano attorno alla Pubblica Amministrazione e alla Giustizia. E la Pubblica Amministrazione è infatti uno degli attori fondamentali con cui fare i conti quando si giudicano, secondo i criteri, i valori ed i parametri dell'analisi costi-benefici, i costi, i vantaggi ed eventualmente le criticità di maggior rilievo dell'intelligenza artificiale. A ciò si aggiunga che anche in quelle riforme che non sono orizzontali, ma comunque abilitanti, l'intelligenza artificiale è oggettivamente chiamata a giocare un ruolo magistrale: la semplificazione e la concorrenza ne sono sicuramente prova e testimonianza. Anche il Regolamento Europeo 2024/1869 sull'intelligenza artificiale, recentemente approvato, si muove tutto sommato su questa stessa lunghezza d'onda: semplificazione, ma anche tutela della concorrenza, enfattizzazione e massimo sviluppo possibile, già dai "considerando", per il mercato interno.

Tutto ciò premesso, mi sembra possibile fare una domanda, con la quale si intercetta, a mio avviso, il nocciolo duro dell'intelligenza artificiale, ossia la sua problematicità: *cui prodest*, e cioè a chi giova? A chi serve? Perché e come l'intelligenza artificiale è al servizio del cittadino? Serve alla persona in quanto apporta vantaggi, benefici? Oppure serve alla Pubblica Amministrazione? Alcune volte io ho l'impressione che sia un comodo alibi, un paravento dietro al quale finiscono con il trincerarsi l'inattività e la passività della Pubblica Amministrazione. Parlo di digitalizzazione più che di intelligenza

artificiale, in questo contesto, e non soltanto in riferimento alla Pubblica Amministrazione. Non a caso infatti il cit. Regolamento Europeo si occupa di tutela del consumatore e dell'utente di servizi perché è ovvio che nel momento in cui gli algoritmi determinano le clausole contrattuali di un contratto di servizio pubblico, senza che il cittadino possa in qualche modo interferire, viene meno ogni meccanismo di garanzia per il consumatore-utente: chi è che legge e studia davvero il contratto di somministrazione di energia elettrica e va a fare le pulci sulle singole clausole? Nulla di tutto ciò!

Se questo è vero, direi che questa è una domanda importante alla quale è d'uopo rispondere, un punto di domanda non eludibile. Ripeto: a chi giova? Chi ne trae vantaggi? Ossia: qual'è la missione che l'intelligenza artificiale è chiamata a giocare? Di maggiore libertà, tutela, garanzia della persona? Oppure semplicemente di maggiore efficienza del sistema, sia pubblico che privato, con il forte rischio che tutto possa soprattutto risolversi in una più marcata capacità di prevaricazione della grande impresa privata la quale già, per tradizione, esercita, di fatto, un forte potere normativo di impresa, non agevolmente controllabile.

Questo è un dato acquisito e il fatto che ci sia un coacervo di problemi in larga parte irrisolti è anche confermato dalla giurisprudenza.

È recente la notizia, fra le altre, di un'importante sentenza, negli Stati Uniti, della District Court del Distretto della Columbia del 18 agosto 2023 che nega che la protezione tipica del diritto d'autore (la tutela accordata alle opere dell'ingegno prodotte dalla persona in quanto tale) possa essere estesa alle "opere" frutto degli algoritmi o dell'intelligenza artificiale. Eppure noi possiamo chiaramente immaginare che si va verso un futuro nel quale sia le creazioni tecniche industriali, sia le creazioni autoriali (come vengono chiamate) nelle quali l'intelligenza artificiale sarà prepotentemente e in modo decisivo coinvolta saranno tali e tante.

Cosa capiterà, ad esempio, alla disciplina dei brevetti? Ho fatto quest'esempio ma è ovvio che sono moltissimi i settori nei quali l'impatto delle nuove tecnologie, specialmente se veicolate dall'intelligenza artificiale, porterà necessariamente a una profonda rimeditazione di concetti che ci sembrano oggi acquisiti, tipici della civiltà giuridica della quale noi facciamo parte e di cui siamo gli ultimi rappresentanti.

In quanto studioso del diritto amministrativo, mi limito ad un solo esempio: in che modo, alla luce di quali parametri e di quali indici di riconoscimento e di qualificazione ragioneremo attorno al concetto di potere discrezionale?

Come ha scritto il poeta: *Ai posteri l'ardua sentenza.*

Per una cultura amministrativa di controllo dell'intelligenza artificiale

di Roberto Cavallo Perin

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino

Cosa ci ha fatto capire che l'intelligenza artificiale può dare buoni frutti anche nei confronti della Pubblica Amministrazione: questi strumenti riescono, anche in modo non totalmente comprensibile, a simulare i risultati del pensiero umano, in alcuni casi potendo correggere le scelte umane, grazie all'intervento di supervisione di altri umani.

L'algoritmo non ragiona semplicemente perché ha deciso su base statistica di migliaia e migliaia di dati. Il percorso con cui le macchine raggiungono il risultato non è un ragionamento ma è semplicemente una ridondanza statistica molto alta grazie alle capacità di calcolo delle macchine che sono diventate molto elevate. Guardate le traduzioni linguistiche che possono giovare di tantissime traduzioni in varie lingue che, sulla base della contestualizzazione delle parole sui grandi numeri, sono in grado di produrre traduzioni di qualità medio-alta senza sapere assolutamente nulla della grammatica e della lingua di partenza, senza sapere assolutamente niente della grammatica e della lingua di destinazione.

Immaginate di prendere i permessi di costruire, le cila, le scia, rilasciati negli ultimi 15 anni da tutti i comuni italiani e che si possa trovare una ridondanza nella causa-effetto che consenta all'algoritmo di dire "a questi presupposti, la soluzione più evidente è la seguente".

Sono d'accordo con il Prof. Ferrara: è giusto essere scettici e l'unica cosa che possiamo fare è attrezzarci per cercare di essere intelligenti a nostra volta di fronte un'intelligenza che non ci appartiene, perché non è la nostra, pur producendo i risultati simili.

Quali problemi e quindi quali avvertenze noi dobbiamo cercare di sviluppare?

Il primo problema è (positivo o negativo a seconda di chi legge) è che se a ricostruire sono gli algoritmi, questo può portare a tendenziali eliminazioni di centri di autonomia (e di casualità), perché potresti scoprire che 8.000 comuni non producono affatto 8000 soluzioni differenti. Noi siamo abituati a pensare che il vizio di eccesso di potere in diritto amministrativo ci consenta un controllo di logicità ma queste macchine che ci potrebbero fare capire che non è affatto una scelta discrezionale, ma potremmo scoprire che invece a parità di casi concreti le scelte sono necessitate.

La seconda questione è definire quali sono gli standard giusti. Capire e discutere di quali sono i migliori standard di riferimento sarà oggetto di un grosso dibattito perché avremo una marea di dati su cui poter ragionare per poi decidere quali tenere e quali sopprimere riaprendo un dibattito politico-istituzionale non indifferente.

Qui la cosa altrettanto importante è come si formano gli algoritmi. C'è una fase cosiddetta di sperimentazione nella quale tu stai allenando l'algoritmo a non produrre risposte abnormi per le pregresse o incompresi decisioni umane.

Allenato l'algoritmo, questo ha la capacità di riprodurre il risultato umano che ricava dal data lake e le ultime ricerche dicono che sono

anche di tipo generativo e questo è quello che crea molta ansia. Cosa vuol dire di tipo generativo? Vuol dire che questi algoritmi riescono a scoprire cose nuove, mettendo in correlazione delle cose che magari per noi anche eticamente sono aberranti.

Potrebbero mettere in evidenza che effettuiamo scelte che razionalmente non siamo disposti a riconoscere come nostre. Quindi c'è un aspetto di verità e un aspetto di privacy, di mantenere una certa oscurità alle nostre decisioni, che sul piano individuale non è discutibile, mentre sul piano istituzionale è più complicato perché noi siamo abituati all'idea che questo non debba essere, che ogni decisione debba essere rappresentata, che si debba spiegare esattamente. Vi ricordo il caso Loomis negli Stati Uniti che ci ha mostrato che giudici americani - i casi che hanno definito il data lake - rivelano gravi preconcetti razziali.

Quindi la sperimentazione ci deve portare a valutare dove è il caso di andare più serenamente, dove invece è il caso di essere più prudenti. La tecnologia deve liberare l'uomo dalla fatica e quindi nell'andare a discriminare fra i livelli di rischio sarà bene scegliere quelli che ci portano molti vantaggi e che ci consentono di dedicare il nostro impegno personale a cose intellettualmente o socialmente più utili.

La terza criticità è che questa tecnologia sopprimerà posti di lavoro. Ma ne restituirà altri, ma non alle stesse persone.

C'è una fase transitoria che non è banale da gestire sul piano sociale e che andrà assunta a livello di governo.

Infine, una quarta questione che attiene alla necessità di valutare se procedere a una amnistia perché se tutti questi dati vengono messi nei computer e analizzati dall'intelligenza artificiale, potrebbe aprire - più o meno come con la scoperta delle impronte digitali - una serie di procedimenti disciplinari o penali su cui bisognerebbe mettere uno "scudo" verso il passato, perché diversamente potremmo avere a una resistenza verso l'arrivo di queste tecnologie.

Un problema serio che secondo me non è mai stato finora avanzato su cui bisognerebbe fare una riflessione.

Finita la sperimentazione si deve capire dai risultati e dai problemi che escono se è il caso di passare a una fase di implementazione. Procedimento per procedimento, servizio pubblico per servizio pubblico, occorre fare delle simulazioni per capire quali sono i problemi che dovrò affrontare. Solo dove questi problemi sono limitati dare “disco verde”; in altri casi soprassedere e sperimentare ancora o introdurre cautele. Questo secondo me impone il regolamento Ue sull'intelligenza artificiale.

L'art. 9 della Costituzione impone di promuovere la ricerca scientifica e tecnica (Flick) che assieme al successivo art. 33, co. I sulla libertà di scienza, mi pare che regga bene il fondamento costituzionale anche di quest'innovazione. Del regolamento Ue con tutte le sue fasi transitorie pone una serie di divieti assoluti nonché vari gradi di rischio su cui avviare le sperimentazioni.

Quanto alle sanzioni per violazione del Regolamento Ue si possono ipotizzare quelle amministrative pecuniarie che sono soggette al principio di legalità, o a quelle disciplinari che invece sono a più ampio spettro, non ultimo il risarcimento del danno, non importa ora se per fatto illecito o per inadempimento, come sembrerebbe nel caso di violazione dell'art. 18, co. 2°, l. n. 241 del 1990, cit. (artt. 1218, 1173, cod. civ.) che pone al centro il dovere di interconnessione tra banche dati delle pubbliche amministrazioni. I motori di ricerca e ora ancor più l'intelligenza artificiale mutano la modalità stessa con cui si formalizzano le istruttorie amministrative.

Il documento è stata la prova regina del procedimento, nel senso di atti scritti, che sono versati nel procedimento al fine di influire o giustificare la decisione procedimentale, sicché poteva dirsi implicita l'ammissibilità e la rilevanza del medesimo per quel procedimento.

Con i nuovi strumenti si sviluppa una capacità generale della pubblica amministrazione di raccogliere documenti ovunque collocati e comunque confezionati, anche per altri procedimenti, determinando un effetto di sistema che rende per la prima volta rilevante un giudizio di ammissibilità e rilevanza su ogni documento che viene introdotto nel procedimento, chiedendone conto della provenienza e del modo in cui si è pervenuti alla sua formazione.

Ciò comporta un aumento del contraddittorio sulla modalità di effettuare l'istruttoria e dovremmo abituarci all'idea che la documentazione, intesa in senso ampio, può non solo essere oggetto di una pluralità d'interpretazioni - essendo comunque un punto di vista di chi l'ha prodotto - ma essere preordinati per influire sui futuri procedimenti. Pensate al geometra o l'architetto che costruisce il progetto dando la rappresentazione dello Stato dei luoghi, che può essere falsificato in tempo reale da una ripresa di Google Earth, da una foto postata su internet, da un drone che è inviato per una ripresa aerea.

Nei servizi pubblici potremmo assistere alla generale imposizione di una cartella clinica digitale, consentendo con una password di passare da un medico all'altro, da un ospedale all'altro senza alcun documento da ritirare o depositare. Ora immaginate che un medico che debba trattare delle nostre patologie possa essere aiutato da un sistema di intelligenza artificiale che abbia conoscenza e possa avere rilevanza di tutte le patologie e degli effetti delle diagnosi e cure messe in atto in ogni parte del mondo: per età, per luogo in cui il malato si trova, per il tipo di istruzione che ha, per altre patologie associate, ecc., associando le risposte a seconda chi si debba assistere (età, istruzione, condizioni sociali e familiari, ecc.).

Un algoritmo è in grado di saper dislocare una diagnosi e una cura, quindi scegliere fra cure alternative. Se il malato non può venire in ospedale, verifica come e quando spostare un medico (costi ragionevoli) oppure se è possibile fruire della telemedicina con

diagnosi *prima facie*, interlocuzioni a distanza, corredate dai dati raccolti sull'assistito e sull'andamento di una patologia.

Immaginate di poter sapere che hai un tipo di malattia che, all'età in cui ti trovi, segna un certo andamento probabilistico di bisogno di cure mediche che avrà certe caratteristiche negli anni a venire, che può contare su differenti centri di cura collocati in determinate zone del territorio, con diversi livelli di professionalità, che consentono all'interessato di ragionare sulle sue scelte future, con un'evoluzione significativa di ciò che oggi chiamiamo "consenso informato".

Dal lato dell'organizzazione sanitaria possiamo ipotizzare una programmazione dell'attività di diagnosi e cura in un determinato territorio, in ragione dell'andamento probabilistico dei bisogni di cura nel medesimo e dei fattori di produzione che in esso sono o saranno presenti. Una programmazione sanitaria molto diversa da quella cui siamo abituati, poiché si va a modificare in ragione delle disponibilità che hai e avrai realisticamente, o probabilisticamente.

Analogamente per i servizi di trasporto locale. Immaginate di avere a disposizione i flussi di mobilità in un territorio, quante e che tipo di persone si spostano, con quale periodicità giornaliera, settimanale, mensile, annuale, in quali orari.

Immaginate di potere vedere i cambiamenti di flusso, in ragione delle scelte istantanee che vengono fatte – come in borsa – che rendo visibile non solo l'andamento ma anche le probabili ragioni che le determinano. Immaginate che il gestore di pubblico servizio accrediti un servizio tipo Bla Bla Car cominci valorizzi la possibilità di autorganizzazione degli utenti diventando significativa, secondo un modulo che nega la tradizionale contrapposizione tra produttore e utente, che ha dominato tutto il XX secolo.

Immaginate di collegare il sistema della mobilità con il servizio semaforico e con i sensi unici di viabilità (a Rio de Janeiro, l'Avenida

Atlantica è in certe ore del mattino riservata al senso di marcia in entrata al centro cittadino, con raddoppio della capacità di flusso).

Immaginate di avere un sistema informativo che prevede una prenotazione nell'entrata ai centri cittadini (come per i treni ad alta velocità) in ragione della capienza di talune arterie principali e della definizione della capacità delle medesime in ragione della mutazione dei sensi di marcia. Una prospettiva che mette in crisi – poco male – la distinzione concettuale fra polizia amministrativa e servizio pubblico elaborata nel XX secolo, ma non è tutto.

In un mondo di questo tipo diventa meno netta la distinzione tra essere e predeterminazione del dover essere, perché il dover essere è sempre più l'andamento che si definisce in ragione dei comportamenti di una pluralità di persone, che possiamo *predire* in senso probabilistico. Si tratta di un affievolimento della certezza del diritto come definizione ex ante di una norma generale e astratta, rafforzando la definizione del diritto obiettivo come effettività.

Ciò che si può affermare è che la tecnologia consente di svelare i comportamenti che assurgono a ordinamenti rivelando gli andamenti istituzionali delle organizzazioni, che ci riporta all'idea che c'è un limite che è esterno alla scelta di ciascuno di noi, poiché ogni flusso ha limiti oggettivi oltre i quali non si può forzare il sistema. Si tratta di limiti non predefiniti in norma generale e astratta ma di limiti che sono altrettanto, forse più resistenti, di una norma costituzionale.

Tutto ciò necessita però di buone sperimentazioni atte a selezionare nel tempo alcune attenzioni, avvertenze, alcuni alert, rispetto ai quali l'amministrazione deve saper intervenire tempestivamente per evitare di creare situazioni critiche, cioè situazioni che poi non si è in grado di frenare, poiché le organizzazioni che si impongono creano diritto (principio di effettività).

Questo credo siano le cose su cui ognuno di noi potrà dare contributi enormi in futuro perché vuol dire vedere la realtà in un mondo

completamente non diverso perché la realtà è diversa ma perché è un po' come per Galileo dopo avere inventato il cannocchiale: ha scoperto un altro universo, non nel senso che non ci fosse, ma nel senso che non si era in grado di percepirlo, ma una volta scoperto, il nostro mondo, il nostro modo di pensare, cioè noi, non siamo più gli stessi.

Questo credo che sia la sfida cui siamo chiamati.

Il conflitto tra fonti interne e fonti dell'Unione europea e il ruolo dei giudici

di Matteo Losana

Professore associato di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Torino

Con questo mio intervento proverò a darvi un quadro del rapporto che oggi intercorre tra le fonti del nostro ordinamento e quelle dell'ordinamento dell'Unione europea, soprattutto sul versante della tutela dei diritti fondamentali. La necessità di “mettere a sistema” (e dunque far convivere) le fonti interne con quelle dell'Unione europea discende di una formidabile esigenza pratica: chiunque abbia a che fare con il diritto può facilmente rendersi conto che per individuare la disciplina normativa di una qualsivoglia materia è – molto spesso – necessario scegliere tra una moltitudine di norme, tutte potenzialmente capaci di regolare quella materia. Insomma, bisogna necessariamente risolvere quelle che i giuristi chiamano *antinomie* tra norme giuridiche diverse, per giungere a individuare la regola applicabile al caso concreto. E molto spesso (si potrebbe anche dire sempre più spesso)

l'antinomia che deve essere risolta coinvolge norme appartenenti all'ordinamento giuridico dell'Unione europea. L'ampliamento delle competenze dell'Unione nel corso del tempo, interpretazioni estensive delle competenze attribuite all'Unione da parte della Corte di Giustizia (il giudice naturale dell'ordinamento dell'Unione europea) hanno infatti reso il conflitto tra fonti interne e fonti dell'Unione un'ipotesi sempre meno residuale e sempre più fisiologica. Ecco dunque la necessità, avvertita soprattutto dai pratici del diritto (avvocati e magistrati, innanzitutto, ma anche pubbliche amministrazioni o privati cittadini che vogliano conoscere la disciplina di una determinata materia) di avere un corredo, sufficientemente chiaro, di criteri pratici di giudizio che aiutino a risolvere le antinomie, facendo emergere la regola del caso concreto. Peraltro, dietro questo straordinario problema pratico, si nascondono questioni di ordine teorico di un certo spessore, che riflettono il modo in cui, nel corso del tempo, si sono consolidati i rapporti tra il nostro ordinamento e quello dell'Unione europea.

Partiamo col dire una cosa molto semplice: l'Unione Europea è tante cose, ma dal punto di vista che ci riguarda, essa è innanzitutto un'organizzazione sovranazionale che, attraverso proprie Istituzioni, è capace di produrre (nel tempo) diritto. Questa è la più immediata e significativa differenza rispetto alle altre – e più tradizionali – organizzazioni internazionali. Le procedure attraverso le quali l'Unione europea produce diritto sono piuttosto complesse e coinvolgono Istituzioni diverse (Commissione, Consiglio e Parlamento). Semplificando al massimo, possiamo dire che due sono le tipologie fondamentali di fonti dell'Unione: quelle direttamente applicabili (come i regolamenti) oppure dotate di effetto diretto (come talune direttive *self-executive*) e quelle non direttamente applicabili. Le prime producono immediatamente effetti giuridici in tutti gli ordinamenti nazionali, senza la necessità (anzi, talvolta è esplicitamente vietato) che gli Stati membri recepiscano, con proprie fonti, il contenuto di quegli atti. Attraverso queste fonti si raggiunge, come è evidente, un livello molto intenso di integrazione, dal momento

che la fonte dell'Unione, una volta prodotta ed entrata in vigore, entrerà direttamente e contestualmente in tutti gli ordinamenti nazionali (come se fosse una legge dello Stato). Le seconde (le fonti non direttamente applicabili) sono invece fonti, almeno per certi versi, più tradizionali e meno "invasive", per così dire, della sovranità nazionale. Si tratta, più in particolare, di quelle fonti dell'Unione (come le tradizionali direttive) che si rivolgono innanzitutto agli Stati membri, ponendo obiettivi da raggiungere e lasciando ai medesimi, tramite specifici atti interni di recepimento, la scelta dei mezzi attraverso cui raggiungere quegli obiettivi. Richiedendo fonti interne, più o meno vincolate, di attuazione, queste fonti dell'Unione non pongono, almeno sul versante strettamente applicativo, particolari questioni. Sono invece le prime (quelle direttamente applicabili o dotate di effetti diretti) a richiedere quel corredo di criteri pratici di giudizio ai quali si è fatto precedentemente cenno. Ed è su queste che concentrerò, d'ora in avanti, l'attenzione.

Mettiamo a fuoco un primo punto: nel nostro ordinamento, il legislatore si è sempre limitato a dare esecuzione ai Trattati istitutivi - quei trattati che hanno dato origine al processo di integrazione europea - e poi a tutti i successivi trattati che, nel corso del tempo, li hanno modificati, senza peraltro mai intervenire sul versante dei criteri pratici di giudizio, utili a risolvere le antinomie tra fonti interne e fonti dell'Unione europea¹. Su questo versante, i giudici - spinti dall'urgenza di trovare soluzioni a un problema pratico, come detto, sempre più impellente - hanno dovuto fare da soli. Pertanto, nel nostro ordinamento, la costruzione di quel corredo di criteri pratici di giudizio è stata (e continua a essere) una vicenda essenzialmente

¹ Altri Stati membri hanno adottato soluzioni diverse: pensiamo - ad esempio - alla Francia, dove la questione è stata risolta addirittura con legge costituzionale che ha introdotto la priorità della questione costituzionale rispetto alla questione di compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea.

giurisprudenziale. Una vicenda che ha coinvolto: i giudici comuni (coloro che devono, in prima battuta, risolvere l'antinomia tra fonti interne e fonti dell'Unione europea), la Corte costituzionale (la Corte alla quale i giudici comuni possono rivolgersi quando hanno il dubbio che una legge interna sia in contrasto con la Costituzione) e la Corte di Giustizia (come detto, il "giudice naturale" delle fonti dell'Unione, al quale i giudici nazionali possono rivolgersi quando hanno un dubbio in merito all'interpretazione oppure alla validità di una fonte dell'Unione europea). Questa vicenda giurisprudenziale, complessivamente considerata, è nota come "cammino comunitario" della nostra Corte costituzionale e ha visto un progressivo avvicinamento delle soluzioni elaborate dalla nostra Corte alle posizioni assunte dalla Corte di Giustizia (tradizionalmente incline a favorire la massima efficacia possibile delle fonti dell'Unione negli ordinamenti nazionali). Il punto d'arrivo di questa vicenda giurisprudenziale è stato – almeno per un trentennio – il c.d. "schema Granital" dal nome della sentenza della Corte costituzionale (la n. 170 del 1984) che lo ha delineato. Si tratta di una sentenza che contiene un vero e proprio *vademecum* di criteri pratici rivolti agli operatori del diritto (e ai giudici in particolare) per risolvere le antinomie di cui ci stiamo occupando. Lo "schema Granital" delinea – sul piano pratico – un quadro piuttosto semplice, ma con significative implicazioni sul versante ordinamentale: nel caso di antinomia tra una norma interna e una norma dell'Unione europea direttamente applicabile o dotata di effetto diretto, a prevalere è la norma dell'Unione che si deve applicare al caso concreto, mentre la contrastante norma interna non deve essere più applicata. Per intenderne la portata pratica è sufficiente un semplice esempio: se un giudice deve risolvere un'antinomia tra una fonte interna che darebbe ragione all'attore e una fonte dell'Unione che darebbe invece ragione al convenuto, applicando lo "schema Granital" egli deve dare ragione al convenuto, dichiarando soccombente l'attore. Niente di più immediato e concreto. C'è poi, come detto, anche un relevantissimo risvolto ordinamentale. Di norma, il giudice è soggetto soltanto alla legge e a questa non può mai ribellarsi. Nel caso ritenga

incostituzionale la legge che deve applicare non può certo scartarla, ma deve rivolgersi alla Corte costituzionale: l'unico giudice che, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle leggi, può sciogliere tutti gli altri giudici dall'obbligo di applicare leggi contrarie alla Costituzione. Applicando lo "schema Granital", il giudice può invece ribellarsi direttamente alla legge contraria al diritto dell'Unione europea, senza rivolgersi alla Corte costituzionale. Al tradizionale sindacato "accentrato" della Corte costituzionale sulla compatibilità delle nostre leggi con la Costituzione leggi si affianca – ecco il punto – un nuovo e, almeno per certi versi, formidabile controllo "diffuso" di tutti i giudici sulla compatibilità delle nostre leggi con l'ordinamento dell'Unione europea. Un controllo "diffuso" che tende, per forza di cose, a relegare la Corte costituzionale nel ruolo di spettatrice (seppur interessata).

Lo "schema Granital" è completato da altre due regole pratiche, anch'esse elaborate dalla nostra Corte costituzionale. La prima è una regola con la quale la Corte cerca, in qualche modo, di riservarsi un ruolo – pur eccezionale – nella soluzione delle antinomie tra le fonti interne e quelle dell'Unione europea, almeno per quanto riguarda le antinomie costituzionalmente più profonde e significative. Si tratta della dottrina dei controlimiti: una dottrina, peraltro elaborata anche da altre Corti costituzionali nazionali, che intercetta l'idea che le fonti dell'Unione europea, pur direttamente applicabili o dotate di effetti diretti, non possano mai ledere i principi supremi e i diritti inviolabili sanciti dalle Costituzioni nazionali. Per quanto ci riguarda, sarebbe infatti inammissibile consentire alle fonti dell'Unione di fare ciò che neanche il nostro potere di revisione costituzionale può fare (sovertire, per vie legali, il nucleo duro di principi e di valori sui quali la nostra Costituzione si fonda). Ecco allora la regola pratica: nel caso – senz'altro improbabile ma, come dice la giurisprudenza costituzionale, non impossibile – in cui il "tono" dell'antinomia tra fonti interne e fonti dell'Unione (anche direttamente applicabili o dotate di effetti diretti) fosse tale da coinvolgere i principi supremi del nostro ordinamento

costituzionale, il giudice dovrebbe rivolgersi alla Corte costituzionale che, accertato il contrasto, dovrebbe impedire l'efficacia interna di una fonte dell'Unione così "aggressiva". E non potendo colpire con le proprie sentenze le fonti di un altro ordinamento, la nostra Corte ha elaborato un articolato stratagemma per ottenere un risultato tutto sommato analogo: dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge interna di esecuzione dei Trattati nella parte cui consente l'efficacia interna della fonte dell'Unione contraria al nocciolo duro e inviolabile della nostra Costituzione (attraverso quella che si potrebbe definire una vera e propria sentenza interpretativa di accoglimento). Lo stratagemma è senz'altro complesso e l'applicazione in concreto dei controlimiti (al di là delle sue implicazioni politiche) piuttosto macchinosa, ma il principio implicito nella medesima dottrina è invece piuttosto chiaro: affermare, almeno sulla carta, la superiorità dei tratti costituzionali irrinunciabili su tutto il diritto dell'Unione europea, attribuendo – tra l'altro – la garanzia di questo nucleo duro alla giurisdizione costituzionale.

La seconda regola pratica elaborata dalla nostra Corte a completamento dello "schema Granital" riguarda lo strumento che permette ai giudici nazionali di interloquire direttamente con la Corte di Giustizia. Qualora i giudici nazionali abbiano un dubbio riguardante l'interpretazione oppure la validità della disposizione dell'Unione europea che dovrebbero applicare in giudizio possono (debbono se giudici di ultima istanza) chiedere direttamente alla Corte di giustizia, tramite *rinvio pregiudiziale*, di risolvere il loro dubbio. La funzione dello strumento appare evidente: garantire, tramite l'intervento del giudice sovranazionale, la corretta e uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea in tutti gli Stati membri. Per lungo tempo, la nostra Corte costituzionale si è sottratta al dialogo diretto con la Corte di Giustizia, lasciando così lo strumento del rinvio pregiudiziale nelle mani dei giudici comuni. Diverse le ragioni, alcune tecniche altre più politiche, a sostegno di questa scelta: innanzitutto, il prolungato rifiuto (peraltro poi superato) della nostra Corte costituzionale a considerarsi

“giurisdizione nazionale”, legittimata a utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale; in secondo luogo, l’idea che il rinvio pregiudiziale – potendo incidere sull’applicabilità in giudizio della norma interna confliggente con la norma dell’Unione europea – rappresentasse un antecedente logico della successiva questione di legittimità costituzionale²; infine, l’idea che se la Corte si fosse “aperta” al rinvio pregiudiziale si sarebbe poi trovata nella posizione di dover accettare, in una condizione di subordinazione e di limitata autonomia, la decisione della Corte di Giustizia (insomma una ragione, quest’ultima, anche di prestigio).

Il quadro di regole pratiche appena descritto ha retto, senza grossi scossoni, per circa trent’anni, sul presupposto che l’Unione europea con le sue competenze, tutto sommato delimitate, non interferisse eccessivamente con le caratteristiche costituzionali fondamentali degli

² L’idea per lungo accolta dalla nostra Corte costituzionale era, in buona sostanza, la seguente. Poniamo il caso che il giudice comune ritenga che la legge interna applicabile in giudizio contrasti sia con la Costituzione, sia con una disposizione dell’Unione europea, dando vita a una di quelle ipotesi che la dottrina ha definito di “doppia pregiudizialità”. In questo caso, attraverso il rinvio pregiudiziale, il giudice comune accerta non solo il corretto significato della disposizione sovranazionale, ma anche l’applicabilità in concreto della norma interna: infatti, se la Corte di giustizia dovesse accertare l’effetto diretto della disposizione dell’Unione, il giudice non sarebbe più tenuto ad applicare la norma interna ma dovrebbe – secondo il richiamato “schema Granital” – applicare direttamente quella sovranazionale. E posto che, nel nostro ordinamento, il giudice può sollevare questioni di legittimità costituzionale solamente su norme che deve applicare in giudizio (norme, dunque, rilevanti per la soluzione della controversia), ecco spiegata la ragione per la quale il preliminare accertamento del significato della disposizione sovranazionale, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, si pone come vero e proprio passaggio obbligato per accedere alla Corte costituzionale. In difetto di questo passaggio, si correrebbe infatti il rischio che la Corte si pronunci su norme interne che il giudice, all’esito di un più attento confronto con il diritto dell’Unione, non dovrebbe invero applicare. Ipotesi, questa, non facilmente conciliabile con la concretezza del nostro meccanismo incidentale di instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi.

Stati membri. In particolare, non interferisse con la *tutela dei diritti fondamentali*, ritenuta dalle Corti costituzionali degli (soprattutto di alcuni) Stati membri l'ambito che, più di ogni altro, deve rimanere presidiato e garantito dalla Costituzioni nazionali. Nel corso del tempo, questo presupposto si è progressivamente indebolito (di nuovo, soprattutto alcune) Corti costituzionali nazionali hanno cominciato a guardare con preoccupazione al ruolo sempre più incisivo dell'Unione e della Corte di giustizia nella tutela dei diritti fondamentali. D'altra parte, che l'Unione europea abbia nel corso degli anni acquisito, proprio sul terreno della tutela dei diritti fondamentali, competenze originariamente sconosciute è un dato difficilmente contestabile. In un primo momento, è la Corte di Giustizia a farsi interprete dell'esigenza di proteggere i diritti fondamentali anche dentro l'ordinamento dell'Unione europea, elaborando in via pretoria un vero e proprio catalogo di diritti e principi fondamentali di cui essa stessa si è ritenuta garante (anche al fine di scongiurare l'attivazione, sul versante nazionale, della dottrina dei controllimiti). In un secondo momento, quest'esigenza esce dal perimetro giurisprudenziale e diventa anche politica: si consolida così l'idea che sia giunto il momento di dare una legittimazione a quella pionieristica giurisprudenza della Corte di Giustizia, redigendo un autonomo e aggiornato catalogo di diritti da porre a fondamento dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. È in questa prospettiva che viene redatta la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, solennemente proclamata a Nizza (per questa ragione un tempo comunemente chiamata anche Carta di Nizza) nel dicembre del 2000. Originariamente pensata come Parte II del progetto del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, la Carta – dopo il fallimento di quel progetto³ – è comunque stata introdotta nell'ambiente giuridico dei

³ Il *Trattato che adotta una costituzione per l'Europa* venne firmato a Roma dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri nell'ottobre del 2004. Il procedimento di ratifica del Trattato da parte degli Stati membri si è interrotto in conseguenza dell'esito negativo dei referendum svolti in Francia e in Olanda nel 2005, in occasione dei procedimenti interni di ratifica.

Trattati: l'odierna versione dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) – così come modificato, nel 2007, dal Trattato di Lisbona – attribuisce infatti alla Carta il «medesimo valore giuridico dei trattati». D'ora in poi, anche l'Unione europea dispone, dunque, di un proprio catalogo di diritti fondamentali che – almeno per ampiezza, meno per quanto riguarda il rigore delle tecniche redazionali utilizzate⁴ – ambisce a tutelare molte delle posizioni giuridiche soggettive già protette dalle Costituzioni nazionali (sia sul versante dei tradizionali diritti di libertà, sia su quello – sempre molto controverso - dei diritti sociali).

Con il conferimento alla Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati, la nostra Corte costituzionale percepisce come sempre più concreto un rischio ritenuto, almeno fino a quel momento, tollerabile. Il rischio che i giudici comuni, “prendendo davvero sul serio” il rinvio alla Carta contenuto nei Trattati, cominciassero a trattare le norme contenute in quel documento alla stregua di tutte le altre norme sovranazionali: norme che, se dotate di effetti diretti, sono in grado di prevalere sulle confliggenti norme interne (attraverso il consolidato modello della non applicazione della norma interna) e di essere immediatamente spese in giudizio per la soluzione di casi concreti. E l'utilizzo sempre più disinvolto dei diritti sanciti dalla Carta da parte dei giudici comuni

⁴ Se da un punto di vista dei diritti garantiti, la Carta è parsa, tutto sommato, sovrapponibile alle Costituzioni, anche quelle più avanzate, degli Stati membri, la tecnica redazionale con la quale sono stati riconosciuti taluni diritti (soprattutto quelli sociali, elencati nel Capo IV, dedicato alla *Solidarietà*) è parsa decisamente meno stringente rispetto a quella comunemente utilizzata dai testi costituzionali nazionali. Nella Carta, infatti, i diritti sono spesso riconosciuti «secondo le modalità» (è questa la clausola che – di norma – accompagna il riconoscimento del diritto) già definite non solo dal diritto dell'Unione, ma anche dalle legislazioni e dalle prassi nazionali. Insomma, se l'ambizione delle Costituzioni nazionali del secondo dopoguerra è trasformare la realtà, elevando i livelli di protezione (soprattutto dei soggetti svantaggiati), quella della Carta sembra invece un'ambizione decisamente più modesta, tesa – più che altro - a scongiurare drastiche riduzioni dei livelli di protezione già realizzati. Nulla di più.

avrebbe avuto, come possibile conseguenza, lo spostamento del baricentro della tutela dei diritti fondamentali dalla giurisdizione costituzionale a quella dei giudici comuni. Un esempio può aiutare a comprendere meglio il punto: dinnanzi a una legge interna contrastante sia con un diritto costituzionalmente garantito, sia con l'analogo diritto sancito dalla Carta (nell'ipotesi, dunque, di una doppia pregiudizialità costituzionalmente rilevante), il giudice comune – invece di rivolgersi alla Corte costituzionale – ben potrebbe dare precedenza alla Carta, applicare direttamente in giudizio il diritto dalla medesima sancito e non applicare la confliggente norma interna. Insomma, passando per la Carta invece che per la Costituzione – questo è il punto – il giudice potrebbe dare immediata tutela al diritto fondamentale violato scavalcando, di fatto, la Corte costituzionale. E questo scavalcamento avverrebbe non con riguardo a una comune e fisiologica antinomia tra fonti interne e fonti dell'Unione europea, bensì proprio sul delicatissimo terreno della tutela dei diritti fondamentali, tradizionalmente presidiato dalle Costituzioni nazionali e dalle rispettive Corti costituzionali.

Proprio al fine di scongiurare il rischio tratteggiato, la Corte costituzionale – con una celebre sentenza, la n. 269 del 2017 – ha provato a recuperare un ruolo più incisivo nella risoluzione delle antinomie tra fonti interne e fonti dell'Unione europea, temperando il rischio di un'indiscriminata estensione dello “schema Granital” anche ai diritti sanciti dalla Carta. Nel caso in cui il giudice comune si trovi dinnanzi a una legge interna che contrasti, al contempo, sia con un diritto tutelato dalla nostra Costituzione, sia con l'analogo diritto tutelato dalla Carta (nel caso, dunque, di doppia pregiudizialità costituzionalmente rilevante), il giudice – ecco il cuore della sentenza – dovrebbe *dare precedenza* al giudizio di costituzionalità, impugnando la legge interna per violazione della Costituzione e della Carta (la quale, per il tramite dell'art. 11 e dell'art. 117, prima comma, della nostra Costituzione godrebbe oramai di una specifica copertura costituzionale). Si tratta di un invito, piuttosto esplicito, rivolto ai

giudici comuni a non dare seguito al consolidato modello “Granital” ogniqualvolta il conflitto tra ordinamenti coinvolga diritti in qualche modo protetti dalla Carta. Dal punto di vista dei criteri pratici di giudizio, verrebbe così a delinearsi un vero e proprio doppio binario: da un lato, i conflitti costituzionalmente rilevanti che – proprio per il loro “tono costituzionale”⁵ – andrebbero risolti dalla Corte costituzionale (le cui sentenze di accoglimento hanno, come noto, efficacia *erga omnes*); dall’altro lato, le comuni antinomie tra fonti interne e fonti dell’Unione europea che – non coinvolgendo diritti fondamentali – rimarrebbero invece affidate, secondo il consolidato “schema Granital”, alla giurisdizione dei giudici comuni (le cui sentenze producono, come noto, effetti solamente *inter partes*).

La svolta tentata dalla nostra Corte con la sentenza in commento non era, peraltro, facilmente armonizzabile con la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito ai rapporti tra l’ordinamento dell’Unione e quelli nazionali. Sin dalla sua giurisprudenza più risalente, il giudice sovranazionale ha sempre cercato di valorizzare i principi del *primato* del diritto dell’Unione su quello degli Stati membri e dell’*effetto diretto* delle norme dell’Unione negli ordinamenti nazionali, quasi si trattasse di condizioni che permettono la pensabilità stessa dell’ordinamento sovranazionale. Pertanto, la Corte di Giustizia ha sempre guardato con sospetto alla presenza, negli ordinamenti nazionali, di ostacoli alla piena e immediata realizzazione di quei principi. In questa prospettiva, anche il giudizio di legittimità costituzionale può rappresentare un ostacolo, sterilizzando (almeno per la durata del giudizio di costituzionalità) l’efficacia interna della norma sovranazionale. Forse anche per scongiurare possibili attriti con la Corte di Giustizia, la nostra Corte costituzionale ha quindi deciso di meglio precisare la svolta del 2017, stemperandone, in qualche modo, il rigore. Con alcune decisioni del

⁵ Di “tono costituzionale” della questione parla esplicitamente la Corte costituzionale nella sentenza n. 181 del 2024, punto n. 6.3. del *Considerato in diritto*.

2019, la nostra Corte è infatti tornata, almeno in parte, sui propri passi, attribuendo al giudice comune *il compito di scegliere* - nel caso di “doppia pregiudizialità” costituzionalmente rilevante - quale questione privilegiare: se quella di costituzionalità (rivolgendosi, in prima battuta, alla Corte costituzionale), oppure quella di compatibilità con il diritto dell’Unione (non dando applicazione alla legge interna o, ricorrendone i presupposti, rivolgendosi direttamente, tramite rinvio pregiudiziale, alla Corte di Giustizia). L’idea abbracciata dalla Corte non è più dare un qualche ordine processuale alle questioni (cosa che, seppur in direzione diversa, sia la sentenza “Granital”, sia la sentenza n. 269 del 2017 avevano provato a fare), bensì valorizzare le virtù del «concorso [aperto] tra giurisdizioni», ritenuto lo strumento migliore per arricchire, senza preclusioni, «gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali», assicurando «la massima salvaguardia dei diritti a livello sistematico»⁶. Sintetizzando si potrebbe, forse, dire così: nell’interesse del diritto fondamentale evocato in giudizio e della sua massima tutela, è il giudice comune a scegliere la strada migliore. Nei tre concetti esplicitamente richiamati dalla Corte per temperare il precedente rigore («concorso di giurisdizioni», «esclusione di preclusioni» e «massimizzazione della tutela») è forse possibile ritracciare, almeno in controluce, alcune delle suggestioni tipiche del c.d. costituzionalismo multilivello⁷.

Quello appena tratteggiato - che potremmo definire lo stato dell’arte in tema di antinomie tra ordinamenti - è dunque un modello processuale decisamente aperto, che permette la soluzione della

⁶ Le espressioni riportate nel testo sono tratte dalle sentenze n. 20, punto n. 2.3. del *Considerato in diritto*, e n. 117, punto n. 2 del *Considerato in diritto*, del 2019.

⁷ Il riferimento è all’idea - oggi molto diffusa - che la tutela dei diritti fondamentali debba collocarsi in una dimensione sempre più ampia, capace di abbracciare non solo l’orizzonte rigorosamente costituzionale, ma anche quello sovranazionale e internazionale. Una prospettiva che, per quanto concerne la garanzia dei diritti fondamentali, finisce spesso per esaltare il ruolo delle giurisdizioni (nazionali, sovranazionali e internazionali) rispetto a quello degli organi politici.

medesima questione di diritto attraverso tre diversi meccanismi processuali e altrettante giurisdizioni: (i) il *rinvio pregiudiziale* alla Corte di Giustizia; (ii) la *non applicazione* della norma interna da parte del giudice comune; (iii) l'instaurazione del *giudizio di legittimità* dinanzi alla Corte costituzionale. Un ventaglio di soluzioni processuali davvero molto, forse troppo, ampio, non facilmente conciliabile, almeno a prima vista, con altri principi costituzionali (come il principio del giudice naturale precostituito per legge) posti a garanzia della stessa funzione giurisdizionale. In un ordinamento pluralista che protegge molteplici, spesso confliggenti, diritti fondamentali, la legittimazione dei giudici non può reggersi esclusivamente sul contenuto della decisione: la pronuncia che offre garanzia a un diritto, *massimizzandone*, nel caso concreto, la tutela è molto spesso una decisione che, sempre in quella circostanza, *limita* un altro e confliggente diritto. Di norma, tutelare un diritto significa infatti accontentare qualcuno, scontentando altri. Ecco perché rinunciare alle garanzie oggettive dei diritti fondamentali – quelle che, incidendo sul funzionamento complessivo dell'attività giurisdizionale, consolidano l'idea che i giudici agiscano sempre *secondo* (e mai fuori dal) diritto – potrebbe risultare un azzardo. Anziché giovare alla causa dei diritti, un quadro processuale confuso e poco rigoroso rischia, dunque, di nuocere alla singola decisione giurisdizionale, esponendola alla critica forse più odiosa: quella di essere una decisione arbitraria (se non addirittura “abnorme”), oppure frutto di un pregiudizio politico. I diritti si proteggono, come tante volte si è detto, non solo *nel processo*, ma anche tramite *un processo* che possa davvero definirsi tale.

Per approfondire

C. Pinelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, il Mulino, Bologna, 2002

J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, trad. It. *La Costituzione europea*, il Mulino, Bologna, 2003

G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2003, con contributi di D. Grimm, J.H.H. Weiler, I.P. Pernice e F. Mayer, U. Morelli, J. Habermas, S. Dellavalle, M. Comba, E. Grosso, O. De Schutter, J. Luther, L. Favoreu, U. De Siervo e A. von Bogdandy

Rapporti tra ordinamenti e obblighi dei giudici nazionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia¹

di Alberto Miglio

Professore associato di Diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Torino

1. Introduzione

La lezione del prof. Losana ha offerto una puntuale e attenta ricostruzione dei rapporti tra ordinamenti e tra corti a partire dalla prospettiva dell'ordinamento italiano e della nostra Corte costituzionale. Vorrei integrare la sua presentazione con uno sguardo,

¹ La presente pubblicazione rientra nel PRIN 2022 Rediscovering European Integration through Legal Storytelling (REILS), finanziato dall'Unione europea - Next Generation EU, Missione 4, Componente C2, Investimento 1.1, CUP: E53D2300662 0006.

Il testo è aggiornato al 16 maggio 2025.

per così dire, dell'altro lato della collina, prendendo in esame il modo in cui gli stessi problemi sono stati affrontati nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Il tema è complesso e non è dunque possibile trattarlo in modo esaustivo in questa sede: mi limiterò quindi a una panoramica sintetica, tralasciando molti aspetti di dettaglio, per i quali rinvio alle letture di approfondimento consigliate.

Premessa una breve introduzione sul cd. principio del primato, che costituisce il cardine dei rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamenti interni degli Stati membri e secondo il quale il diritto dell'Unione prevale sul diritto interno (statale), concentrerò l'attenzione su tre profili: 1) il tema dei controllimiti, ossia se l'ordinamento dell'Unione europea accetti riserve di ordine costituzionale alla prevalenza del diritto sovranazionale (dell'Unione) sulle norme interne; 2) l'esistenza di obblighi imposti direttamente in capo ai giudici nazionali e, in particolare, il problema se il diritto di uno Stato membro possa condizionare il potere-dovere degli organi giurisdizionali nazionali di disapplicare le norme interne contrastanti con norme dell'ordinamento dell'Unione provviste di efficacia diretta; 3) le implicazioni per gli Stati membri e, in particolare, per i giudici nazionali, della recente giurisprudenza della Corte di giustizia sui valori dell'Unione europea. Affronterò questi temi a partire da alcune pronunce, più e meno recenti, della Corte di giustizia, ricorrendo, per quanto possibile, alle parole della Corte.

A chi non abbia grande familiarità con il diritto dell'Unione europea può apparire singolare che un fondamentale problema di carattere costituzionale come la definizione dei rapporti tra l'ordinamento sovranazionale e gli ordinamenti interni degli Stati membri, incluse le relative norme costituzionali, non trovi una disciplina espressa nei Trattati (il Trattato sull'Unione europea, TUE, e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, TFUE) che costituiscono le fonti di vertice – la costituzione, potremmo dire – dell'ordinamento dell'Unione, e sia invece stato lasciato all'elaborazione

giurisprudenziale. Questa circostanza costituisce, per certi versi, una peculiarità del processo di integrazione europea, che ne riflette lo sviluppo storico e si spiega alla luce di alcune sue caratteristiche strutturali.

In primo luogo, l'integrazione europea è un processo intrapreso da un gruppo di Stati mediante lo strumento classico della cooperazione internazionale, ossia la conclusione di trattati internazionali. L'obiettivo perseguito da questo processo è però diverso dagli obiettivi tradizionali della cooperazione internazionale: è, secondo la formula impiegata nell'art. 1 TUE, la "creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa". In funzione di questo obiettivo gli Stati membri hanno progressivamente limitato la propria sovranità, spogliandosi di competenze – anche relative ad attributi essenziali del potere pubblico, come il potere di battere moneta – in favore di istituzioni sovranazionali. L'integrazione europea pone quindi in discussione l'esclusività della sovranità statale². Le peculiarità alle quali il prof. Losana ha accennato introducendo il tema degli effetti delle fonti dell'ordinamento europeo sono un riflesso di questa dinamica. Ora, la tensione tra metodo internazionalistico e ideale obiettivo federale è presente fin dalle origini del processo di integrazione europea. Emerge con evidenza nel testo della Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, che ha messo in moto quel processo: la proposta di istituire un'organizzazione per la gestione collettiva della produzione del carbone e dell'acciaio – la Comunità europea del carbone e dell'acciaio che sarebbe stata istituita l'anno seguente – vi è descritta come "il primo nucleo concreto di una Federazione europea indispensabile al mantenimento della pace" (l'obiettivo federale), ma il metodo da seguire è indicato nella conclusione di "un trattato firmato tra gli Stati e sottoposto alla ratifica dei parlamenti" (il metodo internazionalistico)³. Questa tensione

² V. E. Cannizzaro, *La sovranità oltre lo Stato*, Il Mulino, Bologna, 2020.

³ Il testo integrale della dichiarazione Schuman è consultabile, insieme a una breve presentazione che ne illustra la genesi e il contenuto, alla pagina

spiega perché la dottrina e la giurisprudenza abbiano tentato, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, di ricostruire i rapporti tra quello che allora veniva chiamato diritto comunitario – oggi, il diritto dell’Unione europea – e gli ordinamenti degli Stati membri secondo schemi in parte innovativi.

In secondo luogo, nel processo di integrazione europea la giurisprudenza della Corte di giustizia ha spesso esercitato un ruolo propulsivo, agendo come vero e proprio “motore dell’integrazione”⁴, nella convinzione che il peso ideale degli obiettivi perseguiti da questo processo ponesse anche l’istituzione giudiziaria di fronte alla responsabilità di contribuirvi⁵. Per molti anni l’attività delle istituzioni politiche è stata tutto sommato modesta, in parte a causa delle procedure decisionali applicabili e in parte per ragioni politiche. In compenso, la Corte, nell’esercizio delle proprie funzioni e sotto la spinta dei giudici nazionali che le sottoponevano problemi di interpretazione del diritto comunitario, ha grandemente contribuito allo sviluppo del “diritto dell’integrazione”, come lo definì Pierre Pescatore, che in questo processo ebbe parte importante sia come studioso sia in qualità di membro della Corte di giustizia per quasi un ventennio⁶: lo ha fatto, in particolare, mediante l’elaborazione di principi generali, allo scopo di colmare le lacune e assicurare la coerenza dell’ordinamento comunitario, e definendo i rapporti tra diritto comunitario e diritto interno degli Stati membri. La dottrina ha da tempo messo in luce il carattere “trasformativo” e “costituzionale”

https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_it.

⁴ V., da ultimo, J. Kokott, *La Corte di giustizia dell’Unione europea come motore dell’integrazione*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2024, p. 417 ss.

⁵ V. V. Fritz, *Juges et avocats généraux de la Cour de Justice de l’Union européenne (1952–1972). Une approche biographique de l’histoire d’une révolution juridique*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2018.

⁶ P. Pescatore, *Le droit de l’intégration. Emergence d’un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l’expérience des Communautés européennes*, A.W. Sijthoff, Leiden/Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 1972.

di questa giurisprudenza degli anni Sessanta e Settanta, senza la quale l'Unione europea come la conosciamo oggi probabilmente non esisterebbe⁷.

In terzo luogo, ci si potrebbe chiedere perché il tema dei rapporti tra ordinamenti, non espressamente regolato nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE) del 1957, non abbia trovato più tardi una disciplina espressa nei Trattati in occasione di una delle successive revisioni. Ciò non è stato possibile perché la prevalenza assoluta del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri e, in particolare, sulle norme costituzionali interne è stata e continua a essere contestata. La codificazione del primato nel testo dei Trattati era peraltro prevista dal Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa (cd. Trattato costituzionale), concluso nel 2004 ma mai entrato in vigore. Nel Trattato di Lisbona, che ne ha ripreso in gran parte il contenuto, non è stata riprodotta la disposizione sul primato, ma al testo del Trattato è stata allegata una dichiarazione della Conferenza intergovernativa – una dichiarazione, dunque, condivisa dai governi di tutti gli Stati membri – in cui si ribadisce che, “per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza”⁸. Questa dichiarazione è stata intesa – anche dalla stessa Corte, come vedremo – come una conferma della piena accettazione del principio del primato da parte degli Stati membri. Eppure, paradossalmente, essa rinvia alla giurisprudenza come fonte della definizione dei rapporti tra ordinamenti.

⁷ E. Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *The American Journal of International Law*, 1981, p. 1 ss.; G.F. Mancini, *The Making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 1989, p. 595 ss.; J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2403 ss.

⁸ Dichiarazione n. 17 relativa al primato, allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007.

2. Il primato del diritto dell'Unione e le norme costituzionali interne degli Stati membri

Nella prospettiva dell'ordinamento sovranazionale, il cardine dei rapporti tra il diritto dell'Unione europea e il diritto degli Stati membri è, come detto, il principio del primato, secondo il quale il diritto dell'Unione prevale sul diritto statale. Si tratta di un principio di origine giurisprudenziale, elaborato dalla Corte di giustizia in una nota sentenza che risale alla prima metà degli anni Sessanta (*Costa c. ENEL*)⁹. La prevalenza del Trattato CEE sulle norme interne era in realtà già stata affermata dalla Corte in una pronuncia di qualche anno precedente, ma in forma sintetica e apodittica¹⁰. In *Costa c. ENEL*, la questione della definizione dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno era centrale perché sulla stessa vicenda si era pronunciata, pochi mesi prima, la Corte costituzionale italiana, la quale aveva affermato la prevalenza, nell'ordinamento interno, di leggi statali successive rispetto agli obblighi sanciti dal Trattato¹¹. La vicenda *Costa c. ENEL* offre quindi un primo esempio della cd. "doppia pregiudizialità" che è oggi tornata al centro dell'attenzione nell'ordinamento italiano per effetto dello sviluppo della giurisprudenza costituzionale a partire dalla sent. n. 269 del 2017, di cui ha parlato il prof. Losana: lo stesso organo giurisdizionale, allo scopo di chiarire i rapporti tra norme del Trattato CEE e disposizioni interne di rango legislativo applicabili alla controversia che avrebbe dovuto decidere, si è rivolto prima alla Corte costituzionale, poi alla Corte di giustizia.

È evidente che la tesi accolta dalla Corte costituzionale avrebbe radicalmente rimesso in discussione la serietà dell'impegno degli Stati membri nel cammino dell'integrazione, perché avrebbe consentito agli

⁹ Sent. 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66.

¹⁰ Sent. 16 dicembre 1960, causa 6/60, *Humblet*, ECLI:EU:C:1960:48.

¹¹ Sent. n. 14 del 1964.

organi dello Stato di sottrarsi unilateralmente al rispetto degli obblighi assunti mediante la conclusione del Trattato e all'applicazione degli atti prodotti dalle istituzioni comunitarie. Questa preoccupazione traspare nel ragionamento della Corte di giustizia nella sentenza *Costa c. ENEL*, che giustifica la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno sulla scorta di due considerazioni. La prima è inerente alla natura dell'integrazione comunitaria: il Trattato ha istituito un ordinamento fondato su un parziale trasferimento di sovranità, non riconducibile agli schemi tradizionali della cooperazione internazionale. La seconda considerazione riflette l'esigenza di assicurare l'effettività del nuovo diritto creato dal Trattato: gli obblighi che gli Stati membri hanno assunto con il Trattato CEE sarebbero obblighi condizionati se le parti contraenti potessero sottrarsi alla loro osservanza adottando disposizioni legislative di contenuto incompatibile. Le due linee argomentative si intrecciano nella formula che sta al cuore della sentenza *Costa c. ENEL*: "Scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità". La Corte richiama la natura peculiare dell'ordinamento comunitario (la novità del trasferimento di sovranità a un ente sovranazionale) e al contempo evoca il rischio che l'obiettivo dell'integrazione sia vanificato dall'adozione di atti di diritto interno incompatibili con il Trattato (la preoccupazione per l'effettività).

Negli anni successivi alla pronuncia della sentenza *Costa c. ENEL*, mentre gli organi giurisdizionali degli Stati membri iniziano a fare i conti con il principio del primato del diritto comunitario, la Corte di giustizia viene investita, sempre mediante rinvii pregiudiziali proposti da giudici nazionali, di questioni che attengono ai rapporti tra norme comunitarie e norme costituzionali interne in tema di protezione dei diritti fondamentali. Se gli atti adottati dalle istituzioni comunitarie prevalgono sul diritto interno in forza del primato, non

sussiste il rischio che in questo modo possa prodursi una violazione di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito? Si può allora pretendere che l'efficacia di un atto comunitario sia subordinata al rispetto dei diritti fondamentali protetti dalla Costituzione di uno Stato membro? Ma se così fosse, non rischierebbero di essere messe in discussione, ancora una volta, l'efficacia e l'uniforme applicazione del Trattato e degli atti delle istituzioni adottati sulla base di esso?

La Corte di giustizia si confronta con questi problemi per la prima volta nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del dicembre 1970. In questa pronuncia, la Corte prende una posizione molto netta, riprendendo la formula impiegata nella sentenza *Costa c. ENEL* e affermando la prevalenza del diritto comunitario anche sulle norme costituzionali degli Stati membri: "Il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emananti dalle istituzioni della Comunità menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. La validità di detti atti può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario. Il diritto nato dal trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità"¹². Quindi il fatto che possano essere lesi financo i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro o principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale (diritti e principi che costituiscono, secondo la nostra Corte costituzionale, i limiti alla legittimità di limitazioni di sovranità in favore dell'Unione europea, ossia i cd. "controlimiti") non può di per sé inficiare la validità o l'efficacia di disposizioni dell'ordinamento sovranazionale.

Nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, alla rigorosa affermazione del primato del diritto comunitario anche sulle norme

¹² Sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114, punto 3.

costituzionali si affianca tuttavia una statuizione importante in tema di diritti fondamentali. La Corte di giustizia afferma infatti che i diritti fondamentali non sono tutelati soltanto dalle costituzioni degli Stati membri; essi sono anche principi generali dell'ordinamento comunitario, che le istituzioni devono rispettare nell'esercizio delle loro competenze e delle quali la Corte di giustizia è competente a garantire l'osservanza. Viene inoltre recuperata, almeno indirettamente, la rilevanza delle disposizioni costituzionali statali in tema di diritti, perché la protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario è "informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri"¹³. Questa affermazione è il punto di partenza di una lunga evoluzione che ha portato al progressivo sviluppo di un sistema di tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea. Tale sistema oggi ha il suo centro di gravità nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma è significativo che il richiamo ai diritti fondamentali in quanto principi generali, la cui ricostruzione si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, continui a essere presente nel testo del Trattato (art. 6, par. 3, TUE).

3. Il primato non lascia alcuno spazio per i controlli limiti

La lezione del prof. Losana ha messo bene in luce la complessità del "cammino comunitario" della Corte costituzionale, per usare la fortunata espressione coniata da Paolo Barile¹⁴. Il modo in cui la Corte costituzionale ha ricostruito i rapporti tra ordinamento italiano e ordinamento dell'Unione e le tecniche di risoluzione dei conflitti tra norme dell'uno e dell'altro ordinamento è infatti evoluto nel tempo e

¹³ *Internationale Handelsgesellschaft*, punto 4.

¹⁴ P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 2406 ss.

continua a evolvere, come dimostra la giurisprudenza costituzionale che ha recentemente superato lo “schema Granital”¹⁵.

Di contro, la giurisprudenza della Corte di giustizia è rimasta sostanzialmente ferma sulle sue posizioni nei 55 anni trascorsi dalla sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*. Per averne conferma possiamo guardare a una sentenza recente, come quella resa dalla Corte nel 2022 nel caso RS¹⁶. Non si tratta certamente dell’unico caso in cui la Corte di giustizia, in un tempo a noi vicino, ha ripreso il tema del primato e dei rapporti tra ordinamenti, richiamando le sentenze *Costa c. ENEL* e *Internationale Handelsgesellschaft*. La sentenza RS si distingue tuttavia per la completezza dell’argomentazione e dell’esame delle implicazioni del principio del primato.

Citando *Costa c. ENEL*, la Corte in RS ricorda che la partecipazione di uno Stato al processo di integrazione europea comporta la prevalenza del diritto dell’Unione sulle norme interne e che l’efficacia del diritto dell’Unione “non può variare da uno Stato membro all’altro in funzione delle leggi interne posteriori, senza mettere in pericolo l’attuazione degli scopi del Trattato [...], né causare una discriminazione in base alla cittadinanza” proibita dal Trattato¹⁷. Il ragionamento prosegue evocando la dichiarazione n. 17 relativa al

¹⁵ V. la sent. n. 181 del 2024, le successive sentt. nn. 1, 7 e 31 del 2025 e l’ord. n. 21 del 2025. Su questa evoluzione giurisprudenziale v. P. De Pasquale, *Il primato del diritto dell’Unione europea tra giudice comune e Corte costituzionale*, in *Unione europea e diritti*, n. 2/2025, p. 1 ss., <https://uediritti.it/wp-content/uploads/2025/05/Patrizia-De-Pasquale-UED-1.pdf>; R. Mastroianni, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell’articolo 11 della Costituzione*, in *Quaderni AISDUE*, 2025, p. 1 ss., <https://www.aisdue.eu/wp-content/uploads/2025/01/Post-Roberto-Mastroianni-1.pdf>; S. Barbieri, *Cambiano i tempi, cambia il dialogo: l’ordinanza n. 21 del 2025 della Corte costituzionale*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2025, <https://europeanlitigation.eu/wp-content/uploads/pdf/Barbieri-S.-ordinanza-21-2025.defdocx.pdf>.

¹⁶ Sent. 22 febbraio 2022, causa C-430/21, RS, ECLI:EU:C:2022:99

¹⁷ RS, punto 48.

primato, che comprova, secondo la Corte, l'accettazione da parte degli Stati membri di tale principio, come elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁸. Il primato del diritto dell'Unione, inoltre, non può essere messo in discussione dall'invocazione di norme costituzionali dello Stato: per riprendere le parole della Corte, "il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può pregiudicare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione", poiché "gli effetti derivanti dal principio del primato del diritto dell'Unione si impongono a tutti gli organi di uno Stato membro, senza che, in particolare, le disposizioni interne, ivi comprese quelle di rango costituzionale, possano opporvisi"¹⁹.

Del resto – prosegue la Corte – il primato è un principio, e quindi una norma giuridica, dell'ordinamento dell'Unione europea. La ricostruzione della portata di questo principio è dunque una questione di interpretazione del diritto dell'Unione, che rientra tra le competenze della Corte di giustizia. Di conseguenza, la portata del primato "non può dipendere dall'interpretazione di disposizioni del diritto nazionale né dall'interpretazione di disposizioni del diritto dell'Unione seguita da un giudice nazionale che non corrisponda a quella della Corte"²⁰.

Il ragionamento è più elaborato rispetto alla formula molto sintetica presente nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, ma vi è indubbiamente una forte continuità, anche nel lessico. La giurisprudenza della Corte di giustizia conferma la prevalenza del diritto dell'Unione anche rispetto a norme costituzionali interne, che non possono pregiudicare l'efficacia di disposizioni dell'ordinamento sovranazionale: non c'è quindi alcuno spazio per i controlimiti. È peraltro interessante notare che agli argomenti legati all'esigenza di effettività e di uniforme applicazione del diritto dell'Unione si

¹⁸ RS, punto 49.

¹⁹ RS, punto 51.

²⁰ RS, punto 52.

aggiunge un argomento tratto dal principio di eguaglianza: il primato, in quanto garantisce l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri, è anche strumentale ad assicurare la parità di trattamento tra i cittadini. Se i giudici nazionali interpretano e applicano il diritto dell'Unione in modo diverso gli uni dagli altri, o non applicano certe norme sovranazionali perché lo impedisce una disposizione costituzionale di diritto interno – un controlimite – si produce una discriminazione tra cittadini di Stati membri diversi o tra individui soggetti alla giurisdizione di Stati membri diversi.

4. Primato, obblighi del giudice nazionale e disapplicazione

La sentenza *RS* prosegue ricordando le implicazioni che discendono, per il giudice nazionale, dal principio del primato. Anche la definizione degli effetti del primato, del resto, non è altro che un problema di interpretazione del diritto dell'Unione, che rientra pertanto nella competenza della Corte di giustizia.

Il primato del diritto dell'Unione – secondo la Corte – impone direttamente alcuni obblighi in capo al giudice nazionale, tra i quali, segnatamente, l'obbligo di interpretare il diritto interno, nella misura in cui ciò sia possibile, in conformità al diritto dell'Unione (principio di interpretazione conforme) e, in caso di contrasto tra norme di diritto dell'Unione provviste di efficacia diretta e norme dell'ordinamento interno, l'obbligo di “garantire la piena efficacia” delle disposizioni del diritto dell'Unione, eventualmente disapplicando (cioè non applicando) le disposizioni nazionali confliggenti. Il rispetto di quest'obbligo serve non soltanto ad assicurare la piena e uniforme applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri, ma anche – aggiunge la Corte, sviluppando un argomento che riecheggia quanto osservato in tema di eguaglianza dei cittadini – a “garantire il rispetto dell'uguaglianza degli Stati membri dinanzi ai Trattati”.

In questa sentenza, come in altre pronunce della Corte, il potere-dovere del giudice di applicare direttamente le disposizioni di diritto dell'Unione dotate di efficacia diretta e di disapplicare le norme interne confliggenti è ricondotto a ciò che potremmo chiamare lo "statuto europeo del giudice nazionale", ossia il regime giuridico di diritto dell'Unione applicabile agli organi giurisdizionali chiamati ad applicare il diritto dell'Unione. La conformazione del sistema di tutela giurisdizionale nell'Unione europea comporta infatti che il diritto dell'Unione sia regolarmente applicato dagli organi giurisdizionali degli Stati membri. Il giudice nazionale è pertanto il giudice naturale del diritto dell'Unione europea e come tale è soggetto a obblighi che gli derivano direttamente dai Trattati. Da alcuni anni a questa parte, la giurisprudenza della Corte di giustizia riconduce questo statuto europeo del giudice nazionale all'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, secondo il quale "[g]li Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione". Affinché possano assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, i giudici nazionali devono, in particolare, essere indipendenti e imparziali²¹. Un giudice che non fosse indipendente da altri organi ed equidistante rispetto alle parti della controversia non potrebbe infatti prestare alcuna tutela giurisdizionale effettiva. Nella sentenza *RS*, la Corte riconduce inoltre all'art. 19, par. 1, TUE e alla garanzia di indipendenza il potere e il correlativo obbligo del giudice nazionale di assicurare la piena applicazione del diritto dell'Unione²². Nelle parole della Corte, "il potere di fare, all'atto stesso dell'applicazione del diritto dell'Unione, tutto quanto è necessario per disapplicare una normativa o una prassi nazionale, che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme di tale diritto aventi efficacia diretta, forma *parte integrante della funzione di giudice dell'Unione rivestita dal giudice nazionale* incaricato di applicare, nell'ambito di sua competenza, tali norme, cosicché *l'esercizio di tale*

²¹ Sent. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117.

²² *RS*, punto 54.

*potere costituisce una garanzia inerente all'indipendenza dei giudici derivante dall'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE*²³.

Che cosa intende la Corte quando parla della “funzione di giudice dell’Unione rivestita dal giudice nazionale”, evocando così quello che ho chiamato lo statuto europeo del giudice nazionale? Il giudice nazionale è, naturalmente, organo dello Stato. Tuttavia, quando è chiamato ad applicare il diritto dell’Unione, agisce anche, da un punto di vista funzionale, come organo dell’Unione. O, se si preferisce, è un organo dello Stato che viene “prestato” all’ordinamento dell’Unione per svolgere talune funzioni, vale a dire assicurare l’applicazione del diritto dell’Unione e la tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive regolate dal diritto dell’Unione. Ebbene, quando esercita tali funzioni il giudice nazionale è soggetto a obblighi che discendono direttamente da norme del Trattato: il principio di leale cooperazione, che comporta l’obbligo di fare quanto necessario per assicurare l’applicazione del diritto dell’Unione e di astenersi dalle condotte che possano pregiudicarne l’efficacia (art. 4, par. 3, TUE), la facoltà e in taluni casi l’obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia dell’Unione europea (art. 267 TFUE). Poiché questo statuto europeo del giudice nazionale è regolato da norme dell’ordinamento dell’Unione, che godono del primato sul diritto interno, esso prevale sugli obblighi che incombono al giudice in forza del diritto interno. Quindi, in primo luogo, non si può imporre al giudice comune di rivolgersi alla Corte costituzionale per ottenere l’accertamento dell’illegittimità costituzionale di norme di diritto interno incompatibili con norme dell’Unione provviste di efficacia diretta; il giudice deve rimanere libero, in un simile caso, di disapplicare la norma interna con effetti limitati al caso sottoposto alla sua cognizione. In secondo luogo, non può essere limitata la facoltà del giudice di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, ad esempio allo scopo di accertare se una disposizione del diritto dell’Unione che dovrebbe trovare applicazione in una data

²³ RS, punto 62 (corsivo aggiunto).

controversia sia direttamente efficace, oppure di comprendere se sussista un contrasto tra una norma dell'ordinamento dell'Unione e una norma interna. Sono queste le ragioni per le quali il tentativo della Corte costituzionale italiana di avocare a sé la risoluzione dei conflitti tra diritto dell'Unione e norme interne aventi rango di legge, superando lo "schema Granital", rimane necessariamente incompiuto e produce la "doppia pregiudizialità": il principio della tutela giurisdizionale effettiva vieta infatti di limitare sia la facoltà del giudice comune di instaurare un dialogo con la Corte di giustizia mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale sia il suo potere di disapplicare le norme interne confliggenti con disposizioni di diritto dell'Unione direttamente efficaci senza passare per la Corte costituzionale. Nella sentenza RS, la Corte di giustizia arriva ad affermare, con una formula molto ampia e molto radicale, che è *"incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi normativa o prassi nazionale la quale porti ad una riduzione dell'efficacia di tale diritto per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicarlo, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare una disposizione o una prassi nazionale che eventualmente osti alla piena efficacia delle norme dell'Unione aventi efficacia diretta"*²⁴.

5. Primato delle norme e primato dei valori

Come ho accennato in apertura di questo intervento, l'ultimo punto che vorrei toccare prima di passare alle conclusioni riguarda la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di valori dell'Unione e ciò che una parte della dottrina ha definito il "primato dei valori"²⁵. I valori sono un oggetto delicato per i giuristi e spesso si mette in guardia

²⁴ RS, punto 63 (corsivo aggiunto).

²⁵ P. Mori, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2021, p. 73 ss.

contro quella che Carl Schmitt ha chiamato la “tirannia dei valori”²⁶, ossia la pretesa di assicurarne la prevalenza incondizionata²⁷. Un bene giuridico definito come un valore può tuttavia essere (anche) un principio giuridico, e così è in effetti nell’ordinamento dell’Unione europea. L’art. 2 TUE, una delle disposizioni fondamentali del Trattato, enuncia una serie di “valori” – ma in realtà si tratta forse, più esattamente, di principi – sui quali l’Unione “si fonda” e che si presumono “comuni agli Stati membri”. Secondo questa disposizione, che merita riportare testualmente, “[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”. Questo elenco, di valori o di principi che dir si voglia, definisce, in estrema sintesi, i connotati di una forma di stato liberaldemocratica. Per comprenderne la portata, esso deve poi essere letto insieme ad altre disposizioni, come quelle contenute nella Carta dei diritti fondamentali e come le norme del Trattato in tema di democrazia rappresentativa, principio sul quale si fonda il sistema politico dell’Unione. Inoltre, altre norme dei Trattati richiamano i valori di cui all’art. 2, come l’art. 49 TUE in tema di adesione all’Unione europea.

Vi è ormai una giurisprudenza sempre più consistente in tema di valori dell’Unione. La Corte di giustizia ha infatti ricondotto alcune disposizioni dei Trattati – segnatamente, proprio l’art. 19, par. 1, TUE in tema di tutela giurisdizionale effettiva, che abbiamo incontrato discutendo della sentenza *RS* – all’art. 2 TUE, affermando che esse “concretizzano” taluni valori dell’Unione (nel caso dell’art. 19, par. 1,

²⁶ C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, Kohlhammer, Stuttgart, 1960; trad. it. *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, a cura di G. Gurisatti, Adelphi, Milano, 2008⁶.

²⁷ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 205-207.

TUE, il principio dello stato di diritto). Questa correlazione ha permesso alla Corte di ricavare da valori o principi enunciati in modo molto generico conseguenze giuridiche puntuali, ad esempio in tema di garanzie dell'indipendenza dei giudici.

Tra i casi, sempre più numerosi, che evocano l'art. 2 e i valori dell'Unione vorrei citarne tre, che mi sembrano particolarmente significativi perché illustrano il potenziale che la giurisprudenza sui valori ha per lo sviluppo del diritto dell'Unione e per la ricostruzione dei rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti degli Stati membri.

Il primo caso è il parere 2/13 sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁸. In un passaggio del parere, la Corte di giustizia, dopo avere richiamato i principi del primato e dell'efficacia diretta e avere individuato in questi principi "caratteristiche essenziali" dell'ordinamento dell'Unione, prosegue con queste parole: "Tali caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri, ormai impegnati – come ricordato all'articolo 1, secondo comma, TUE – in un «processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa». Una siffatta costruzione giuridica poggia sulla *premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri*, e riconosce che questi condividono con esso, *una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda*, così come precisato all'articolo 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua"²⁹. La condivisione da parte di tutti gli Stati membri dei valori fondamentali, quei valori che

²⁸ Parere 2/13 del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

²⁹ Parere 2/13, punti 167-168 (corsivo aggiunto).

definiscono una forma di stato, è dunque la “premessa fondamentale” su cui si fonda l’intera “costruzione giuridica” dei rapporti tra Unione e Stati membri.

Alcuni anni più tardi, la Corte è ritornata su questa formula nel caso *Repubblika*, relativo alle modalità di nomina dei membri dell’ordinamento giudiziario nell’ordinamento maltese³⁰. In questa pronuncia, dal carattere fondativo dei valori di cui all’art. 2 TUE e dalla previsione secondo cui il rispetto di tali valori e l’impegno a promuoverli costituiscono condizioni per l’adesione di uno Stato all’Unione (art. 49 TUE) la Corte di giustizia ricava che “il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori sanciti dall’articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall’applicazione dei trattati a tale Stato membro”³¹. Da tale ricostruzione discende che gli Stati membri non possano, successivamente all’adesione, modificare il proprio ordinamento in modo da comportare una regressione nella tutela dei valori comuni.

Infine, il terzo caso riguarda una causa pendente. Si tratta di un ricorso presentato dalla Commissione europea nel 2022 nei confronti dell’Ungheria e avente ad oggetto la compatibilità con numerose disposizioni di diritto dell’Unione di una legge asseritamente adottata per il contrasto alla pedofilia e per la protezione dei minori che introduce disposizioni lesive dei diritti delle persone LGBTIQ+³². Nel ricorso, la Commissione chiede alla Corte di Giustizia di dichiarare che la legge ungherese, prevedendo il divieto che i minori accedano a contenuti che promuovono o presentano la deviazione dall’identità di genere corrispondente a quella assegnata alla nascita, il cambiamento di sesso o l’omosessualità, contrasta, oltre che con numerose altre disposizioni, anche con l’articolo 2 TUE, la norma sui valori. Il caso è di grande interesse per due ragioni. In primo luogo, la Corte è chiamata

³⁰ Sent. 21 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblika*, ECLI:EU:C:2021:311.

³¹ *Repubblika*, punto 63.

³² Ricorso proposto il 19 dicembre 2022, causa C-769/22, *Commissione europea c. Ungheria*.

a stabilire se l'art. 2 TUE possa costituire un parametro autonomo in una procedura di infrazione, ossia se una norma o una prassi di diritto interno possa essere considerata incompatibile con il diritto dell'Unione perché contrasta con uno dei valori di cui all'art. 2, indipendentemente da ogni altra disposizione. In secondo luogo, si tratta del primo caso nel quale verrebbero associati obblighi giuridici concreti e giustiziabili a valori diversi dallo stato di diritto, con forti ricadute pratiche. Se questa impostazione dovesse risultare confermata, la Corte di giustizia sarebbe competente ad accertare la conformità a valori comuni, potenzialmente, di qualsiasi disposizione di diritto interno, anche di rango costituzionale, suscettibile di ricadere nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

In sintesi: i valori sono anche principi giuridici; almeno alcuni di essi sono dotati di efficacia diretta, con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine alla possibilità di invocarli in un giudizio e di ottenere la disapplicazione delle norme interne contrastanti, anche di rango costituzionale; il rispetto dei valori comuni, il cui accertamento rientra nella competenza esclusiva della Corte di giustizia, costituisce presupposto della *membership* dell'Unione e condizione necessaria per il godimento di tutti i diritti che spettano agli Stati membri sulla base dei Trattati; il vincolo all'osservanza dei valori comuni comporta un divieto di regresso nella tutela dei valori comuni all'interno degli ordinamenti nazionali. È evidente che questa ricostruzione, con cui al primato delle norme si affianca il primato di quei valori che individuano un nucleo costituzionale comune di cui la Corte di giustizia si erge a garante, pone ulteriori sfide agli ordinamenti nazionali e ai loro organi giurisdizionali, a partire dalla corti costituzionali.

6. Conclusione



L'immagine riprodotta in questa pagina è una foto scattata al momento della firma del Trattato di Roma che istituì la Comunità economica europea, il 25 marzo 1957. Che cosa contiene la pila di fogli in fondo alla quale il Presidente del Consiglio dei Ministri Antonio Segni e il Ministro degli Esteri Gaetano Martino, per l'Italia, stanno apponendo la loro firma? Naturalmente immaginiamo che vi sia stampato il testo del Trattato. Secondo Pierre Pescatore, che aveva partecipato alla negoziazione del Trattato, poiché i negoziati si erano protratti fino all'ultimo, la Zecca dello Stato non aveva fatto in tempo a stamparne il testo integrale. Per non ritardare la cerimonia, si decise di far firmare ai capi di governo e ai ministri degli affari esteri dei sei Stati fondatori una pila di fogli bianchi, alle quali erano state aggiunte soltanto le prime pagine del testo del Trattato³³.

Pescatore raccontava questo aneddoto come una metafora del processo di integrazione, come a dire: quando si sono impegnati in questo processo, gli Stati membri hanno firmato un testo in bianco, perché in quell'esperimento c'era l'enorme sfida che il "processo di creazione di una Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa" pone alla

³³ V. J. Baquero Cruz, *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 2.

sovranità dello Stato. Questa sfida investe anche le corti, prime fra tutte le corti costituzionali, costringendole a misurarsi con la difficoltà di inquadrare il processo giuridico dell'integrazione europea nelle categorie giuridiche dell'ordinamento interno. Da qui derivano anche le difficoltà, i disorientamenti, qualche volta i contrasti di cui abbiamo discusso.

Per approfondire

A. Arena, *Sul carattere "assoluto" del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 317 ss.

E. Cannizzaro, *La sovranità oltre lo Stato*, Il Mulino, Bologna, 2020

P. De Pasquale, *Il primato del diritto dell'Unione europea tra giudice comune e Corte costituzionale*, in *Unione europea e diritti*, n. 2/2025, p. 1 ss.

P. Mori, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2021, p. 73 ss.

L.S. Rossi, *Il valore giuridico dei valori. L'articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020

L.S. Rossi, 'Concretised', 'Flanked', or 'Standalone'? Some Reflections on the Application of Article 2 TEU, in *European Papers*, 2025, p. 1 ss.

L.S. Rossi, C. Tovo, *Il principio del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Europa tra presente e futuro*, a cura di G. Amato e N. Verola, Treccani, Roma, 2023, p. 97 ss.

Diritto penale e
fenomeni migratori
tra eccessi legislativi e vincoli
sovralegali

di Davide Bianchi

Ricercatore di Diritto penale

Università degli Studi di Torino

e Paolo Caroli

Professore associato di Diritto penale

Università degli Studi di Torino

1. Introduzione: Unione Europea e Diritto penale (P. Caroli)

Quello che vorremmo fare oggi è parlarvi di immigrazione e spiegarvi in termini generali come la disciplina italiana dell'immigrazione si interseca con l'Unione europea e come, anzi, proprio l'Unione europea abbia in qualche modo contribuito a modificare il volto di questa disciplina.

Inizio con una prima introduzione, in termini generali, sul rapporto tra diritto penale e Unione europea. La prima domanda da porci è: l'UE ha qualche competenza di diritto penale o il diritto penale è una cosa che riguarda esclusivamente lo Stato? Voi sapete che il diritto penale è lo strumento più forte che una società democratica al suo interno ha a disposizione perché consente allo Stato di imporre delle pene nei confronti dei cittadini che, in origine, addirittura erano proprio delle pene corporali e che comunque ancora oggi si traducono, molto spesso, nella privazione della libertà. Alla domanda che ci siamo fatti, tendenzialmente si dà risposta negativa, anche se, devo fare una precisazione. C'è, infatti, chi ritiene oggi che ci sia una norma all'interno del TFUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona, che attribuisce una competenza penale all'Unione europea in alcune materie molto rilevanti come il terrorismo, traffico di esseri umani etc.. In realtà, la norma si limita a dire che l'Unione europea può adottare delle norme minime di diritto penale in queste materie e non si sa bene che cosa questo voglia dire. C'è chi ritiene che questa norma riconosca in futuro una possibile competenza diretta all'Unione europea; la maggior parte dei commentatori dicono di no, però questo è, diciamo, il futuro. Ad oggi l'Unione europea non ha ad oggi esercitato ancora questo potere (che sia diretto o indiretto).

L'Unione europea non nasce per occuparsi del diritto penale: come sapete, bensì per finalità di tipo economico, per creare un mercato comune, via via allargando le proprie le proprie competenze. Già questi primi scopi, però, vengono ad avere, sin dall'inizio, un primo

effetto sul diritto penale: un effetto indiretto limitativo del diritto penale. Che cosa succede, infatti, in via generale se una norma dell'UE direttamente applicabile entra in contrasto con una norma del diritto nazionale italiano? La risposta è un'assoluta particolarità rispetto al diritto internazionale: la c.d. primazia del diritto dell'Unione europea. Il Giudice italiano ha il dovere e il potere di disapplicare la norma italiana che è in contrasto con il diritto dell'Unione Europea. E non ha nemmeno bisogno di fare un ricorso alla Corte di Giustizia, a meno che non sia in dubbio sull'interpretazione del diritto dell'UE; è lo stesso Giudice nazionale che disapplica la norma italiana. E questo ha fatto sì che, già dall'inizio, il diritto dell'Unione europea ha portato a molte disapplicazioni di fattispecie penali italiane; per questo vi ho detto che il diritto dell'Unione europea opera in senso restrittivo del diritto penale.

Pensate ad un esempio banale: le libertà UE di circolazione non solo delle persone in generale, ma anche dei lavoratori, con diritto di stabilimento in un altro Paese dell'Unione europea. Se io sono un medico o un avvocato spagnolo e voglio venire a lavorare in Italia, l'Unione europea mi dà il diritto di poterlo fare; lo Stato ospitante potrà impormi delle procedure, dei controlli ma non può impedirmi di esercitare in Italia in quanto spagnolo e senza esame italiano. Tuttavia, come sapete noi in Italia abbiamo il reato di esercizio abusivo della professione, per cui se un avvocato spagnolo arriva in Italia ed esercita sta commettendo esercizio abusivo della professione. Questo è un classico esempio di contrasto, per cui il giudice italiano non applicherà la fattispecie di reato proprio perché prevale la norma dell'Unione europea. Ed ecco perché molti nostri colleghi che non riescono a superare l'esame di avvocato in Italia pagano enti vari per andare in Spagna e farsi riconoscere l'esame spagnolo poi in Italia (ma questo è un altro discorso).

Questo è, dunque, il primo effetto indiretto: un effetto di riduzione del diritto penale per contrasto con norme dell'Unione europea, che non sono norme penali ma che si pongono in contrasto con norme penali

italiane. C'è poi un altro effetto indiretto, che qui non ci interessa, che è più recente: un effetto espansivo tramite uno strumento non direttamente applicabile: la direttiva. Nella direttiva l'Unione europea dice agli Stati "voi dovete raggiungere questi obiettivi (lotta alla pedopornografia, lotta al razzismo etc..) e per farlo adottate voi Stati degli strumenti". Lo fa invitando gli Stati a adottare degli strumenti che *possono* anche includere lo strumento penale o addirittura, in alcune direttive, si dice *devono* includere lo strumento penale. Questa è un'espansione indiretta, perché poi è lo Stato a dover dare attuazione a questa direttiva, ma su impulso del diritto dell'Unione europea. Diverse espansioni del diritto penale italiano sono state introdotte in questa maniera. Pensiamo all'aggravante di negazionismo, che nasce da una decisione quadro dell'Unione Europea, o alcune norme recenti in materia di pedopornografia, di terrorismo e via discorrendo. Quindi un duplice effetto indiretto: uno restrittivo e uno espansivo. Oggi ci occuperemo di quello restrittivo perché.

Tutto questo per dire come l'Europa ha un impatto sul nostro sistema penale pur non avendo, quantomeno ad oggi, una competenza diretta. È poi una questione molto problematica se essa debba avere o no una maggiore competenza, anche perché l'Unione europea non nasce con una Costituzione alla base; non parte da una valutazione complessiva di principi fondamentali, dalla creazione di un sistema penale orientato a determinati principi. L'Unione europea ragiona per obiettivi e non sempre questi obiettivi si trovano ad essere rispettosi dei principi fondamentali che un penalista invece deve avere sempre come faro. Ci sono poi tutta una serie di altri problemi come la carente legittimazione democratica delle istituzioni dell'Unione europea, dove ancora ad oggi il Parlamento, pur avendo un ruolo molto maggiore rispetto al passato, non ha una signoria totale sul procedimento legislativo. Tutta questa premessa che abbiamo fatto serve perché a breve parlerò di uno dei reati italiani in materia di immigrazione e vedremo come questo si è scontrato proprio con il diritto dell'Unione europea.

2. La disciplina italiana in materia di immigrazione (D. Bianchi)

Dopo quest'efficace introduzione sulla competenza penale indiretta dell'Unione europea, vediamo qual è il quadro normativo giuridico penale nazionale in relazione al fenomeno migratorio. Chiaramente vi sono sia fattispecie penali, meccanismi punitivi che riguardano lo straniero irregolare in sé e per sé (cioè colui che si trova in questa condizione) sia fattispecie che riguardano coloro che, a prescindere da una loro condizione di irregolare presenza sul territorio dello Stato, favoriscono, promuovono, si adoperano affinché vi siano fenomeni di immigrazione irregolare. Noi ci concentreremo principalmente sulla condizione dello straniero irregolare, ossia sul trattamento purtroppo punitivo di cui è destinatario lo straniero irregolare secondo la legislazione italiana.

Per dare un inquadramento di questa tematica, è opportuna una brevissima carrellata storica e iniziamo dai primi anni di questo millennio, dai primi anni 2000, perché troviamo la prima disposizione incriminatrice, cioè la prima norma che prevede un reato particolarmente rilevante per questa materia, nell'anno 2002. In quest'anno, per la prima volta, fu introdotto il reato di inottemperanza all'ordine del questore di allontanamento dal territorio dello Stato. Nel 2002, con la legge n. 189 (che introdusse, *inter alia*, il comma 5 ter all'art. 14 del Testo Unico in materia di immigrazione, d.lgs. n. 286/1998) venne previsto questo reato che, appunto, consiste semplicemente e puramente nel contravvenire, nel non ubbidire, da parte dello straniero che si trovi in condizioni di permanenza irregolare sul territorio dello Stato, all'ordine questorile di fare rientro nel proprio paese o comunque di fare ritorno nel paese di provenienza. Quindi, in forza di questa modifica normativa, già la semplice violazione di questo ordine di allontanamento dal territorio italiano viene a costituire reato.

Sempre per proseguire in questa panoramica storica è d'uopo sottolineare un altro anno: il 2008, quando, ad opera del decreto-legge

n. 92/2008, si ebbe l'introduzione non di un reato ma di una circostanza aggravante. Cosa vuol dire? Vuol dire che non si prevede *ex novo* una fattispecie incriminatrice ma una cosiddetta norma circostanziale, una norma cioè in forza della quale, qualora si integri la condizione in essa prevista, si determina un aggravamento del trattamento sanzionatorio previsto per reati già esistenti. E qual è questa nuova aggravante introdotta nel 2008? È la cosiddetta aggravante della clandestinità: vi fu un' interpolazione del codice penale, cioè un'aggiunta nel corpo del codice penale, con l'inserimento del numero 11 bis) all'articolo 61, prevedendo niente meno che una circostanza aggravante comune, data semplicemente e puramente dall'essere l'autore del reato un soggetto che è irregolarmente presente sul territorio dello Stato. Occorre focalizzare questo dato: nel 2008 il legislatore stabilì che un qualsiasi reato (questo vuol dire aggravante comune, che si applica alla totalità dei reati), se commesso dal clandestino, è più grave. Come vedremo nell'ultima parte, questa norma circostanziale è stata oggetto di una declaratoria di illegittimità costituzionale.

Altro passaggio importante nel 2009, anno in cui venne introdotto il cosiddetto reato di clandestinità. C'era già l'aggravante e qui venne previsto pure il reato, cioè venne prevista e punita come autonomo reato la condotta del soggetto che fa illecitamente ingresso, quindi senza i titoli abilitativi necessari, nel territorio dello Stato ed anche quella di colui che, pur essendo regolarmente presente per un certo tempo sul territorio dello Stato, poi perde il diritto di esservi presente e non se ne allontana (la condotta quindi di chi, malgrado una iniziale condizione di liceità, si trova ad essere da un certo periodo in poi irregolarmente presente sul suolo italiano e ciononostante vi permane). Questo è il reato cosiddetto di immigrazione clandestina, reato di clandestinità, introdotto all'articolo 10 bis del T.U. Imm. (il già citato d.lgs. n. 286/1998). Anche qui si tratta di un' interpolazione, cioè la l. n. 94/2009 ha aggiunto questo articolo 10 bis nel previgente d.lgs. n. 286/1998. Sono i famosi c.d. pacchetti sicurezza di questo biennio: il 2008 ci ha portato l'aggravante della clandestinità, poi nel 2009 si è fatto

un passo ulteriore e si è previsto come reato il fatto di fare ingresso o di trattenersi illegalmente nel territorio dello Stato.

Così, dai primi anni 2000 in avanti, il diritto penale è stato visto e impiegato, utilizzato dal legislatore come strumento di risposta ai fenomeni migratori. Stiamo parlando della c.d. *crimmigration*, cioè la penalizzazione del fenomeno migratorio irregolare in sé per sé. Certo, il legislatore italiano è stato in buona compagnia, perché anche in altri paesi dell'Occidente si è avuta questa torsione dell'ordinamento penale per cui si è penalizzata la condizione in sé di straniero irregolare sul territorio dello Stato e, d'altro canto, si è via via inasprito pesantemente il trattamento sanzionatorio di chi favoriva l'immigrazione clandestina. Il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, che è previsto e punito all'art. 12 T.U. Imm., ormai ha raggiunto pene veramente draconiane. Ad esempio, la pena per il fatto base di favorire l'immigrazione clandestina irregolare è la reclusione da 2 a 6 anni con multa di 15 mila euro per ogni persona fatta entrare illegalmente nel territorio dello Stato; in ipotesi di alcune aggravanti (come quelle previste dal comma 3 dell'art. 12 T.U. Imm.) si arriva alla reclusione da 6 a 16 anni. Quindi pene davvero severissime. Accanto a questo, come detto, si è avuta una penalizzazione in sé per sé della condizione di clandestinità dello straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato.

Si è dunque avuta una penalizzazione, una criminalizzazione della violazione delle regole della disciplina amministrativa che presiede all'ingresso e alla permanenza degli stranieri sul territorio nazionale: quello che fino a poco tempo fa era trattato essenzialmente in via amministrativa e nelle discipline amministrative trovava le sue forme di sanzionamento, ora, in prevalenza, è considerato penalmente rilevante. Come detto, il semplice fatto di fare ingresso nel territorio dello Stato o di permanervi senza il relativo titolo abilitativo costituisce reato.

Accanto a questa direttrice di criminalizzazione della situazione dello straniero irregolare, si è avuto anche un fenomeno speculare, perché il complesso della normativa (che fa capo principalmente al d.lgs. n. 286/1998) ha un obiettivo molto chiaro: lo straniero irregolare deve essere espulso, l'espulsione è l'obiettivo primario del sistema normativo in materia di immigrazione. Questo obiettivo è ovviamente perseguito, in prima battuta, tramite le procedure propriamente amministrative e l'articolo 13 T.U. Imm. è un po' la norma chiave in materia di regolamentazione dell'espulsione. Giusto per dare alcune indicazioni minime, sono due le principali forme di espulsione: 1) quella da parte direttamente del Ministro dell'Interno, qualora però vi siano casi peculiari dove si sospetta la particolare pericolosità sociale del soggetto (come in caso di sospetti legami terroristici), ma questa ipotesi ha carattere "eccezionale", trova infrequente applicazione; 2) quelle che ha invece quotidiana applicazione, ossia l'espulsione ad opera del decreto prefettizio, e quindi l'espulsione da parte del prefetto, che poi può trovare esecuzione da parte della Questura. Quindi il prefetto emana il decreto di espulsione, poi al questore spetta la sua esecuzione che poi può avere varie forme, come l'accompagnamento alla frontiera (che accade in realtà in un numero minimale di occasioni) oppure l'ordine di allontanamento, ossia un ordine specifico, rivolto dal questore al soggetto che è stato ritenuto in condizioni di irregolarità sul territorio dello Stato sul presupposto del decreto prefettizio, di fare autonomamente ritorno nel proprio paese o nel paese di provenienza.

Come detto prima, la violazione di questo ordine questorile comporta di per sé un reato. Però, quest'obiettivo espulsivo non è perseguito solo tramite queste procedure amministrative che fanno capo al Ministro dell'Interno e al prefetto e conseguentemente alla polizia, alla questura, ma anche tramite meccanismi punitivi. Mi riferisco al fatto che, da un lato, qualora si sia in presenza di determinati reati, come ad esempio il reato appunto di immigrazione clandestina *ex art. 10 bis T.U. Imm.*, addirittura è previsto che, laddove si sia realizzata l'espulsione, si

interrompa il procedimento penale volto all'accertamento di questo reato di clandestinità e quindi si abbia proprio una sentenza di non luogo a procedere. Per intendersi, se si è raggiunto l'obiettivo di espellere lo straniero irregolarmente presente sul suolo italiano, addirittura il procedimento penale si interrompe perché non interessa più l'accertamento della responsabilità e la conseguente irrogazione ed esecuzione delle pene previste per quel reato. Questo vale per il reato di cui all'art. 10 bis ma anche per altre fattispecie di reato, qualora appunto l'autore sia un soggetto irregolarmente presente sul territorio nazionale.

Ma accanto a questa possibilità di un non luogo a procedere e quindi addirittura ad interruzione del procedimento penale (che ovviamente non opera quando ci sono reati di una particolare gravità, perché rispetto ad essi lo Stato ha interesse alla persecuzione del reato), abbiamo anche forme di espulsione che vanno proprio a intrecciarsi ai meccanismi punitivi; l'espulsione dello straniero irregolare, infatti, può rappresentare una sanzione sostitutiva, una misura alternativa alla detenzione ed anche una misura di sicurezza. In primo luogo, laddove un reato sia punito con pena pecuniaria o con pena fino a due anni di reclusione o arresto in concreto, cioè quando il giudice per un certo reato commesso da uno straniero irregolare vada a definire la pena non oltre i due anni di pena detentiva (oppure irroghi una pena pecuniaria) può sostituirla con l'espulsione. Quindi l'ordinamento, proprio perché ha questo forte interesse a realizzare l'espulsione dello straniero irregolare, addirittura consente al giudice penale di sostituire con detta espulsione quella che è la pena legalmente prevista (art. 16, comma 1, T.U. Imm.). Questo poi, *mutatis mutandis*, può avvenire anche durante l'esecuzione di pene più lunghe nella forma della misura alternativa: durante l'esecuzione di una pena detentiva, al ricorrere di certi presupposti, il giudice può applicare una forma di esecuzione della pena appunto alternativa, quindi, in buona sostanza, in tutto o in parte in libertà; rispetto allo straniero irregolare, qualora non si tratti di pene elevatissime, è data la possibilità - in realtà più che una possibilità

sarebbe un automatismo - di convertire in buona sostanza la pena detentiva esecutiva sempre in espulsione. Quindi v'è un orientamento per così dire sinergico del sistema penale e di quello amministrativo alla realizzazione di questo obiettivo di espulsione. Peraltro è prevista anche una misura di sicurezza espulsiva, cioè addirittura sarebbe possibile l'espulsione, sempre tramite la forma penale, sempre tramite quindi una procedura penale, dopo l'esecuzione della pena: qualora il giudice valuti il soggetto straniero come socialmente pericoloso, può, conclusa l'espiatione di una pena detentiva, disporre (ordinare) la sua espulsione (art. 215 c.p.). Vero è che tale misura di sicurezza, così come la sanzione sostitutiva sopra detta, è rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale deve valutare in concreto la pericolosità del soggetto (tale discrezionalità non è invece prevista in ordine alla misura alternativa); inoltre, come tutti i provvedimenti di espulsione, incontrano i limiti dell'art. 19 T.U. Imm., come, per esempio, in presenza di legami familiari o nell'ipotesi in cui il ritorno al paese di provenienza esponga il soggetto a trattamenti inumani o degradanti etc. etc.

Quindi, riassumendo, abbiamo una sorta di medaglia a due facce: da un lato, dall'inizio degli anni 2000 una penalizzazione della migrazione irregolare in sé e per sé; dall'altro lato, parallelamente, una dinamica di intromissione delle procedure di espulsione nei meccanismi propri del penale.

Si può fare a questo punto una brevissima premessa al paragrafo che seguirà, facendo un focus su uno dei reati di cui abbiamo già parlato e cioè l'inottemperanza all'ordine questorile di allontanamento dal territorio dello Stato. Ai sensi dell'art. 14, comma 5 ter, T.U. Imm. (comma 5 quater in caso di reiterazione dell'inottemperanza) è ritenuto penalmente responsabile lo straniero irregolare che, raggiunto da un decreto di espulsione e da un ordine individuale da parte del questore di allontanamento dal territorio nazionale, non obbedisce. Il reato è molto problematico sotto plurimi profili, in primo luogo rispetto alla congruenza con il principio costituzionale di offensività, ma è

interessante ora vedere la disciplina processuale e sanzionatoria di questo reato, perché al momento della sua nascita con la l. n. 189/2002 il reato in questione fu previsto come contravvenzione. Cosa sono le contravvenzioni? Le contravvenzioni nell'ordinamento italiano sono una delle due *species* di reati: l'ordinamento penale italiano prevede due tipi di reati, quelli tendenzialmente meno gravi sono le contravvenzioni, quelli tendenzialmente più gravi sono i delitti. Originariamente, questa inottemperanza all'ordine questorile fu prevista come contravvenzione, quindi con una pena particolarmente tenue, sebbene detentiva, ma con una particolarità dal punto di vista della disciplina processuale perché – profilo di estremo rilievo – fu previsto l'arresto obbligatorio in flagranza: quando veniva riscontrata dagli organi di polizia la sussistenza di questo reato, si procedeva immediatamente alla privazione della libertà personale del soggetto. Qui il reato consiste nella semplice violazione, nell'inottemperanza dell'ordine questorile, quindi bastava avere in mano l'ordine e trovare il soggetto dopo la scadenza del termine ancora presente sul territorio dello Stato; il reato così è già integrato e la flagranza è quasi autoevidente. La cosa veramente importante da sottolineare è che, pur trattandosi di una contravvenzione (quindi di un reato minore), il clandestino poteva essere immediatamente arrestato.

Il punto è che l'arresto nell'ordinamento italiano è una misura cosiddetta precautelare. Che cosa vuol dire? Vuol dire che è una misura servente, strettamente funzionale ad assicurare il soggetto alla giustizia penale perché poi possa essere efficacemente applicata una misura cautelare, ossia una misura in qualche modo restrittiva delle libertà del soggetto indagato o imputato (si va dalle misure custodiali, che sono addirittura privative della libertà, fino a misure più blande come può essere un obbligo di residenza in un determinato comune, ad esempio) applicate dal giudice penale per soddisfare esigenze non altrimenti realizzabili in quel momento particolare, cioè nel corso del procedimento. E quali sono queste esigenze? Le esigenze classiche cautelari sono o prevenire un pericolo di fuga o evitare un

inquinamento probatorio o evitare la reiterazione del reato o la commissione di altri reati. Il punto decisivo, però, è che rispetto alle contravvenzioni, come era originariamente questo reato di inottemperanza all'ordine questorile, le misure cautelari più significative (le misure c.d. coercitive) non erano applicabili. Quindi l'arresto non aveva nessuna funzione reale perché il soggetto doveva essere dopo poco liberato, non essendogli applicabile nessuna misura limitativa della libertà personale in via cautelare, dato che il reato base, il reato per cui si procedeva, era un reato troppo lieve. Un meccanismo davvero distorto.

A fronte di tale anomalia (arresto obbligatorio in flagranza di una contravvenzione), il Tribunale di Torino sollevò questione di legittimità costituzionale, a due anni dall'entrata in vigore del reato, siamo nel 2004. Fu sollevata questione di legittimità costituzionale proprio perché veniva ritenuto un trattamento discriminatorio nei confronti dello straniero e veniva ritenuta una limitazione, o meglio privazione, pur temporanea della libertà personale totalmente ingiustificata e quindi violatrice degli articoli 3 e 13 della Costituzione. Il primo articolo sancisce il principio di uguaglianza-ragionevolezza, il secondo l'inviolabilità della libertà personale, stabilendo anche la strumentalità delle misure precautelari rispetto all'applicazione delle misure cautelari che poi devono essere a loro volta funzionali al soddisfacimento di quelle esigenze cautelari di cui si è detto sopra.

Ebbene la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 223 del 2004, accolse la questione di legittimità costituzionale e quindi dichiarò incostituzionale l'art. 14 T.U. Imm. nella parte in cui sanciva l'arresto obbligatorio in flagranza. Peraltro, non solo fu il Tribunale di Torino a sollevare la questione di costituzionalità ma due giudici costituzionali torinesi – due illustri giuristi dell'Università di Torino – furono anche i protagonisti di questa vicenda, perché l'allora Presidente della Corte Costituzionale era Gustavo Zagrebelsky e il redattore della sentenza fu invece Guido Neppi Modona. La Corte dunque ritenne “manifestamente irragionevole” questo meccanismo precautelare che

non portava a niente, cioè portava ad una totalmente ingiustificata restrizione temporanea della libertà personale del cittadino straniero in contrasto con gli artt. 3 e 13 della Costituzione italiana. E allora cosa fece il legislatore? Nello stesso anno, con la legge n. 271/2004, il reato (sempre l'inottemperanza all'ordine questorile) venne trasformato in delitto e venne sostanzialmente quadruplicata la pena, passando ad un massimo edittale della pena detentiva che ora assumeva la forma della reclusione di ben quattro anni. Ciò per poter introdurre l'arresto quale misura precautelare che a questo punto poteva risultare funzionale all'applicazione di una misura cautelare coercitiva, perché al tempo rispetto a reati puniti con quattro anni di reclusione nel massimo edittale si poteva applicare la custodia cautelare in carcere; in questo modo il legislatore, quindi, trasformando il reato da contravvenzione a delitto ed esasperando il trattamento punitivo, pensò bene che così poteva aggirare la questione di costituzionalità e prevedere l'arresto obbligatorio in funzione poi anche di misure cautelari coercitive.

3. La disciplina italiana alla prova del diritto UE (P. Caroli)

Prima di vedere come tutto questo va a scontrarsi con il diritto dell'Unione europea, vorrei evidenziare una cosa che è stata sottolineata dal collega Davide Bianchi: la scelta italiana, non solo italiana ma particolarmente netta nell'Italia degli anni 2008-2009, di affrontare l'immigrazione col diritto penale. Lo sottolineo a prescindere dal merito, cioè da come ciascuno di noi pensa sia meglio affrontare i fenomeni migratori. Se c'è, tuttavia, una cosa che il diritto penale non fa mai è risolvere i problemi; al contrario, il diritto penale rappresenta proprio il fallimento della politica. Quando non c'è altra maniera di risolvere un problema, si dice: questo è un reato, Giudice puniscilo; ma questo meccanismo funziona per i fenomeni eccezionali; cioè, eccezionalmente, quando non sei riuscito in alcun modo a risolvere un problema, il Giudice interviene e punisce il responsabile e

lo mette in galera. Ma quando un fenomeno è strutturale e per di più di portata enorme come l'immigrazione, che nessuno Stato riesce a gestire bene (come vedete tutti gli Stati fanno fatica a capire come gestirlo), perché è un fenomeno storico enorme, dire lo affrontiamo con il diritto penale significa non affrontarlo. È quasi un atteggiamento infantile. Il fenomeno non sparisce semplicemente dichiarandolo come un reato; quale funzione può svolgere la pena rispetto al fenomeno di immigrazione massiva? Questo è un non gestire il fenomeno. Lo voglio dire per fare chiarezza.

Questo è quello che ha fatto il nostro legislatore nel 2008-2009: è reato entrare in Italia, è reato restarci; se poi sono clandestino e commetto un reato è addirittura più grave che se lo commette una persona regolarmente presente sul territorio dello Stato. Cosa succede invece nel 2008 a livello europeo? Nel 2008, l'Europa decide di regolare, di dare una disciplina comune alla risposta all'immigrazione irregolare a mezzo della c.d. Direttiva Rimpatri. Si tratta di una direttiva che detta delle linee comuni dove si dice, per esempio, l'immigrato irregolare va sì rimpatriato ma favorendo il rimpatrio volontario; solo se costui non riparte volontariamente, si possono utilizzare delle misure coercitive ma per il minimo tempo indispensabile perché questo riparta. Questa direttiva è stata criticata sia da destra che a sinistra; essa fornisce una disciplina nel mezzo fra repressione e accoglienza.

L'Europa questo chiede agli Stati. Il nostro legislatore però non vuole un sistema di rimpatri volontari, perché questo richiede tutta una serie di supporti e strutture e soldi e a nessun partito piace dire ai propri elettori che ha destinato soldi per queste cose. Il nostro legislatore vuole espellerli mandarli via; scopre, allora, che nella direttiva c'è un'eccezione, ove si dice che non è possibile espellere forzatamente gli immigrati irregolari e mandarli in galera, a meno che questi non debbano restare in galera perché hanno commesso un reato. E che cosa pensa il nostro legislatore? Se io decido che entrare in Italia è un reato o che non adempiere all'ordine di espulsione è un reato, allora ho imbrogliato l'Unione europea, perché di fatto tutti gli immigrati

irregolari commettono un reato, li condannano tutti e posso farci più o meno quello che voglio, posso mandarli in galera e ordinarne l'espulsione. Questo comporta, ovviamente, un sovraccarico enorme degli uffici giudiziari. Viene creato quindi il reato di mancata ottemperanza all'ordine di espulsione. Già c'era quello di ingresso e trattenimento irregolare, solo che ora diventa un delitto punito da uno a quattro anni (quindi non poco).

Che cosa succede? C'è questa disciplina e un enorme sovraccarico, prigioni che si riempiono di immigrati che non avevano commesso altro reato se non quello di essere entrati irregolarmente in Italia o di esservi rimasti dopo un provvedimento di espulsione. A un certo punto un signore nordafricano, che si chiama El Dridi, riceve un decreto di espulsione dal questore di Torino ma non lascia l'Italia spontaneamente; viene fermato a Trento, viene processato e condannato a un anno di reclusione. El Dridi ritiene che questo violi il diritto dell'Unione europea, che non emette norme penali, però ha previsto una disciplina dell'espulsione dove si dice che i migranti non possono essere messi in galera per il solo fatto di essere immigrati irregolari, a meno che non siano trattenuti per un periodo breve funzionale al rimpatrio e comunque separati dai detenuti con rispetto dei diritti umani etc. La Corte d'Appello di Trento non è sicura di questo contrasto e ricorre, fa un rinvio pregiudiziale si dice tecnicamente, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, cioè chiede alla Corte europea se effettivamente c'è questo contrasto e la Corte europea accerta che la disciplina penale italiana, quindi questo reato che prevedeva la pena detentiva, contrasta con la disciplina europea della Direttiva Rimpatri.

Attenzione: non dice che il fatto di qualificare lo stesso migrante irregolare come criminale, cioè di prevedere un reato di immigrazione irregolare - chiamiamolo ingresso, trattenimento, come volete - sia contro il diritto dell'Unione europea; ciò che è contro la disciplina dell'Unione Europea è il fatto di mandare i migranti in carcere per il solo fatto di essere migranti irregolari. Quindi proprio per questo

principio di primazia del diritto europeo, i Giudici di Trento disapplicano la fattispecie penale italiana e liberano il detenuto e di conseguenza tutti i Giudici iniziano a liberare i propri migranti. Vedete che il diritto dell'Unione europea, pur non avendo una competenza penale diretta, viene ad avere quasi un ruolo, si dice, costituzionale perché non solo il diritto penale può venire in contrasto con la Costituzione, ma può venire anche in contrasto con il diritto dell'Unione europea, per cui il diritto dell'Unione europea contribuisce a creare il volto del sistema penale. Di conseguenza, anche se tu legislatore decidi di criminalizzare i migranti per il solo fatto di essere tali, siccome l'Italia fa parte dell'Unione europea e del diritto internazionale (che rileva su altre questioni), tu Italia non puoi fare come vuoi con il diritto penale. Vedete che via via, ora per la Corte costituzionale ora per il diritto europeo, quest'assetto di risposta all'immigrazione con il diritto penale ricostruito dal legislatore italiano si sgretola. E quindi anche il legislatore italiano è costretto a intervenire modificando la disciplina dell'immigrazione per cui questo reato resta, perché i Giudici europei hanno detto che solo la pena detentiva è in contrasto, e viene trasformato in una contravvenzione punito con pena pecuniaria e passato alla competenza dei giudici di pace. Si prevede comunque una pena sostitutiva che è sempre quella dell'espulsione e quindi, alla fine, il legislatore riesce sempre ad arrivare a quello che è il suo fine: l'espulsione obbligatoria.

Questo è l'impatto che la decisione El Dridi produce: smonta l'arma più affilata e cioè la previsione della pena detentiva. Però adesso, prima di lasciare la parola al collega Davide Bianchi, vi dico un po' che cosa succede dopo El Dridi a questo reato perché a questo punto sia il reato di ingresso e trattenimento sul territorio dello Stato che questo reato di mancato ottemperamento all'ordine di espulsione arrivano improvvisamente alla competenza del Giudice di pace, che si trova in questa strana situazione. I Giudici di pace sono dei giudici che hanno una competenza penale limitatissima e si trovano improvvisamente questo carico di lavoro non previsto. Che cosa succede però a queste

due fattispecie? Io mi limito ora all'omesso ottemperamento; che cosa prevede? Questo reato dice che costituisce reato l'omesso ottemperamento all'ordine di espulsione salvo che ciò avvenga per giustificato motivo. E quindi la giurisprudenza inizia a chiedersi "ma che cosa vuol dire giustificato motivo?" e inizia quindi ad assolvere in tutta una serie di casi in cui effettivamente il migrante non ha ottemperato (cioè è rimasto in Italia), ma perché vi era un giustificato motivo. La formula "giustificato motivo" è una formula di equità in cui possono entrare tante cose quindi si dice, ad esempio, se io sono rimasto in Italia perché la mia compagna era incinta questo costituisce il giustificato motivo; se sono rimasto in Italia per sposarmi, questo costituisce giustificato motivo. Quindi vedete non è che sono valutazioni totalmente discrezionali perché la famiglia e i legami affettivi sono tutelati nel nostro ordinamento a partire dalla stessa Costituzione. Poi però i giudici decidono di fare anche un'altra cosa - in modo arbitrario a dire il vero - e cioè di applicare a questa fattispecie anche un altro istituto che il legislatore ha previsto che è l'istituto della non procedibilità per particolare tenuità del fatto. Che cos'è la non procedibilità per particolare tenuità del fatto? Quando io ho commesso sì un reato ma quel reato offende solo lievemente il bene giuridico (per esempio, ho commesso un furto in un supermercato di qualche bene alimentare). Questo istituto si decide di applicarlo anche a questo reato e però che cosa vuol dire particolare tenuità con riferimento al non aver ottemperato a un ordine di espulsione? Qui bisogna un po' dire la verità; i Giudici se lo inventano un po' che cosa vuol dire particolarità e, diciamo, forse più che particolarità si vede proprio emergere una sorta di equità, addirittura forse potremmo dire di buon senso, di questi Giudici che si trovano a dover fronteggiare simili situazioni. Per cui dove il giustificato motivo non arrivava adottano quest'altro strumento e quindi, ad esempio, si dice particolare tenuità se io vengo fermato in treno vicino al confine perché si presume che io stessi per lasciare il territorio dello Stato, allora si dice sì è vero è rimasto in Italia, ma è particolare tenuità perché il migrante forse stava per andarsene. Oppure si dice in alcuni casi rileva il fatto che il migrante fosse nulla

nullatenente: i Giudici dicono cioè sì questo però non aveva veramente nemmeno i mezzi per comprarsi un biglietto del treno; quindi, c'è il reato ma non puniamo perché c'è la particolare tenuità. In altri casi il Giudice di pace dice che la particolarità è data dal fatto che ti ho fermato mentre non stavi commettendo alcun reato. cioè non è che ti ho fermato perché facevi una rapina e ho scoperto che eri clandestino, magari ti ho fermato in un controllo mentre stavi guidando oppure ci sono casi in cui ti ho fermato perché c'è una lite condominiale, però non è che stavi commettendo dei reati.

Perché ve la racconto in questa maniera? Perché, da un lato, queste decisioni suscitano una certa comprensione umana per i casi umani che questi Giudici si trovano di fronte; dall'altro, fa un po' ridere dal punto di vista giuridico .perché la particolare tenuità si parametrizza sul bene tutelato e se lo scopo di questa norma è tutelare i confini e combattere l'immigrazione irregolare, che io entri e faccia il *pusher* o che io entri e faccia la badante, è esattamente uguale perché io sono un immigrato irregolare, ho comunque violato i confini. Cioè il fatto che tu mi dica “ma sì, ti ho fermato ma non stavi commettendo reato” non c'entra niente, perché non è una aggravante di clandestinità, il bene tutelato è la difesa dei confini, Ma allora perché questi Giudici di pace si inventano queste soluzioni? Da una parte c'è sicuramente una certa empatia umana, ma dall'altra c'è anche una consapevolezza dei principi fondamentali che guidano il nostro ordinamento giuridico, dei motivi per cui noi possiamo utilizzare il diritto penale. Che cosa possiamo andare a punire? Non possiamo punire tutto e quindi paradossalmente questi Giudici, forse, ci stanno facendo capire che queste norme non sono propriamente costituzionali, perché andare a punire una persona semplicemente per essere rimasto in Italia e non aver adempiuto a un ordine questorile, probabilmente non giustifica l'uso dello strumento penale. Questo è il c.d. principio di offensività, principio che ci dice che noi possiamo usare lo strumento penale solo per dei comportamenti che attaccano i beni giuridici e quindi interessi così fondamentali per la collettività che non si può lasciare impunito

chi li aggredisce e che li mette in pericolo. Domanda: la tutela dei flussi, come dice la Corte Costituzionale, giustifica questo intervento? I penalisti sono divisi sul punto, ma molti tendono a dire di no. Guardate che non è una questione di proporzione, perché qualcuno potrebbe dirmi “sì ma adesso la pena è pecuniaria”. A parte che, come abbiamo detto, la pena pecuniaria può essere sostituita con l'espulsione, ma non c'entra la proporzione, è un uso che si fa del diritto penale, perché io potrei anche prevedere per alcuni comportamenti una pena pecuniaria bassissima, che magari equivale a una sanzione amministrativa. Faccio un esempio: se io immaginassi domani di introdurre un reato per chi parcheggia abusivamente e magari lo punisco con una pena pecuniaria bassa, che è simile a quella sanzione amministrativa che chiamiamo colloquialmente multa, comunque questo non rispetterebbe il principio di offensività, perché il diritto penale non si può usare per un comportamento che non lede dei beni fondamentali per la collettività. Parcheggiare dove non è consentito potrà ledere il decoro, ma non è un interesse fondamentale e quindi anche in questa materia di immigrazione come vedete è dubbio se questo accade, senza contare che, come abbiamo detto, in termini di prevenzione questo non incide per niente sul fenomeno migratorio, perché quello che fa semmai è, da un lato, intasare gli uffici giudiziari e, dall'altro, costituisce un'ulteriore peso e discriminazione su queste persone che sono in Italia in maniera irregolare, che magari cercano di inserirsi, magari cercano di ottenere un permesso di soggiorno e che si trovano a loro carico un procedimento penale a rischio di espulsione e via discorrendo.

4. La disciplina sull'immigrazione e la Corte costituzionale (D. Bianchi)

Riprendendo la questione dei limiti alle scelte di criminalizzazione, è opportuno ribadire che la proporzione non sempre può salvare una scelta di incriminazione sbagliata. Se un comportamento non merita la risposta giuridico-penale, il fatto che sia stata prevista una pena bassa

non basta ad assicurare la costituzionalità, la legittimità costituzionale della norma incriminatrice. Oltre a quanto già detto, si possono all'uopo evidenziare altri profili. Primo, bisogna rammentare che il procedimento penale è costosissimo, cioè il fatto che i nostri giudici penali – in questo caso i giudici penali di pace – siano soverchiati da procedimenti *ex artt. 14, commi 5 ter e 5 quater, e 10 bis T.U. Imm.* non è banale, perché questo è uno spreco immane di risorse statali. E questo da un punto di vista economicistico, che comunque ha il suo peso. Ma se guardiamo a un piano ancora più rilevante e decisivo, bisogna considerare che la sanzione penale e prima ancora il procedimento penale non comportano solo la limitazione di diritti intrinseca alla pena in sé e per sé. Quindi se è pena detentiva vuol dire privazione della libertà personale, se pena pecuniaria vuol dire, evidentemente, decurtazione del patrimonio. Ma non è solo questo la pena, perché essa è anzitutto stigma sociale. Da sempre la pena nell'ordinamento – per questo è la sanzione più terribile a disposizione legislatore – ha una funzione e un effetto di stigmatizzazione sociale e questo è proprio il marchio tipico della pena. Quindi se viene usata a sproposito, al di fuori dei principi di ragionevolezza, offensività e materialità, la pena – anche se bassa – comporta questo stigma sociale che è già di per sé un danno enorme ed è quello esattamente che si verifica anche in questa sfera, come in molte altre. Peraltro, occorre una precisazione aggiuntiva sulla pena pecuniaria. La pena pecuniaria, come detto, ad oggi sconta dei tassi di ineffettività mostruosi; ed è quindi a maggior ragione assolutamente ridicola rispetto ad un immigrato irregolare. È anche vero però che c'è stata una recente riforma che ha rappresentato un "giro di vite" sul punto: nel 2022, tra le molte modifiche in senso "mitigativo", la riforma c.d. Cartabia ha però modificato in senso "inasprente" il meccanismo riscossivo delle pene pecuniarie, per cui ad oggi è molto più facile subire una pena limitativa di beni personali, ad esempio, nella forma del lavoro di pubblica utilità o addirittura della detenzione domiciliare, per mancata esecuzione di una pena pecuniaria, per il mancato pagamento di una pena pecuniaria (ossia di una "multa" per i delitti o di una "ammenda" per le contravvenzioni).

Quindi a maggior ragione il fatto che questi reati siano puniti esclusivamente con pena pecuniaria, anche dal punto di vista della proporzione (tra illecito e reazione giuridica) non può farci stare molto tranquilli, perché se la multa (per i reati di cui all'art. 14) o l'ammenda (per il reato di cui all'art. 10 bis) non viene pagata, si può ora convertire in pene più severamente limitative dei diritti del condannato rispetto a prima.

Andiamo ora a vedere più da vicino le vicende costituzionali cioè relative alla giurisprudenza costituzionale quindi della Consulta, della Corte costituzionale, che hanno interessato la sopra richiamata aggravante della clandestinità di cui all'art. 61, n. 11 bis), c.p. e il summentovato reato di clandestinità di cui all'art. 10 bis T.U. Imm. Quanto all'aggravante, già abbiamo detto che è stata introdotta dal d.l. n. 92/2008: essa prevedeva un aggravamento di pena (fino ad 1/3) per qualsiasi reato (come detto, si trattava di una circostanza "comune") commesso da un soggetto irregolarmente presente sul territorio dello Stato («l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale»). Tale aggravamento per la condizione di clandestinità era dunque astrattamente applicabile a qualsivoglia reato e quindi anche a reati che non avevano assolutamente nessun legame con lo *status* di straniero irregolare. Quindi anche rispetto a reati per cui l'essere, il soggetto, privo del titolo abilitativo che l'avrebbe autorizzato a rimanere nel territorio dello Stato, comunque non aveva nessuna incidenza né sulla realizzazione del reato né sull'incremento della sua portata offensiva né come dimostrazione di maggiore capacità a delinquere. E proprio questa disconnessione funzionale tra l'aspetto della gravità del reato e della pericolosità sociale, da un lato, e la condizione soggettiva dello straniero, dall'altro, portò, anche in questo caso, al sollevamento della questione di legittimità costituzionale. E anche stavolta la questione è stata accolta dalla Consulta, con la sentenza n. 249 del 2010.

Pare opportuno riportarne un passaggio molto esplicativo, davvero ben scritto: «Questa Corte, in tema di diritti inviolabili, ha dichiarato,

in via generale, che essi spettano “ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani” (sentenza n. 105 del 2001). La condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell’ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato. Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l’illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti “del tutto estranei al fatto-reato”, introducendo così una responsabilità penale d’autore “in aperta violazione del principio di offensività [...]” (sentenza n. 354 del 2002). D’altra parte “il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero” (sentenza n. 62 del 1994). Ogni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall’assunto che, in presenza di un diritto inviolabile, “il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell’inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante” (sentenze n. 366 del 1991 e n. 63 del 1994)». Quindi, un regime punitivo differenziato tra cittadino e non cittadino, specie in materia penale, proprio perché il diritto penale va a incidere direttamente su beni costituzionali fondamentali della persona, deve superare – dice la Corte – un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente l’accertamento di una sua non manifesta irragionevolezza. E poste queste premesse, la Corte ha avuto buon gioco nell’escludere la legittimità costituzionale di questo art. 61 n. 11 bis) c.p. perché, come detto, questa circostanza aggravante girava intorno ad un meccanismo puramente presuntivo e sconnesso da massime d’esperienza condivise. Il fatto, cioè, di commettere il reato in condizioni di clandestinità non può voler dire che necessariamente questo reato è più grave di quello commesso da un qualsiasi altro

soggetto né può essere considerato l'inequivoco sintomo di una maggiore pericolosità sociale del soggetto. Proprio questa disconnessione funzionale tra la condizione di cittadino straniero irregolare e la realizzazione del reato ha portato la Corte costituzionale a dichiarare l'illegittimità costituzionale di questa circostanza aggravante per violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.) ma anche del principio di offensività. Riprendiamo ancora la pronuncia del Giudice delle leggi: «la ratio sostanziale posta a base della norma censurata è una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere [...] la qualità di immigrato «irregolare» – che si acquista con l'ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno “stigma”, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, [...] Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento. Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato» (ossia anche in rapporto alle norme circostanziali). Il fatto alla base della responsabilità penale cioè non può essere uno stato soggettivo, ma solo ciò che materialmente si concreta, quello che materialmente si realizza nella realtà esteriore, fenomenica, ossia l'offesa che il soggetto va a concretizzare tramite la propria condotta. Quindi, se non c'è una qualche connessione rilevante tra la violazione pregressa della disciplina amministrativa che ha determinato la condizione di irregolare presenza sul territorio dello Stato e il fatto di

reato che si va a commettere, è evidente che la (maggiore) punizione si appunta su di un mero stato soggettivo, in maniera del tutto irragionevole e discriminatoria. Quindi giustamente la Corte ha dichiarato incostituzionale quest'aggravante per violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e offensività. Peraltro - secondo quanto precisato dalla Corte costituzionale anche al tempo - quando fu introdotta l'aggravante della clandestinità (art. 61, n. 11 bis, c.p.) non era stato ancora introdotto il reato di clandestinità (art. 10 bis T.U. Imm., previsto l'anno successivo, nel 2009); quindi a maggior ragione non aveva senso andare ad inasprire in maniera generalizzata e presuntiva il trattamento penale solo sulla premessa di una violazione puramente amministrativa. Quando la Corte si è trovata a decidere, nel 2010, però si sarebbe potuto obiettare "beh, ma se dal 2009 esiste il reato di clandestinità, assume un peso diverso anche l'aggravante, perché questa viene ad essere agganciata alla commissione già di un fatto penalmente rilevante" (l'essere entrato nel territorio italiano o l'essersi ivi trattenuto in assenza di titolo abilitativo). Ma la Corte si è fatta carico anche di questa possibile obiezione, evidenziando che se il fatto di fare ingresso irregolarmente nel territorio dello Stato o di rimanervi senza il necessario titolo abilitativo è stato elevato addirittura a illecito penale (a reato), allora non si può duplicare la risposta sanzionatoria penale, poiché ciò darebbe luogo alla violazione del principio fondamentale del *ne bis in idem*. Se un soggetto già viene punito per l'ingresso o l'illecito trattenimento sul territorio dello Stato, poi non può essere punito un'altra volta a titolo di aggravamento della pena per un altro reato. Questo sarebbe un *bis in idem*, ossia una ingiustificata duplicazione del trattamento punitivo. E questo è stato uno degli argomenti ulteriori a corredo che ha cementato la declaratoria di illegittimità costituzionale.

Senonché di lì a poco - ed è la sentenza numericamente proprio successiva - con la sentenza n. 250 del 2010, la Corte ha affrontato anche un'altra questione di costituzionalità, inerente stavolta il reato di clandestinità (art. 10 bis T.U. Imm.). Questa ulteriore questione di

legittimità costituzionale (quindi sul fatto che fosse costituzionalmente legittimo o meno il reato di clandestinità previsto e punito dall'art. 10 bis T.U. Imm.) è stata però dichiarata infondata, con la conseguenza che abbiamo ancora questo reato contravvenzionale sanzionato con pena pecuniaria. Certo, la stragrande maggioranza dei soggetti che vengono condannati per questo reato non può pagare; può esservi però, come detto, la sanzione sostitutiva dell'espulsione e ora c'è anche il rischio concreto che la pena pecuniaria venga convertita in una sanzione non privativa ma comunque limitativa della libertà personale, essendovi, nei casi di mancata riscossione, un più efficiente (e severo) meccanismo di conversione della pena originariamente pecuniaria.

Cercando di comprendere le ragioni della decisione della Consulta, anzitutto, si può dire che essa abbia "rispolverato" una sua dottrina tradizionale che rappresenta un po' un cavallo di battaglia, che ha una sua plausibilità ma che ha anche dei profili di criticità. La Corte, cioè, ha ribadito che le scelte di criminalizzazione spettano alla politica in base al principio di separazione dei poteri ed essa, proprio per evitare di invadere le competenze legislative, può sindacare – può sottoporre a scrutinio e quindi eventualmente censurare – una scelta di criminalizzazione, o penalizzazione che dir si voglia, solo laddove manifestamente irragionevole. Qualcuno potrebbe obiettare che nella sentenza precedente la Corte aveva richiesto un "vaglio positivo di ragionevolezza" e quindi un vaglio molto più stringente di una non manifesta irragionevolezza. Qui tuttavia la prospettiva è un po' diversa, perché, mentre nella sentenza n. 249/2010 la Corte ha affermato che a parità di fatto di reato andare a introdurre una differenziazione rispetto ad una certa categoria di soggetti era possibile solo se tale differenziazione era effettivamente ragionevole, nella sentenza n. 250/2010, invece, viene presa in considerazione la stessa scelta di criminalizzazione, ossia se prevedere come reato l'ingresso irregolare o il trattenimento irregolare sul territorio dello Stato o non prevederlo (lasciandolo illecito amministrativo). E qui la Corte ha

ritenuto, come tradizionalmente ha sempre fatto e tendenzialmente continua a fare, che il legislatore avesse un margine di apprezzamento, un margine discrezionale (discrezionalità politica) più elevato. Quindi questo primo passaggio, tutto sommato, non desta perplessità. I passaggi successivi, invece, appaiono più critici.

La Corte, infatti, nel respingere la questione di costituzionalità afferma che il reato di clandestinità rispetta il principio di materialità. E fin qua il discorso appare condivisibile: il principio di materialità è il presupposto base di quello di offensività (il principio di materialità è un principio storico del diritto penale, almeno dal pensiero illuminista in poi), imponendo al legislatore di prevedere come reati solo ed esclusivamente condotte che si sono estrinsecate nella realtà fenomenica, naturalistico-sociale. Quindi, vigendo il principio di materialità, non si possono punire meri atteggiamenti interiori (i pensieri, i sentimenti che non si sono esteriorizzati, che non hanno avuto una manifestazione concreta) e non si possono punire meri *status* soggettivi in sé per sé considerati. I tribunali remittenti (cioè quelli che avevano sollevato la questione costituzionalità) avevano ritenuto che questo art. 10 bis andasse in realtà ad incriminare uno *status* puramente soggettivo, cioè appunto la condizione di straniero irregolare. Sul punto la Corte risponde nei seguenti termini: «Contrariamente a quanto sostiene il giudice rimettente, non si può [...] ritenere che l'art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998, introducendo nell'ordinamento la contravvenzione di "ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato", penalizzi una mera "condizione personale e sociale" – quella, cioè, di straniero "clandestino" (o, più propriamente, "irregolare") – della quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale. Oggetto dell'incriminazione non è un "modo di essere" della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative «fare ingresso» e «trattenersi» nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio, di cui

all'art. 1 della legge n. 68 del 2007: locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l'omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza).

La condizione di cosiddetta "clandestinità" non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità (non diversamente da come la condizione di pregiudicato per determinati reati deriva, salvo il successivo accertamento giudiziale, dall'aver commesso i reati stessi)». Questo per dire che cosa? Che non è che vi è una penalizzazione di uno *status* soggettivo, secondo la Consulta, ma si punisce una condotta materiale che viola la disciplina amministrativa che regola l'entrata e la permanenza dello straniero sul suolo italiano. Questo è indubbio; tuttavia si tratta di una violazione di carattere per lo più formale, priva di una effettiva offensività. E infatti i tribunali remittenti avevano sottolineato – in maniera più centrata rispetto alla censura avente ad oggetto il contrasto col principio di materialità (che effettivamente può ritenersi non sussistente) – che la norma incriminatrice contrastava anche con il principio di offensività, ritenendo che questa condotta, violatrice di queste disposizioni amministrative, non comportasse un'effettiva lesione o messa in pericolo di un qualche bene giuridico, di un qualche interesse tangibile e meritevole di una tutela così forte come quella giuridico-penale. E qui in effetti pare che il dubbio di costituzionalità sia abbastanza fondato; ma la Corte costituzionale è stata di diverso avviso, sostenendo che non si tratti di un reato "di mera disobbedienza", di un reato meramente formale. E la Corte individua l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice in questione nei seguenti termini: «Il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei

flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi, del resto, del bene giuridico “di categoria”, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero. L’ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata». E quali sarebbero questi beni giuridici finali di sicuro rilievo costituzionale? La Corte dice: «La regolamentazione dell’ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è, difatti, “collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l’ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione” (sentenze n. 148 del 2008, n. 206 del 2006 e n. 62 del 1994): vincoli e politica che, a loro volta, rappresentano il frutto di valutazioni afferenti alla “sostenibilità” socio-economica del fenomeno». Perché allora ci si permette di esprimere delle perplessità? Perché, anche ammesso che i beni finali indirettamente tutelati tramite la protezione del bene strumentale della regolarizzazione dei flussi migratori siano effettivamente costituiti da ordine pubblico, sanità pubblica, sostenibilità socio-economica etc., anche ammesso che sia davvero così, c’è un problema attinente alle c.d. modalità di tutela. Il principio di offensività, infatti, non esprime un vincolo solo nella scelta dei beni giuridici tutelabili mediante il diritto penale, non è sufficiente individuare un qualche interesse meritevole di tutela per convalidare una norma penale; il principio di offensività esprime anche un vincolo ulteriore. Questa è la seconda dimensione, la seconda faccia del principio di offensività che non è meno importante della prima ma è coesenziale alla prima: il principio di offensività va a limitare le scelte di incriminazione del legislatore anche sotto il profilo delle modalità di tutela. Che vuol dire? Vuol dire che dovrebbe

avere rilevanza penale solo ed esclusivamente una condotta che non è genericamente indirizzata contro un bene giuridico meritevole ma che effettivamente esprime un grado significativo di aggressione a quel bene, cioè una capacità reale di offesa di quel bene. Pertanto, dovrebbero costituire oggetto delle fattispecie incriminatrici solo condotte che vanno a lesionare, a danneggiare, compromettere, intaccare nella sua funzionalità o nel suo valore il bene giuridico o, al più, se non proprio condotte direttamente lesive, quantomeno condotte che sono effettivamente in grado di costituire un pericolo per il bene giuridico. Questa è la massima anticipazione di tutela che si può avere col diritto penale, non si dovrebbe andare oltre l'incriminazione del pericolo per il bene giuridico. Quindi parliamo di condotte che effettivamente presentano una potenzialità lesiva nel senso di probabilità concreta di causazione, di determinazione, di realizzazione della lesione al bene giuridico. Ora ci si deve domandare: il semplice fatto, puro, di entrare in Italia senza i necessari titoli abilitativi o di permanervi senza un titolo abilitativo ancora valido ed efficace pone concretamente in pericolo l'ordine pubblico, la sanità pubblica o la sostenibilità socio-economica dello Stato italiano? Si può veramente individuare una relazione probabilistica di lesione tra questa condotta e questi beni finali? Cioè si può dire che ogni condotta violatrice della disciplina amministrativa che presiede ai flussi migratori comporta un pericolo per questi beni fondamentali della società italiana? Pare sinceramente di no, quindi, anche se si ritenesse, come ha fatto la Corte costituzionale, che il principio di offensività è rispettato perché è stato individuato un bene strumentale rispetto a beni finali di sicura rilevanza costituzionale, mancherebbe comunque il secondo aspetto dell'offensività, perché non può dirsi che ogni violazione delle norme di regolazione dei flussi migratori sia effettivamente pericolosa per quei beni. C'è il rischio di ritornare a un ragionamento di tipo presuntivo secondo il quale il soggetto irregolarmente presente nel territorio dello Stato sarebbe sempre e comunque pericoloso. Questo non lo si può sostenere, tale ragionamento presuntivo andrebbe

rigettato in base alle stesse argomentazioni che la Consulta ha reso nella sentenza n. 249/2010.

Da ultimo, si può rilevare come, nella prassi applicativa, il reato di cui all'art. 10 bis T.U. Imm. abbia avuto una contrazione, una restrizione simile a quella già illustrata rispetto al reato d'inottemperanza all'ordine questorile di cui all'art. 14, commi 5 ter e 5 quater, T.U. Imm. Come detto, già nella disposizione incriminatrice di cui all'art. 14 è presente una clausola di salvezza nella previsione del «salvo giustificato motivo». Se c'è quindi un giustificato motivo che porta all'inottemperanza dell'ordine questorile, il reato non si integra. E questo ha consentito un ampio esercizio di discrezionalità ai giudici di pace italiani per non applicare la norma incriminatrice in tanti casi. Peraltro, è proprio uno studio sulle sentenze dei giudici di pace italiani condotto dal Prof. Caroli ad aver enucleato questa prassi applicativa e lo ha fatto sia in riferimento all'art. 14 che in riferimento all'art. 10 bis. Però rispetto a quest'ultima fattispecie criminosa il meccanismo giuridico è diverso, perché, a differenza che nell'art. 14, commi 5 ter e 5 quater, nell'art. 10 bis non compare nessuna clausola di salvezza. E allora come ha fatto il giudice di pace a disapplicarlo nei casi di giustificato motivo per l'ingresso irregolare sul suolo italiano? In realtà la Corte costituzionale, con la medesima sentenza con cui ha confermato la costituzionalità dell'art. 10 bis, ha anche offerto lo strumento interpretativo per disinnescarlo in tanti casi di giustificato motivo. Infatti, ha giustamente additato l'articolo 34 del decreto legislativo n. 274/2000 (decreto che costituisce la regolamentazione generale della giurisdizione di pace) che consente di emanare una sentenza di proscioglimento nei casi di «particolare tenuità del fatto». E la stessa Corte costituzionale, sempre nella sentenza n. 250/2010, ha affermato che «le irregolarità di più ridotto significato» (per usare l'espressione della stessa Consulta) possono ben ricadere in questo art. 34 e quindi non andare incontro alla risposta sanzionatoria penale. E, appunto, come rilevato nella sua ricerca dal Prof. Caroli, anche qui i giudici di pace hanno fatto larga applicazione di questa clausola di non

punibilità proprio per evitare di arrivare ad una condanna che sentivano ingiusta, non solo a livello umano ma anche propriamente giuridico, perché effettivamente c'è una frizione di fondo tra questo tipo di incriminazione e i principi costituzionali e, in particolare, il principio di offensività.

Per approfondire

P. Caroli, *La competenza penale del giudice di pace in materia di immigrazione. Un costituzionalismo "dal basso"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, p. 336 ss.

G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Hart Publishing, Oxford, 2021

V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2012, p. 99 ss.

C. Morselli, *Commentario al Testo Unico dell'immigrazione*, Pacini giuridica, Pisa, 2023

M. Pelissero, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2010, p. 147 ss.

Il pluralismo delle identità religiose tra libertà e sicurezza

di Ilaria Zuanazzi

Professoressa ordinaria di Diritto canonico ed
ecclesiastico

Università degli Studi di Torino

e Maria Chiara Ruscazio

Professoressa associata di Diritto canonico ed
ecclesiastico

Università degli Studi di Torino

La coesistenza di diverse credenze religiose è una situazione che caratterizza ormai stabilmente le nostre società occidentali, generando svariate problematiche di rilevanza giuridica. Una di queste riguarda la garanzia della sicurezza, cioè delle condizioni per una convivenza pacifica e ordinata; un compito tipico dell'ordinamento statale, ma anche una dimensione rilevante per l'ordinamento euro-unitario: l'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea impegna infatti questa istituzione ad offrire al cittadino uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia.

In che modo, allora, il compito istituzionale di garantire la sicurezza interseca il tema della disciplina della diversità religiosa? Lo fa nella misura in cui la diversità religiosa può entrare in tensione con la garanzia della sicurezza, in un duplice senso. Anzitutto, in quanto le identità religiose possono implicare dei comportamenti religiosamente motivati che mettono in pericolo beni primari per l'ordinamento e quindi, in maniera mediata o immediata, mettono in pericolo il bene della tranquillità, della pace sociale, della sicurezza. In secondo luogo, perché le identità religiose, essendo connotate da specifiche peculiarità che possono risultare estranee al contesto sociale e culturale in cui vengono a inserirsi, possono suscitare delle reazioni 'di rigetto', che si traducono in attacchi verso le religioni; attacchi che, a loro volta, possono porre a rischio la pace sociale, e quindi la pacifica, libera e ordinata convivenza delle persone. L'ordinamento è chiamato dunque a prevenire e a disinnescare queste tensioni, perché senza sicurezza non vi può essere libertà, anche religiosa; al contempo, la difesa della sicurezza non deve tradursi nel sacrificio della libertà e dell'uguaglianza religiose, altrimenti diventa illegittima, e quindi, in ultima analisi, a sua volta distruttiva della pacifica convivenza tra i consociati.

Da qui l'utilità di ricostruire il quadro generale delle problematiche e dei valori – ordine pubblico, diritti fondamentali – coinvolti nella regolamentazione degli ambiti di pubblica sicurezza, con particolare riguardo all'impatto esplicito dalle manifestazioni violente di opinione - i c.d. "discorsi di odio" – che possono riguardare anche gli attori religiosi, sia in qualità di protagonisti attivi, che di vittime di tali modalità espressive.

Per approfondire

R. Mazzola, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Giuffrè, Milano, 2005

Libertà religiosa e sicurezza: dalla “difficile convivenza” alla necessaria circolarità

di Alessandro Negri

Ricercatore di Diritto e Religione
Università degli Studi di Milano

Obiettivo di questo breve intervento è introdurre il tema del rapporto tra libertà religiosa e sicurezza, una questione rilevante e complessa che ormai da più di vent'anni non perde centralità tanto nel dibattito politico quanto in quello giuridico. A partire dagli eventi dell'11 settembre 2001, infatti, tutti gli ordinamenti occidentali sono stati chiamati a confrontarsi con questa dinamica, al punto da farle assumere un ruolo prioritario nell'agenda pubblica, sulla scorta di inedite paure e, appunto, percezioni di insicurezza figlie dell'insorgere del nuovo terrorismo religiosamente motivato.

A ben vedere, già durante gli anni '90 il tema suscitava qualche interesse, in particolare in relazione al fenomeno delle sette religiose, ma è innegabile che solo con la stagione degli attentati di asserita matrice religiosa, nel nuovo millennio, sia assunto al rango di elemento

determinante nelle politiche pubbliche. Potremmo arrivare a sostenere che si tratta oggi di un tema quasi classico, di perenne attualità, che anche quando pare perdere di rilevanza, come negli anni della pandemia da Covid-19, poi riaffiora inevitabilmente, come si nota oggi con la recrudescenza delle tensioni globali e la riemersione della violenza religiosamente motivata.

La questione, quindi, è tornata in primo piano, continuando ad esigere un approccio bilanciato da parte di legislatori e giurisprudenza, che sappia tenere conto della complessità di interessi contrapposti.

La relazione tra libertà religiosa e sicurezza, infatti, prende le mosse dall'emergenza terroristica jihadista, ma non si limita a essa, estendendo i suoi contorni ben oltre, fino a toccare tutta una serie di questioni apparentemente lontane. Basti pensare alle problematiche relative all'edilizia di culto, specie alla costruzione di nuove moschee, o all'uso di simboli religiosi nello spazio pubblico, come il velo islamico, sul cui uso, nonché sulla necessità di eventuali limitazioni, si dibatte da anni in tutta Europa.

Nel contesto italiano, vale la pena di ricordare tre sentenze, tra le più discusse in dottrina nell'ultimo decennio, che, pur non affrontando direttamente la questione del terrorismo, dimostrano come il tema della sicurezza possa emergere come un limite – implicito o esplicito – alla libertà religiosa, delineando un quadro giuridico complesso e in evoluzione. Da queste, si vedrà, emerge plasticamente quella “difficile convivenza” tra sicurezza e libertà religiosa di cui ha argutamente parlato la dottrina.

La prima è la sentenza della Corte costituzionale n. 52/2016, che riguarda i rapporti tra il governo e le confessioni religiose intenzionate a stipulare un'intesa secondo l'articolo 8, terzo comma, della Costituzione. In questa pronuncia, la Corte ha stabilito che il governo, nel decidere se stipulare un'intesa, gode di piena e giurisdizionalmente insindacabile autonomia, potendo tenere conto delle “vicende che la

realtà mutevole e imprevedibile dei rapporti politici interni ed internazionali offre copiosa”. Dunque, può considerare tutto ciò che accade non solo sullo scenario politico italiano, ma anche su quello internazionale; più di un lettore, quindi, ha scorto in quelle parole della Corte un riferimento a quanto stava accadendo sulla scena europea nel 2016 in materia di terrorismo religiosamente ispirato. È chiaro, quindi, che in controluce, indirettamente, si può intravedere sullo sfondo della decisione della Corte la questione della sicurezza, di tale rilevanza da poter giocare un ruolo persino nelle decisioni governative in materia di selezione degli interlocutori con cui stipulare un’intesa.

La seconda sentenza, sempre della Consulta, la n. 63/2016, riguarda l’edilizia di culto e conferma l’importanza della sicurezza come limite alla libertà religiosa. In questa decisione, ben più esplicita della precedente, la Corte costituzionale afferma chiaramente che “la sicurezza è un interesse costituzionale da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto”. Questo passaggio evidenzia come il diritto alla libertà religiosa, pur essendo garantito dalla Costituzione, non sia assoluto e debba essere bilanciato anche con l’interesse pubblico alla sicurezza.

Infine, vale la pena di segnalare la sentenza della Corte di Cassazione n. 24084/2017 in materia di reati cd. culturalmente motivati, molto criticata dalla dottrina ecclesiasticistica e non solo. Nello specifico, la pronuncia confermava la condanna inflitta a un fedele Sikh fermato in possesso del *kirpan*, il pugnale rituale tipico del suo culto, per il reato di porto di armi senza giustificato motivo. Non è tanto l’esito della decisione a rilevare in questo caso, quanto la motivazione addotta dalla Corte, secondo cui, dal momento che “il tessuto culturale e giuridico del nostro Paese individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare”, questa deve prevalere decisamente su istanze di libertà religiosa che muovano in direzione opposta, ponendo pericoli anche del tutto astratti all’ordine pubblico.

Come evidente, si tratta di tre casi che nulla hanno a che fare con la minaccia terroristica religiosamente motivata, ma di profili del tutto diversi in cui si articola la questione di cui ci stiamo occupando e in cui il totem della sicurezza riveste però, sempre, un'importanza capitale.

Tornando alle radici del nostro ordinamento, è significativo osservare come, già in Assemblea Costituente, ci si fosse interrogati sulla possibilità di limitare la libertà religiosa in nome della sicurezza. L'articolo 19 della Costituzione sancisce infatti che *“tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume”*.

Nella formulazione della disposizione, i Costituenti delinearono alcune facoltà espressamente garantite – la professione di fede, la propaganda e l'esercizio del culto – mentre stabilirono un unico limite esplicito: la non contrarietà dei riti al buon costume. Questo confine, volutamente generico e adattabile all'evoluzione della morale sociale, rappresentava una scelta consapevole: evitare di includere nella norma ogni richiamo all'ordine pubblico, e quindi alla sicurezza. Tale riferimento, infatti, era invece presente nella legislazione sui culti ammessi del 1929, di epoca fascista, dove si prevedeva che i culti fossero autorizzati solo se i loro principi e riti non fossero contrari a ordine pubblico e buon costume. Il limite, dunque, lì era addirittura quadruplice: i culti non dovevano presentare principi contrari all'ordine pubblico (1) e al buon costume (2), né riti contrari all'ordine pubblico (3) e al buon costume (4). Oggi invece, in età costituzionale, il limite è rimasto solo uno: il buon costume in riferimento solo ai riti.

La scelta di eliminare l'accento all'ordine pubblico dalla Costituzione del 1948 aveva una precisa connotazione politica: segnare una rottura con il passato regime, che aveva utilizzato il concetto di ordine pubblico come strumento principe, a mo' di grimaldello, per limitare molte libertà. Tuttavia, ciò non significa che la libertà religiosa sia priva di recinti al di fuori di quello del buon costume: come abbiamo visto

dalle menzionate pronunce giurisprudenziali, la sicurezza può legittimamente assurgere a limite in situazioni specifiche.

La nostra Costituzione, poi, non menziona esplicitamente il principio di laicità, ma ciò non significa che l'Italia non sia uno Stato laico; anzi, lo è con una connotazione particolare, che la giurisprudenza costituzionale ha sviluppato nel tempo. La sentenza n. 203/1989 e, più recentemente, la sentenza n. 67/2017 hanno delineato una laicità “attiva” e garantista. Non si tratta di indifferenza dello Stato nei confronti del fattore religioso, ma di una laicità che tutela e promuove la libertà religiosa e il pluralismo.

Questo approccio riflette un impegno, in linea con l'articolo 3 della Costituzione, a rimuovere gli ostacoli che impediscono l'esercizio pieno delle libertà individuali, compresa quella religiosa. Lo Stato italiano, dunque, non può rimanere indifferente rispetto all'esperienza religiosa, ma deve attivarsi per garantirne la massima espansione, naturalmente bilanciandola con le esigenze di salvaguardia e tutela degli altri diritti fondamentali.

La sintetica analisi fin qui condotta ci consente di comprendere come la tutela della libertà religiosa sia stata modellata nel tempo, evolvendo in risposta a contingenze politiche e sociali. Il suo legame con la sicurezza appare certamente di debordante attualità, non solo a livello italiano, ma anche in prospettiva internazionale, come dimostra il caso francese cui ora si farà cenno, ma affonda in realtà le sue radici nel passato, a volte persino nella genesi degli ordinamenti contemporanei.

La Francia, per esempio, paese europeo più di ogni altro colpito da attentati di matrice jihadista, nel 2021 ha visto l'introduzione della legge n. 1109, nota come “*loi confortant le respect des principes de la République*”. Tale pacchetto normativo mira soprattutto a contrastare il cd. separatismo islamista, quel fenomeno che, secondo le autorità d'Oltralpe, promuove una *contre-société*: una struttura parallela che

rifiuta i valori e le leggi della Repubblica per imporre regole basate su una visione politico-religiosa dell'Islam.

Particolarmente voluta dal presidente Macron, la legge si caratterizza per un approccio che, in nome della sicurezza, è persino disposto a riconfigurare principi fondamentali della Repubblica: la laicità, citata nella Costituzione francese addirittura all'art. 1, viene così oggi modellata, secondo alcuni commentatori, appunto in un'ottica *sécuritaire*. L'idea è che la difesa dei valori repubblicani sia uno strumento per prevenire le basi culturali e sociali su cui può attecchire il separatismo e, di conseguenza, il terrorismo jihadista, anche a rischio di apparire intransigente nei confronti di alcune manifestazioni di libertà religiosa. Per arrivare a garantire l'ordine pubblico materiale, la sicurezza, si è scelto dunque di insistere sull'ordine pubblico ideale, cioè sui principi generali dell'ordinamento e sugli ideali che lo ispirano. In particolare, la scuola è stata posta al centro di questa strategia, considerata il luogo privilegiato per la trasmissione dei valori della Repubblica e per arginare fenomeni di radicalizzazione.

Un altro riferimento internazionale importante è poi rappresentato dall'OSCE, che nel 2019 ha pubblicato linee guida appositamente dedicate al rapporto tra libertà di coscienza e religione e sicurezza, viste sì come ormai inevitabilmente connesse ma necessariamente da bilanciare armonicamente.

Il documento OSCE parla di "sicurezza integrata", secondo l'idea per cui libertà di religione e sicurezza non debbano essere due nemici ma possano viaggiare insieme, non in competizione ma complementari, interdipendenti. L'approccio promosso dall'OSCE riconosce che la sicurezza non è solo l'assenza di minacce, ma una condizione che rafforza l'effettivo esercizio dei diritti fondamentali, compresa la libertà di religione.

Si tratta evidentemente di una prospettiva ben diversa da quella consueta, ma altrettanto complessa da tradurre in termini giuridici concreti. Come possiamo pensare, infatti, a una sicurezza effettivamente integrata con la libertà religiosa? Proviamo a ripartire dalla natura giuridica dei due elementi in gioco.

La libertà religiosa, in quanto diritto costituzionalmente garantito e inviolabile, non solleva particolari dubbi: l'articolo 19 della Costituzione italiana ne riconosce la piena tutela. Ma cosa si intende, invece, per sicurezza in termini giuridici?

La dottrina continua a interrogarsi in proposito, chiedendosi se si tratti anche qui di un diritto soggettivo o invece di qualcosa di diverso. Senza ripercorrere tutte le tesi a sostegno delle diverse posizioni, riportiamo le parole usate dalla Corte costituzionale nel 2001, per cui "tra i diritti inviolabili dell'uomo non rientra l'aspettativa dei consociati di vedere tutelata la propria sicurezza mediante la disciplina legislativa". A partire da questa presa di posizione, sembra poter essere esclusa la configurazione di un diritto soggettivo alla sicurezza individuale, a differenza di quanto avviene in altri contesti, come quello francese, dove esistono riferimenti espliciti al "diritto alla sicurezza". Ma se la sicurezza non è un diritto soggettivo, allora come può essere intesa?

Si potrebbe pensarla, a mio parere, come un interesse costituzionale collettivo. Ciò implica che la sicurezza non riguarda esclusivamente l'individuo, ma richiede una condizione collettiva: affinché una persona si senta al sicuro, anche la collettività deve percepire tale sicurezza. In questo senso, la sicurezza diventa una condizione di base necessaria per l'esercizio di tutti i diritti costituzionali. Si parla così di "sicurezza dei diritti", piuttosto che di un diritto alla sicurezza. Questa impostazione, peraltro, mi appare coerente con la visione promossa dall'OSCE, che sottolinea la necessità di un approccio integrato tra sicurezza e diritti fondamentali, evitando che la sicurezza venga considerata in modo astratto o svincolato dalla sua funzione ultima: garantire l'esercizio dei diritti.

Ne deriva una relazione circolare: la sicurezza deve servire a tutelare i diritti, inclusa la libertà religiosa, e non viceversa. Non si tratta di negare che la sicurezza possa fungere da limite alla libertà religiosa, ma questo limite deve essere giustificato dalla necessità di tutelare un diritto di pari rilevanza. Più che avere uno scontro tra due soggetti che si fronteggiano, potremmo quindi pensare all'immagine di un motore, quello della sicurezza che limita diritti, che si autoalimenta, proprio acceso dall'esigenza di garantirne altri.

In questa prospettiva, il bilanciamento tra sicurezza e diritti fondamentali non si configura più come una semplice contrapposizione, ma come una relazione di mutuo rafforzamento. La sicurezza diventa un valore costituzionale "funzionale", il cui scopo ultimo è garantire la tutela dei diritti stessi, evitando che situazioni di instabilità o pericolo ne pregiudichino l'esercizio.

Sta probabilmente qui, dunque, il nucleo della difficile sfida cui ci troviamo di fronte: l'individuazione di un punto di equilibrio tra la garanzia dell'ordine pubblico e la tutela dei diritti individuali. Si tratta, però, di un passaggio ineludibile nelle società contemporanee, in cui le incertezze dettate dalle crisi globali si intersecano continuamente con inedite istanze pluralistiche, per dare vita a dinamiche sempre nuove.

Per approfondire

G. Fattori (a cura di), *Libertà religiosa e sicurezza*, Pacini editore, Pisa, 2021

N. Marchei, D. Milani (a cura di), *Freedom of Religion, Security and the Law. Key Challenges for a Pluralistic Society*, Routledge-Giappichelli, Abingdon-Torino, 2023

D. Milani, A. Negri (a cura di), *Sguardi incrociati nel labirinto della radicalizzazione di matrice religiosa: il progetto Future*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2024

A. Negri, *Radicalizzazione religiosa e de-radicalizzazione laica. Sfide giuridiche per l'ordinamento democratico*, Carocci, Roma, 2022

Il potere delle parole tra libertà e responsabilità

di Cristiana Cianitto

Professoressa associata in Diritto e Religione
Università degli Studi di Milano

Se sicurezza vuol dire liberare la società da quelle paure fondamentali che le impediscono di realizzare appieno le sue aspirazioni verso la cittadinanza inclusiva, verso la partecipazione di tutti al progetto democratico, è essenziale poter leggere e risolvere i conflitti tra esercizio delle libertà fondamentali e sicurezza senza sacrificio delle libertà. Già Roosevelt nel 1941, nel famoso discorso sullo stato dell'unione che precedette di poco l'entrata degli U.S.A. nella seconda guerra mondiale¹, parlò della liberazione dalla paura e dal bisogno come condizione essenziale per la possibilità dei cittadini di esercitare fattivamente i propri diritti. Questo discorso è ritenuto fondamentale per la teoria dei diritti umani che poi fu elaborata da Maritain e dagli altri pensatori che elaborarono il testo della dichiarazione universale

¹ Il video e il testo del discorso di Roosevelt sono liberamente accessibili in internet agli indirizzi <https://www.archives.gov/milestone-documents/president-franklin-roosevelts-annual-message-to-congress>; <https://www.youtube.com/watch?v=qrNDwyj4u1w>.

dei diritti dell'uomo nel 1948. Il problema è il "multi-tutto" che caratterizza la società in cui viviamo: riuscire a determinare quali sono i limiti per l'esercizio dei diritti fondamentali per il mantenimento dell'ideale di democrazia partecipativa che ha caratterizzato il progetto di società che fonda i diritti fondamentali. Non potendo analizzare nel tempo a mia disposizione tutte le possibili sfaccettature del tema che mi è stato affidato, focalizzerò il mio intervento su quelli che possono essere i possibili contrasti tra due diritti fondamentali: la libertà di espressione e la libertà di religione. Molto spesso nell'opinione pubblica questi due diritti vengono presentati come se fossero due poli opposti. Due poli in contrasto fra loro quasi che una persona religiosa non potesse tollerare una piena libertà di espressione di chi religioso non è o che ha un'altra appartenenza religiosa e, al contempo, chi vuole esprimere le proprie idee non debba avere alcun rispetto e nessun ritegno in materia religiosa così sentendosi autorizzato ad una sorta di offesa del sentimento religioso altrui. Queste categorie giuridiche sono determinanti perché sentimento religioso e libertà religiosa sono due cose differenti dal punto di vista della tecnica giuridica, così come insegna la giurisprudenza, ma per l'opinione pubblica spesso le due categorie vanno a coincidere alimentando un fraintendimento. Questo perché quando parliamo di libertà di espressione abbiamo a che fare per esempio con l'arte, con la satira, con tutte quelle manifestazioni espressive a cui la società dell'informazione e dell'immagine ci ha abituato e che spesso non guardiamo neanche come estrinsecazione, ad esempio, di libertà artistica; penso ad esempio ad una vignetta satirica che è una forma d'arte e quindi, nel momento in cui l'ordinamento si approccia con queste forme espressive, deve sempre operare un bilanciamento. Questa è la parola chiave che caratterizza la materia dei diritti fondamentali; bilanciare le diverse forme espressive cercando "di non scontentare nessuno", cioè di attuare una politica per quanto possibile di tipo *win-win*, in cui tutti vincono anche se rinunciando ad un pezzettino delle proprie pretese. Cerchiamo di essere più pratici e quindi partiamo con alcuni esempi.

Il primo esempio che vi propongo è questo: lo scandalo spagnolo del 2015, dove Abel Azcona (artista di strada) ha realizzato una struttura artistica per strada utilizzando 242 particole, ostie consacrate e via via trafugate in altrettante cerimonie eucaristiche, ordinate in modo da creare la parola pederastia. Decine di migliaia di cittadini infuriati per il lavoro dell'artista che ha confermato di aver trafugato le ostie nel corso di altrettante messe tra Pamplona e Madrid. Capite bene che se avesse utilizzato ostie sconsacrate, con cui posso fare anche i dolci, avrebbe potuto rimandare ad un universo simbolico religioso, ma utilizzare delle ostie consacrate è cosa ben diversa. Chiaramente questa condotta ha un valore totalmente differente e soprattutto un valore che rimanda a un'idea di sacrilegio, violazione ed offesa di ciò che è più sacro per chi è credente. In questo caso potete vedere i due diritti fondamentali che sembrano contrapporsi: l'artista che esercita la sua libertà di espressione, la sua libertà d'arte e la persona religiosa che chiaramente si sente offesa dall'utilizzo di quello strumento di riconciliazione tra l'umano ed il divino che è il sacramento, perché di fatto noi siamo davanti ad una particola consacrata che per i cattolici incarna il corpo e il sangue di Cristo. Le corti vi dico subito che hanno risolto la questione a favore della libertà di espressione, obbligando di fatto i cristiani cattolici che si sono rivolti all'autorità giudiziaria a tollerare questa forma espressiva.

Altro esempio, di nuovo vi propongo la simbologia religiosa che viene usata per fini artistici. È un'opera di Maurizio Cattelan (2009)² in cui c'è un paletto infilzato in un cavallo a rappresentare, diciamo così, il vilipendio della natura da parte dell'umanità. L'apposizione del cartiglio specifico che rimanda al crocifisso, come simbolo, di nuovo rinvia ad una simbologia religiosa con tutti gli orizzonti semantici che questa richiama. Ancora, la rana di Martin Kipperger (1990). Anche qui altra installazione artistica di un crocifisso dove il corpo di Cristo è sostituito da una rana. Di nuovo l'orizzonte semantico religioso è utilizzato per una finalità diversa, cioè la denuncia dei vizi di cui

² Maurizio Cattelan, Untitled (2009), Tate Modern Gallery, Londra.

l'artista sarebbe schiavo; come Cristo è stato crocifisso per i peccati dell'umanità, l'artista è crocifisso per il suo vizio, per esempio, il bere, rappresentato dalla tazza che la rana tiene in mano.

Vediamo ora ad alcune delle famose vignette di Charlie Hebdo. Cominciamo con quelle meno conosciute cioè quelle sugli altri monoteismi e non sull'islam. In svariati anni di attività, Charlie Hebdo ha dedicato tante vignette alle religioni in maniera molto democratica, nel senso che se l'è presa con tutte le religioni indistintamente perché l'oggetto della critica feroce del giornale non è il singolo monoteismo, ma la religione in quanto ritenuta strumento di manipolazione delle coscienze. Si tratta di un giornale satirico francese, è satira. Diverse volte Charlie Hebdo è stato tenuto a rispondere delle proprie vignette davanti alla magistratura francese e tutte le volte è stata riconosciuta la completa assenza di qualsiasi intento meramente vilipendioso o di incitamento all'odio nei confronti dei fedeli di una religione specifica. Ogni volta è stata solo rinvenuta la volontà di denuncia, in maniera cruda e a volte discutibile, che si esprime con il dileggio di un orizzonte simbolico religioso nel pieno esercizio delle proprie libertà fondamentali e della libertà di stampa. Sul web potete trovare molti esempi di vignette del giornale sulla chiesa cattolica, sull'ebraismo, su queste due fedi insieme o anche con l'islam. Quindi le religioni vengono tutte assimilate nella medesima critica.

Veniamo alle vignette famose in materia di islam. Agli occhi di una persona non musulmana queste vignette sembrano meno violente di quelle contro la chiesa cattolica. In queste, una persona di tradizione culturale giudeo-cristiana rinviene una minore violenza; all'occhio di un musulmano sono, invece, violentissime perché in realtà racchiudono diverse forme di blasfemia. C'è la rappresentazione del Profeta che è totalmente vietata nell'islam sunnita, sebbene il divieto non sia esplicito nel dettato coranico e nella sunna. L'islam sciita ne ammette la rappresentazione, ma mai la rappresentazione del viso che è sempre sostituito dalla fiamma della fede o comunque da un velo che ne nasconde le fattezze. Tra l'altro nell'islam è vietata qualsiasi

rappresentazione antropomorfa della divinità. In più Maometto è spesso rappresentato nella sua nudità o in atteggiamenti che sono molto vietati dall'islam, quali la sodomia. Quindi ci sono diversi livelli di blasfemia che vengono posti in essere; Charlie Hebdo fa uso della propria libertà di espressione in questa rappresentazione, ma l'orizzonte culturale a cui il messaggio è diretto, è differente da quello delle vignette in materia di chiesa cattolica piuttosto che di ebraismo. Tenete bene presente questo discorso dell'orizzonte culturale perché non è irrilevante nell'esercizio delle proprie libertà e a tal proposito vi faccio vedere delle altre vignette, quelle dello *Jyllands-Posten* (2005/2006). In queste vignette in tema di islam, c'è Maometto, lo riconosciamo dal cartiglio sulla bomba sulla testa del protagonista, e sono state pubblicate dal giornale danese nel 2006, poi riproposte in ambiente musulmano maggioritario, cioè sono state diffuse ad arte e sono state ripubblicate o messe in circolazione in ambienti dove il sostrato culturale era completamente differente da quello danese di partenza. Quando furono pubblicate in Danimarca, la comunità islamica locale se ne lamentò perché le trovò irrispettose della propria fede, ma non ci furono manifestazioni di popolo. Quando queste vignette furono mostrate in Medio Oriente furono assaltate le ambasciate danesi. Questo perché è diverso il sentimento religioso delle comunità islamiche che in occidente vivono e si sono integrate per diaspora rispetto alle comunità di provenienza e di questo bisogna tener conto quando si immettono nella sfera pubblica dei messaggi espressivi, soprattutto in materia religiosa; la condivisione del codice del messaggio fa sì che questo possa venire decodificato in maniera corretta da chi lo riceve. La non condivisione del codice crea rischi di fraintendimento e apre le porte anche a strumentalizzazioni politiche che a propria volta si connettono con quella esigenza di mantenimento della sicurezza anche in termini di pace sociale. Questi fenomeni sono tipici della società "multi-tutto" di oggi, ma non sono solo di oggi. Il caso di Sacco e Vanzetti negli U.S.A. è stato il primo ad essere stato codificato come discorso d'odio dalla giurisprudenza statunitense e siamo negli anni '20 del novecento. Due operai italiani, Sacco e

Vanzetti, furono condannati a seguito degli eventi delittuosi di cui si resero protagonisti per l'omicidio di alcune persone, non tanto per le prove che vennero portate a loro carico, ma perché immigrati italiani e, per giunta, dichiaratamente anarchici. Il pregiudizio, o meglio il *bias* come lo chiama la giurisprudenza americana, ha contato più della tutela del diritto e dell'accertamento puntuale della verità.

Nel caso *The Skokie March*, episodio poi riproposto nel film *The Blues Brothers*, una marcia neonazista è stata autorizzata in un sobborgo di Chicago dalla Corte Suprema americana nonostante fosse un sobborgo dove abitavano molti sopravvissuti della Shoah sulla base del I Emendamento. In questo caso emergono evidenti tutte le direttrici attraverso cui stiamo cercando di leggere questi fenomeni: libertà di religione, la protezione delle minoranze, la protezione della libertà di pensiero, l'incitamento all'odio.

Decisivo diviene individuare il limite, il passaggio da legittimo esercizio della libertà di espressione a offesa, a vilipendio. Nelle democrazie occidentali il vilipendio in quanto tale non è più perseguito; per esempio, il vilipendio di una religione in sé e per sé considerata è irrilevante, a meno che non divenga offesa a chi professava quella religione specifica oppure incitamento all'odio e alla discriminazione verso coloro che professano un determinato credo. Qui entriamo nella categoria dei discorsi di odio oppure di reati aggravati dall'odio religioso, dall'odio razziale, dall'odio contro l'orientamento sessuale, dall'odio contro una qualsiasi diversità. L'ordinamento deve quindi stabilire se è bene vietare queste forme di manifestazione del pensiero per garantire nella società democratica la sicurezza dell'esercizio dei diritti di tutte le sue componenti. In questa prospettiva è importante la condivisione del substrato culturale per la corretta comprensione del messaggio nella società dell'immagine. Posso rilasciare un messaggio ora qui a Torino in questo momento e un secondo dopo questo messaggio può essere recepito a svariati chilometri da qui. Oggi ciò che sto dicendo durante questa lezione, potrebbe essere registrato, manipolato, tagliato e essere riproposto in

un contesto strumentalizzato. Ciò fa sì che in questo momento stia parlando pensando di trasmettere un messaggio, ma potrei ottenere una ricezione completamente distorta di quello che sto dicendo. È il processo della vignetta di cui parlavamo prima. Questo influisce su come il diritto si deve approcciare nella disciplina nell'individuazione dei limiti all'esercizio dei diritti fondamentali sanciti della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

In Europa, abbiamo la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che è la versione locale della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del '48 che ha altre declinazioni locali, per esempio in Sudamerica c'è una dichiarazione analoga, i paesi musulmani hanno le proprie convenzioni di riferimento con il proprio orizzonte culturale e così via. Nella Convenzione europea la libertà di espressione e la libertà di religione sono ampiamente tutelate, ma non sono dei diritti assoluti cioè limiti sono apponibili per le finalità stabilite dalla convenzione, tra queste vi è il rispetto di diritti di pari livello. Si può limitare la libertà di religione per tutelare la libertà di espressione, quindi posso imporre, come nel caso dell'artista di strada spagnolo, alle comunità religiose di essere tolleranti in qualche misura rispetto alle manifestazioni della libertà di espressione; al contempo posso pretendere da chi esprime il proprio pensiero di avere riguardo nel confronto dei diritti altrui. La norma posta a garanzia della libertà di espressione nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, art. 10, nel comma 2 chiarisce che l'esercizio di questa libertà comporta "doveri e responsabilità".

I diritti vanno, quindi, esercitati non pensando che qualsiasi cosa sia legittima nell'ambito della sfera pubblica nell'esercizio di un diritto fondamentale, perché devo avere rispetto dei diritti altrui. Se immaginiamo l'ordinamento come un palloncino, se tutti tiriamo il palloncino verso l'estremità senza avere riguardo all'altra estremità prima o poi il palloncino scoppia, il sistema esplode. Invece l'ordinamento giuridico è in grado di funzionare al meglio se si mantiene l'equilibrio, cioè la pressione interna del palloncino. E questo perché se noi supponessimo che esista un contrasto tra libertà di

espressione e libertà di religione vuol dire che potremmo limitare l'una o l'altra a favore della rimanente; in realtà sono due facce dell'essere persona. La libertà di religione è la prima, la più importante delle libertà³. Ma la libertà di espressione non è altro che una libertà di religione non qualificata dalla matrice di relazione con il divino e, viceversa, la libertà religiosa è una forma espressiva e poi ha delle caratteristiche particolari perché si presuppone una dimensione comunitaria, l'esercizio di un rito, ma di fatto è un'opinione che riguarda la sfera della relazione dell'umano con il divino. Quindi è un'opinione qualificata per cui anche la persona religiosa può esprimersi in materia religiosa altrui criticandola se non ne condivide l'impostazione, financo essendo blasfema. Perché alla fine la blasfemia è una forma esagerata di critica religiosa, che non è tipica solo delle persone a-religiose quindi degli atei o degli agnostici. L'ateismo in molti ordinamenti è disciplinato come la forma negativa della libertà religiosa. C'è un essere umano, c'è il suo opposto ma non possiamo tutelarne solo uno nella società democratica, dobbiamo tutelarli entrambi, tanto più se abbiamo davanti la satira o una manifestazione artistica. In alcuni ordinamenti la satira troverà il suo limite nel vilipendio, nell'insulto alla religione, ma rispetto agli individui troverà il proprio limite nella prevenzione del discorso di odio e nella prevenzione del reato di odio. La Cassazione ha più volte affermato che si ha vilipendio di una religione attraverso il vilipendio delle persone solamente quando la critica, anche la più cruda possibile, non aggiunge nulla al dibattito pubblico quindi in un limitatissimo panorama possibile. Ad esempio nel caso del 2017⁴ in cui la foto di Papa Ratzinger è stata usata come centro per giocare a freccette sul sagrato di una chiesa. Il manifesto a favore dell'abolizione delle leggi sulla blasfemia affisso a Roma da uno *street artist* convertitosi al pastafarianesimo nel 2018 è invece manifestazione pienamente

³ Sul concetto di libertà religiosa e, nello specifico, sulla libertà religiosa in Italia si rinvia ad A. Ferrari, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma, Carocci Editore, 2013.

⁴ Cassazione penale, sez. III, sentenza n. 1952/2017.

legittima di critica in materia religiosa. Il codice comunicativo è riconoscibile per un italiano medio perché i dadi Star sono un prodotto italiano. Se, però, questo manifesto lo porto in un altro contesto gran parte del messaggio che si vuol utilizzare e della forza anche satirica in esso contenuta si perde perché manca la condivisione di codici che ne garantisce la corretta recezione, la decodificazione. *Hate speech* dicevamo, quindi, quando la satira trova il suo limite nell'incitamento all'odio secondo la definizione che di esso si dà a livello internazionale⁵ che è la più ampia possibile. Cioè se implementassimo all'interno degli ordinamenti una nozione di incitamento all'odio così come è scritta potremmo censurare di tutto, qualsiasi forma espressiva che diffonde, incita, promuove, giustifica l'odio religioso, razziale, etnico, nazionale etc.

Vi propongo un altro caso, francese. Il rapper Nick Conrad, di colore, ha pubblicato un brano nel 2018 dal titolo "*Pendez Les Blancs*" in cui inneggiava a forme di violenza nei confronti dei bianchi. A suo dire per denunciare le violenze di cui i neri sono stati fatti oggetto durante il periodo coloniale francese ma, di fatto inneggiando alla violenza indiscriminata da perpetuarsi con assalti agli asili nido, uccidendo i bebè bianchi e così via. Questa è un episodio chiaro in cui la libertà espressiva viene limitata dalle Corti perché in effetti, le corti hanno dato torto a Nick Conrad perché tu puoi anche affermare di esprimere la tua libertà artistica, ma c'è un limite perché chiaramente chi immette questo tipo di messaggio nella sfera pubblica poi non controlla gli effetti di ciò che dice. E può scatenare anche eventi di violenza sociale in cui le vittime vengono scelte in maniera totalmente casuale e questo

⁵ Recommendation n. 97 (20) of the Committee of Ministers to Member States on "HATE SPEECH" (Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997 at the 607th meeting of the Ministers' Deputies). "*Hate speech consists in all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin*".

crea del fortissimo allarme sociale, non si può giustificare nella società multireligiosa e multi-etnica un atteggiamento di questo tipo perché altrimenti i gruppi identificati con quella caratteristica che di volta in volta si addita vivono in una continua sensazione di insicurezza, rendendoli incapaci di poter sviluppare appieno la propria cittadinanza all'interno della sfera pubblica. La legge penale ci aiuta quando siamo davanti ai casi più gravi come nel caso di Nick Conrad, cioè quando la forma espressiva è davvero offensiva, ma in tutti quei casi limite come quello di Charlie Hebdo, il diritto ha le armi spuntate perché o tradisce se stesso, quindi censura prevenendo troppo, oppure non censurando si trova a dover gestire dei fenomeni di ansia sociale o di opposizione sociale. Fenomeni di ansia sociale o di opposizione sociale che sono quelli invece in cui voi che siete professori nelle scuole superiori vi trovate ogni giorno a lavorare, dovendo utilizzare non tanto gli strumenti della tutela penale quanto gli strumenti dei codici etici, dell'educazione. L'educazione soprattutto a quei temi di cui vi ho accennato prima, cioè il problema del codice comunicativo, del come porre la manifestazione espressiva. Perché il problema non è dire anche cose tremende - perché tutti se sono convinti delle proprie idee hanno la libertà di manifestarle, di immetterle nella sfera pubblica. Persino le idee più bieche, come il negazionismo più sfrenato, è stato ammesso nella sfera pubblica ma il problema è la forma dell'espressione cioè come esprimo le idee perché bisogna educare alla considerazione critica. Tutto può essere necessario nel dibattito pubblico per il progresso della società, ma bisogna anche insegnare a capire come rilevare le aporie delle idee che vengono messe in circolazione nella sfera pubblica, perché bisogna scegliere con cura le parole con cui esprimere le proprie idee nella certezza che il diritto interverrà con la sanzione penale quando saremo davvero di fronte ad un incitamento all'odio, alla discriminazione, ma nella zona grigia ciò che fa la differenza è la consapevolezza dei propri diritti nel rispetto dei diritti altrui.

Per approfondire

C. Cianitto, *Quando la parola ferisce. Blasfemia e incitamento all'odio religioso nella società contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2016

C. Cianitto, *Religious hate speech, libertà di religione e libertà di espressione. Intersezioni tra forma e sostanza dei diritti nella società multiculturale*, Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 16/2019, p. 1-29

ECtHR, *Guide to Article 9*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2015

ECtHR, *Guide on Article 9 of the Convention - Freedom of thought, conscience and religion*, Strasbourg, Council of Europe, 2022

Le guide OSCE-ODHIR sui crimini di odio liberamente scaricabili
<https://www.osce.org/odihr/guides-related-to-hate-crime>

L'*hate speech* online e le risposte della Cittadinanza Onlife

di Stefano Pasta

Ricercatore presso il Centro di Ricerca
sull'Educazione ai Media, all'innovazione e alla
Tecnologia (CREMIT)
Università Cattolica del Sacro Cuore

In questo capitolo intrecceremo la prospettiva della Cittadinanza Onlife, ossia caratterizzata dal considerare la socialità e la dieta informativa nell'ibridazione e nei continui rimandi tra online e offline (Pasta, Rivoltella, 2022), con l'analisi dell'odio online (Pasta, 2018), l'educazione nei contesti di pluralismo culturale e religioso (Cuciniello, Pasta, 2020) e l'intervento mediaeducativo (Pasta, Santerini, 2021). La sfida del vivere insieme al tempo della "superdiversità" è dunque declinata, in ottica interculturale, nel web sociale e con attenzione ai consumi mediali contemporanei (Pasta, Zoletto, 2023), ragionando su come contrastare le manifestazioni di hate speech.

1. Il fenomeno "*hate speech*"

Occorre, innanzitutto, condividere tre premesse riguardanti i fenomeni indicati come "hate speech". La prima ricorda che i percorsi che portano all'odio vanno interpretati, anche per il web, come processi

graduali che si svolgono lungo una scala di comportamenti (da lievi a gravi), che comincia con insulti, derisioni, minacce verbali, linguaggio d'odio, può procedere in discriminazioni, poi in violenza fisica e persecuzione, fino ai crimini d'odio; è l'insegnamento sui meccanismi di elezione a bersaglio che traiamo dalla Shoah, in quanto processo d'odio più studiato e analizzato (Santerini, 2003), e che è ben espresso dalla "Piramide dell'odio", uno strumento interpretativo nato nell'ambito della didattica della Shoah con l'Anti-Defamation League¹, per indicare la gradualità dell'elezione a bersaglio. In un percorso sulla Shoah, ad esempio, è riduttivo (e meno efficace da un punto di vista educativo) parlare solo dei camini di Auschwitz, poiché è troppo facile prenderne le distanze, darne un giudizio negativo e non sentirsi chiamati in causa; al contrario, quell'esito estremo va affrontato come soglie che si passano e tabù che si abbattono (le fasce della piramide), praticando una didattica che proietti le vicende storiche sul presente e sul futuro per attualizzarne i significati, creando un impegno per i diritti umani, la tolleranza e la pace, che prevenga e contrasti le manifestazioni di odio (Pasta, 2017). Altri esempi di come applicare tale meccanismo interpretativo possono essere i casi di femminicidio di cui si è molto parlato di recente (Cecchettin, 2025), che vanno interpretati anche come l'esito più efferato di processi di accettazione sociale di discorsi e pratiche sessiste (Pasta, 2024*2022); oppure, la Piramide dell'odio permette di interpretare l'escalation, talvolta anche rapida, dei processi di elezione a bersaglio – online e offline – che indichiamo con bullismo e cyberbullismo. Allo stesso modo, nel web, occorre interpretare la disinibizione tossica, ossia il fenomeno per cui esprimersi in modo "senza vincoli" sfocia nella propensione ad agire in modo più violento, usando un linguaggio più aggressivo del normale e rendendo accettabile socialmente l'odio. Inoltre, la Piramide

¹ Online è possibile scaricarne alcune versioni in italiano realizzate dallo Shoah Foundation Institute per differenti target di età. In particolare, si veda l'infografica della Piramide dell'odio (Commissione Jo Cox, 2017) al link: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/uploadfile_commissione_intolleranza/files/000/000/006/INFOGRAFICA_EN.pdf

dell'odio ha altresì il merito di sottolineare il collegamento tra “parole” e “crimini” d'odio, con alla base un linguaggio ostile normalizzato e che ricorda come nelle società democratiche si può passare da un infrazzismo e da un discorso d'odio banalizzato a quello conclamato che produce veri e propri atti criminali. Anche se le forme di odio più strutturato, dall'islamofobia all'antisemitismo, si presentano nelle sue forme più “deboli” (banalizzazione, derisione, pedagogie popolari implicite...), bisogna considerare che tali fenomeni non sono altro che la base di quella Piramide, in cui gli stereotipi e il pregiudizio possono esprimersi a livello di immaginario collettivo e trasmettersi tra le generazioni e in cui l'avversione basata sul pregiudizio si esprime non solo a livello razionale ma anche a livello emotivo e subliminale, venendo alimentata da pregiudizi inconsci e accettati socialmente e dunque considerati “normali” (Pasta, 2018).

La seconda premessa sottolinea come la categoria di “odio” faccia riferimento a un fenomeno complesso e multidimensionale, talvolta difficile da individuare e da delimitare a livello sociale o giuridico; in sintesi, si tratta, pertanto, di una “categoria ambigua ma utile” (Pasta, 2025). Gli elementi di ambiguità sono dati dall'ambivalenza definitoria secondo le differenti discipline – giuristi e pedagogisti, psicologi e storici, informatici e sociologi hanno prospettive diverse sul fenomeno –, pur a fronte di una generale comprensione del significato del fenomeno (chiunque ha un'idea di che cosa intendere per “odio”); inoltre, è un fenomeno sociale a cui concorrono diverse reti cerebrali, tanto che gli studi neuroscientifici, mentre identificano con maggiore precisione le aree del nostro cervello deputate all'aggressività, rabbia o istinto di violenza, per quanto riguarda l'odio parlano di un assemblaggio di emozioni (Santerini, 2021). Allo stesso tempo, tuttavia, l'*hate speech* è una categoria “utile” per diverse ragioni: include la galassia degli “anti”, degli “ismi”, delle “fobie” (antisemitismo, antiziganismo, omofobia, sessismo, islamofobia..., ma anche l'elezione a bersaglio di un singolo, simbolo di “qualcosa”), declinando quindi una riflessione sull'ostilità verso le differenze in un momento in cui la

superdiversità è sempre più caratterizzante le società contemporanee. Inoltre, questa categoria è utile poiché unisce una scala di comportamenti differenti (da lievi a gravi), come insulti, derisioni, minacce verbali, linguaggio accusatorio, discriminazioni, violenza fisica e persecuzione, hate crimes; indica le caratteristiche comuni di differenti *flame wars*, permettendo di cogliere la prospettiva intersezionale sempre più centrale negli *Hate Studies* anche applicati alla dimensione scolastica (Granata, 2020; Pasta, 2021a) e la rilevanza del web sociale nelle forme di “disinibizione tossica”.

A partire dalle ricerche dell'Osservatorio Mediavox dell'Università Cattolica, Milena Santerini e Stefano Pasta hanno ideato la proposta interpretativa dello “Spettro dell'Odio Online” per superare la mera distinzione binaria odio sì/no rispetto alle manifestazioni online (Pasta, 2024b). Sebbene lo spettro indichi una progressione di intensità, non va inteso in modo rigido: un contenuto digitale può essere d'odio anche se non presenta tutti e sette gli indicatori (al contrario lo è di sicuro qualora presenti in contemporanea i sette indicatori), ma questa gradazione può indicare l'intensità e alcune caratteristiche utili da conoscere per il contrasto del fenomeno.

Questi sono i sette indicatori dello “Spettro dell'Odio Online”:

- *Pubblico*: il contenuto può essere visto senza limitazioni da parte degli utenti; non è dunque un messaggio privato in una cerchia ristretta.
- *Gruppo target - altro target*: il contenuto d'odio colpisce un gruppo target, o un individuo legato a quel gruppo, o un singolo per quello che rappresenta (un testimonial della campagna vaccinale, una persona malata, un politico...); come indicato nelle definizioni europee, spesso i bersagli sono le minoranze o i loro membri e tale processo di elezione differenzia questi contenuti dai comportamenti dello spettro del cyberbullying.
- *Non vuole redimere*: il discorso non è interessato a far cambiare idea alla vittima di odio, ma soltanto a insultarlo e a fargli del

male. Va altresì considerato che molto spesso il bersaglio dell'odio non è l'interlocutore, ma è l'oggetto del discorso (Pasta, 2018), quindi raramente lo scopo dell'autore di hate speech è "redimere" il bersaglio, anche perché le forme più strutturate d'odio non permettono, appunto, la redenzione, in quanto il bersaglio è odiato "in quanto tale" (ebreo, straniero, nero, rom...), indipendentemente dai suoi comportamenti individuali.

- *Ha intento di fare del male*: il contenuto è segnato da un'intenzionalità dell'autore di colpire la vittima (individuo o bersaglio), non vuole cambiare la situazione nel senso trasformativo dell'educazione, ma solo offendere e fare del male. Anche in questo caso va precisato che spesso il bersaglio non coincide con l'interlocutore ma piuttosto con l'oggetto del discorso, quindi spesso assume la forma di discorsi con l'intenzionalità di produrre ostilità verso il bersaglio.
- *Esprime odio*: il contenuto d'odio contiene espressioni di odio in forma verbale esplicita, ossia *hate words*, insulti verbalmente espliciti, oppure discorsi in cui si nega l'altro come persona, considerandolo inferiore, o attribuendogli qualità negative, insultandolo, o umiliandolo; quando la presa di mira prevede la partecipazione di più persone, il flusso discorsivo prende la forma del flaming.
- *Possibilità di avere una risposta violenta*: i toni del discorso sono segnati da violenza o intensità tale che, seguendo i meccanismi tipici della disinibizione tossica online, permettono facilmente e velocemente di avere una risposta di incitamento all'odio e alla violenza.
- *Incita all'odio e alla violenza*: sono quei contenuti di odio che, in modo esplicito e diretto, incitano all'odio e alla violenza, in cui l'autore mira ad ampliare i coproduttori del discorso d'odio. In questi casi l'odio online è un background particolarmente fertile per azioni d'odio offline (o meglio, *onlife*), e *hate crimes*.

Infine, in coerenza con questo approccio – ed è la terza premessa relativa all’odio –, un quadro definitorio utile è la CM/Rec(2022)16, approvata il 20 maggio 2022 dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d’Europa (132^a sessione), poiché divide l’hate speech in tre categorie differenti, ciascuna delle quali richiede risposte e misure diverse:

- incitamento all’odio illegale soggetto a responsabilità penale;
- incitamento all’odio illegale che non raggiunge la soglia della responsabilità penale, ma è soggetto a responsabilità civile o amministrativa;
- incitamento all’odio che non comporta «una responsabilità penale, civile o amministrativa, possono ciononostante provocare o amplificare i pregiudizi, l’intolleranza e l’odio, suscitare preoccupazioni in termini di tolleranza, civiltà, inclusione e rispetto dei diritti altrui, e minacciare la coesione sociale e la stabilità democratica» (Consiglio d’Europa, 2022, p. 20).

La scelta di includere nella definizione del fenomeno anche questo terzo livello, che potremmo chiamare “della cittadinanza”, ha decisive implicazioni per il contrasto all’odio online, poiché, accanto al quadro giuridico, riporta al centro della riflessione le prospettive educative e culturali, su cui diversi attori – dalle ong alle istituzioni europee, dalle scuole ai gruppi di attivisti – hanno agito in questi anni, elaborando diverse strategie.

2. Il web sociale e la propagazione dell’odio

Per analizzare e contrastare l’hate speech all’interno del web sociale, è indispensabile soffermarsi su alcune caratteristiche strutturali degli ambienti digitali. I cosiddetti “pubblici interconnessi” (boyd², 2014) possono essere descritti a partire da tre elementi chiave: l’audience

² La scrittura del nome e cognome in minuscolo è una rivendicazione della stessa danah boyd.

invisibile, ossia l'impossibilità di conoscere pienamente il pubblico effettivo cui ci si rivolge; i contesti collassati, che indicano la compresenza di spazi sociali eterogenei non più distinguibili secondo coordinate spazio-temporali; e l'intreccio fra pubblico e privato, determinato dall'incapacità di controllare la circolazione dei contenuti. Contrastare l'odio online implica dunque anche un'educazione alla consapevolezza di queste dinamiche ambientali, quale condizione per sviluppare forme di cittadinanza digitale etica e responsabile. In questa prospettiva, si richiamano ora alcune caratteristiche che facilitano i processi di presa di mira nel web sociale.

Un potenziale fattore che facilita la propagazione di contenuti d'odio è la velocità 2.0, ovvero la tendenza per cui nei social aumentano le decisioni prese in base al sistema veloce e intuitivo, che lo psicologo Daniel Kahneman (2012) chiama "sistema 1" e contrappone a quello lento e razionale, detto "sistema 2". Questa organizzazione dell'euristica, ovvero delle modalità con cui prendiamo le decisioni, ci consente di eseguire con facilità operazioni complesse, ma può anche essere fonte di errori sistematici (*bias*), quando l'intuizione si lascia suggestionare dagli stereotipi e la riflessione è troppo pigra per correggerla. Ciascuno di noi è molto più impulsivo (e molto meno riflessivo) di quanto si pensi, sia offline, sia online; tuttavia, in quest'ultimo ambiente, la mente è ancora più spinta a ricorrere al sistema 1, tra like, domande incalzanti, condivisioni e video virali, necessità di cliccare e selezionare in velocità per rispondere allo scorrere delle notifiche nel *newsfeed* (le condivisioni dei profili seguiti, che si aggiorna continuamente), la cui produzione supera quelli che si riescono a leggere. Il ruolo delle emozioni e la necessità cognitiva di decidere "in velocità" sono legati al web come spazio di sovraccarico informativo (Ferrari, Pasta, 2023). In tale condizione, il rischio è quello di abbandonarsi ad abitudini cognitive come la "preferenza endogruppale", che porta a giustificare i comportamenti di chi sentiamo affine e, al contrario, a interpretare come tratti essenziali e negativi quelli degli altri. In una ricerca condotta con il Centro di

Ricerca sull'Educazione ai Media, all'Innovazione e alla Tecnologia (Cremi) dell'Università Cattolica di Milano, giovani coinvolti in performance di odio online spiegavano: «L'ho fatto senza pensarci», «un attimo di rabbia», «ero preso dall'enfasi»; e quasi nessuno, a distanza di mesi, ricordava di aver messo “mi piace” a frasi d'odio (Pasta, 2019).

Il sovraccarico informativo è strettamente connesso ai criteri di selezione delle fonti, che nel digitale danno vita a nuovi modelli di autorialità. Se nella cultura del libro l'autorevolezza era garantita da istituzioni centrali (editori, università, quotidiani e riviste) e prima ancora attribuita a pensatori eminenti o testi sacri (*l'ipse dixit* ricordato da Cicerone per Pitagora o *l'auctoritas* medievale di Aristotele), con il web sociale assistiamo a una radicale trasformazione. La prima stagione della rete ha visto emergere nuovi intermediari culturali, che hanno favorito la cosiddetta disintermediazione: l'autorevolezza era riconosciuta dai pari attraverso like, condivisioni e interazioni. Un esempio significativo riguarda i risultati di ricerca su Google: per lungo tempo, digitando “video Olocausto”, uno dei primi contenuti in italiano era un video negazionista della Shoah con milioni di visualizzazioni. Questo dimostra come le piattaforme abbiano assunto un ruolo centrale nel profilare e gerarchizzare contenuti e utenti, gestendo l'intero orizzonte socio-tecnico attraverso la logica opaca degli algoritmi, veri protagonisti dell'attuale fase del web sociale (Eugeni, 2021). In tale scenario, la questione non è più l'accesso alle informazioni, ma la loro selezione, oggi delegata agli algoritmi: sistemi automatizzati – ma costruiti su scelte umane, istituzionali e commerciali – che definiscono priorità di visualizzazione sulla base dei profili degli utenti (Bortone, 2023). Questo meccanismo ha contribuito a rafforzare polarizzazione e radicalizzazione, generando filter bubbles invisibili che influenzano il dibattito pubblico e la formazione dell'opinione (Corrado, Pasta, 2025). Da qui derivano fenomeni come le echo chambers, che allontanano il confronto dalla sfera pubblica, creando spazi ideologici chiusi e impermeabili al dissenso. Eli Pariser

(2012) ha descritto questo processo con la nozione di filter bubble, sottolineando come ognuno viva dentro una bolla che seleziona gusti e preferenze, generando l'illusione di un reale filtrato dalle proprie convinzioni. Tali bolle interpretano ogni evento secondo la logica dicotomica dentro/fuori, favorevole/contrario, con me/contro di me, rafforzando il cosiddetto "effetto bivio". In questo modo, prendere posizione diventa un atto immediato e quasi automatico, con il risultato di una chiusura progressiva alle opinioni divergenti.

Camere d'eco e filtri tendono a farci muovere entro convinzioni già acquisite. I social network e i siti di ricerca, come Google, non selezionano notizie e contenuti, né suggeriscono amicizie e legami allo stesso modo per tutti gli utenti, ma li filtrano a secondo dei loro gusti. Quando ricerco un'informazione, il motore di ricerca mi proporrà quella che ritiene più vicino alle mie preferenze, a scapito dell'allargamento dei punti di vista; allo stesso modo, se cliccherò mi piace a una pagina social razzista, l'algoritmo mi proporrà – immediatamente – di seguire pagine di tendenze analoghe. Preferenza è una parola chiave: «Ciò che corrisponde alle mie preferenze è giusto per me, adeguato alla mia personalità» (Lorusso, 2018, p. 42). Secondo questo criterio la deformazione del reale diventa un rischio altamente probabile, derivante dalla parzialità e dall'assolutizzazione della propria percezione parziale del mondo. Internet è uno spazio fatto di dati, informazioni, contenuti, che continuano ad aumentare, a crescere in modo incontrollato: basta uno smartphone per trovare, in questo universo sconfinato di informazioni, sostanzialmente tutto e il contrario di tutto (sovraccarico informativo). Se usiamo il web decisi solo a verificare se abbiamo ragione di credere ciò di cui siamo già convinti, raggiungeremo sempre il nostro scopo: la Rete, da questo punto di vista, ci dà sempre ragione. Cultura e informazioni più soggettive, centralità della preferenza, personalizzazione della verità (*postverità*) ci spingono verso la frammentazione, ovvero la sempre maggiore importanza della volontà del singolo rispetto ai gruppi.

Diversi contenuti dello spettro dell'odio online sono basati sulla banalizzazione dei contenuti, che porta con comportamenti deresponsabilizzati a inneggiare con disinvoltura e ripetitività a comportamenti che parlano di odio. Nel libro *Razzismi 2.0. Analisi socio-educativa dell'odio online* (Pasta, 2018) ho riportato alcune conversazioni con giovani che, verbalmente e talvolta ricorrendo all'ironia, avevano pubblicato post in cui invitavano allo stupro o all'omicidio, oppure che avevano inneggiato allo sterminio o alle camere a gas. La risposta alle mie domande rispetto alla consapevolezza di quanto avevano scritto rilevava che, a parte un piccolo gruppo di aderenti all'estremismo violento, l'ambiente digitale fosse percepito come una ragione per depotenziare il contenuto (banalizzare, appunto): dato che il fatto era avvenuto in rete, sarebbe stato più lieve, per lo stesso motivo sarebbe "invecchiato" subito, quindi sarebbe meno grave. Quest'ultima idea è particolarmente errata, in quanto la tracciabilità anche dopo anni è una caratteristica del web. Eppure, tali percezioni così distanti dalla realtà sono spesso presenti anche tra i ragazzi più giovani e tecnicamente abili, dimostrando quanto l'espressione "nativi digitali" sia problematica (Rivoltella, 2024) e quanto, più che ragionare con categorie deterministiche (l'età anagrafica), occorra invece educare alla responsabilità e a prendere sul serio le conseguenze delle proprie azioni nel digitale.

La banalizzazione dei contenuti si alimenta anche attraverso immagini e meme, ovvero vignette o immagini stereotipate che vengono riprodotte con leggere variazioni, che possono avere un ruolo nel rendere un contenuto virale e al contempo nel banalizzare dottrine d'odio. I meme, dal greco "imitazione", indicano un simbolo riconoscibile dalla mente e quindi dalla memoria, facilmente replicabile, che si trasforma durante il processo; si tratta di immagini non esteticamente belle, ma che colpiscono la mente visuale per semplicità, tratti, lettere a caratteri cubitali e accostamenti cromatici (Pasta, 2022). Nei processi di "presa di mira" e di elezione a bersaglio, il loro uso virale contribuisce a conferire accettabilità sociale e a

normalizzare le idee d'odio. In queste immagini non vi sono rimandi specifici per riconoscere un luogo specifico, quanto piuttosto ambienti indefiniti e generici personaggi che si eleggono a bersaglio. Sono però immagini cariche di sentimenti, con un'enorme forza conversazionale in grado di generare discussioni, con una frequenza maggiore di quanto non accada ai messaggi esclusivamente testuali, tanto che si può parlare di una "semiotica dell'attivazione cognitiva" (Petrucchio, 2022). In particolare, nei social media assumono particolare rilevanza, come risposta alla preferenza della nostra mente per contenuti culturali interpretabili con il sistema 1 veloce e al contempo capaci di far condividere emozioni e creare senso di comunità.

Le *flame wars* si accompagnano spesso all'analfabetismo emotivo: nel momento in cui l'interazione mediata sostituisce la fisicità del corpo, attiviamo meno meccanismi di simulazione corporea, attraverso i neuroni specchio, per attivare empatia e metterci nei panni dell'altro, vivendo così emozioni forti ma disincarnate. Il soggetto è così privato di un punto di riferimento nel processo di apprendimento e comprensione delle emozioni proprie e altrui (Riva, 2025). A caratterizzare molte delle emozioni che si sperimentano nei nuovi media è la loro alterità (si pensi ai videogiochi): pur provandole in prima persona, sono lo specchio di emozioni di altri. L'analfabetismo emotivo è caratterizzato da tre elementi: l'assenza di consapevolezza, e quindi di controllo, delle proprie emozioni e dei comportamenti associati; la mancanza di consapevolezza delle ragioni per le quali si prova una certa emozione; l'incapacità di relazionarsi con le emozioni altrui e con i comportamenti che ne scaturiscono.

Dalla sociologia tedesca, e in particolare dagli studi di Noelle-Neumann (1980), occorre, poi, richiamare la spirale del silenzio: è una teoria proposta ben prima dell'affermazione del digitale, a proposito dell'oscuramento delle opinioni minoritarie nella comunicazione di massa. È l'idea che la maggior parte delle persone, quando percepisce di avere un'opinione diversa dalla maggioranza, si rifugia nel silenzio. Le persone hanno sempre un'opinione su quale sia la tendenza

maggioritaria e, subendo la paura dell'isolamento, tendono a tacere la propria opinione se differente. Quanto ai processi di "presa di mira", il nostro bagaglio culturale fa i conti con le "convinzioni" secolari spesso, "intuitivamente", optano per confermare gli stereotipi e i pregiudizi. Alcuni studi (Hampton *et al.*, 2014) mostrano che, nel web, il ruolo della spirale del silenzio è ancora più forte: non si vuole lasciare tracce digitali delle proprie opinioni minoritarie, dato che si teme di poterne essere danneggiati socialmente, e si risente fortemente della pressione di conformità e del desiderio di essere popolari. In considerazione del ruolo del "silenzio delle maggioranze" nella progressione dei processi di elezione a bersaglio, da questo fenomeno viene una grande domanda su come educare a non cedere al conformismo passivo e a come essere "soccorritori attivi" piuttosto che "spettatori passivi".

Infine, per la maggior parte dei casi, occorre respingere la retorica secondo cui l'utente sfrutterebbe l'anonimato per la diffusione dei contenuti d'odio. Al contrario, raramente vi è relazione tra la violenza del discorso e la non riconoscibilità dei profili, ma piuttosto gli odiatori online sembrano incuranti o fieri di esporsi, anche quando potrebbero essere perseguiti giuridicamente, oppure risultano *de facto* protetti dall'altissimo numero di messaggi scambiati e dall'assenza di risorse che sarebbero necessarie per svolgere indagini finalizzate a reperire le loro vere identità. Spesso nome e cognome utilizzati sono quelli reali ed anche l'uso di uno pseudonimo non impedisce d'identificare l'indirizzo IP. Si è anonimi in Rete quando la polizia postale non è in grado di riconoscere l'autore di un contenuto, non quando si usa uno pseudonimo; rimanere nell'anonimato è un procedimento complesso; del resto, il lasciar tracce e l'essere tracciati sono pratiche strutturalmente connesse al web sociale. Tuttavia, sottolineando che si tratta di casi minoritari e di gruppi o profili di odio strutturato, va ricordato che vi sono strumenti professionali finalizzati a far perdere le proprie tracce online (Ziccardi, 2012).

3. Educare alla Cittadinanza Onlife, tra pensiero critico e responsabilità

Le manifestazioni di odio online sono molto diverse tra di loro a livello di intenzionalità, da quelle degli odiatori storici e strutturati che usano la Rete per organizzarsi e per diffondersi (Pasta, 2021b) a quelle di chi, con differenti età, si giustifica dicendo che ha semplicemente “fatto una battuta”. Si è già detto come la pretesa di non essere presi sul serio caratterizzi molti autori di forme di odio esplicito, da me contattati nell’ambito di ricerche (Pasta, 2019), e che tale istanza faciliti, consapevolmente o inconsciamente, l’accettazione sociale da parte della collettività.

Il contagio e la normalizzazione dei discorsi d’odio costringono a ripensare l’educazione alla cittadinanza, anche partendo da una sempre maggiore comprensione di come agisce la nostra mente. Le democrazie, sfidate dalla lunga pandemia e dai venti di guerra, sono oggi chiamate a esprimersi sui propri valori di fondo, tra individualismi e populismi, tra autoritarismi e tecnocrazie. Per questo, ci viene chiesto di rivisitare in chiave morale il problema dei fenomeni d’odio, orientando chi si occupa del digitale a tenere connessi la dimensione cognitiva e quella affettiva. Nel web sociale, in particolare, le emozioni, positive e negative, sono veri e propri processi relazionali tra la persona e l’ambiente, che qualificano le intenzionalità, chiariscono i valori, illuminano la razionalità senza necessariamente ostacolarla, bensì rappresentando una guida per comprendere il mondo che arricchisce e orienta la sensibilità e l’interiorità. Il “sentire affettivo” accompagna l’azione, ma non prescinde da scelte meditate, consapevoli e responsabili. Le persone non si comportano “naturalmente” in modo giusto ed altruista: molte vicende del passato e del presente dimostrano il contrario. Occorre, anche nel web sociale, promuovere un istinto pro-sociale “universale” che può essere coltivato e educato. In altre parole, la “mente-specchio” interroga l’educazione soprattutto rispetto ai processi di condivisione e riconoscimento degli altri esseri umani (Santerini, 2025); sia attraverso

app, sia promuovendo nei social conversazioni volte ad educare alla riflessività, vi sono situazioni in cui la via da percorrere può essere educare all'empatia, proponendo di mettersi nei panni dell'altro: individuare i singoli nella massa aiuta a rompere il circolo vizioso del capro espiatorio, a non essere indifferenti e ad essere invece maggiormente disposti alla riflessività. Immagini e meme – proprio per la natura veloce della comunicazione social – possono partecipare a questa “sfida dell'empatia”, come sul tema della migrazione contribuì la famosa immagine di Alan Kurdi, il bambino di tre anni annegato nel Mar Egeo e deposto sulla spiaggia nel 2015 (Colombo, 2018). Inoltre, di fronte ai processi di elezione a bersaglio – dal cyberbullismo all'hate speech – cooperazione e solidarietà indicano la via di un'educazione meno formale ed astratta, realizzata nel concreto delle relazioni interpersonali onlife, nutrita della comprensione degli aspetti emozionali che ci spingono “contro l'altro” e guidata dalla consapevolezza di quanto gli esseri umani si riconoscano vicendevolmente.

Rafforzare un'empatia originaria, tuttavia, è solo il primo passo. Ancor più importante appare l'esigenza di consolidare, a partire dall'imitazione e dalla compassione “istintiva”, comportamenti di aiuto e cooperazione, respingendo la tentazione dell'aggressività, dell'inerzia, dell'indifferenza e dell'esclusione morale, così come del pregiudizio verso l'estraneo. Anche nel digitale occorre educare all'essere soccorritori attivi e non spettatori passivi di fronte ai processi di elezione a bersaglio. In *Razzismi 2.0* (Pasta, 2018) sono state analizzate campagne social che agivano in questa direzione.

Il web sociale si configura, infatti, come uno spazio ambivalente, in cui la compresenza di produzione e consumo culturale può rafforzare processi di *othering*, favorendo forme identitarie escludenti, ma, al contempo, può rappresentare un terreno fertile per la costruzione di percorsi di cittadinanza digitale e media education, come dimostrano le esperienze di contronarrazione. In altre sedi (Pasta, 2024c) sono stati analizzati progetti di intervento mediaeducativo anche con il

coinvolgimento di gruppi di attivisti delle minoranze prese a bersaglio, con intervento diretto (counter speech) o di costruzione di un frame narrativo alternativo (alternative speech) di fronte alle manifestazioni di odio. Ad esempio, nel testo *Studenti musulmani a scuola. Pluralismo, religioni e intercultura* (Cuciniello, Pasta, 2020), si è dato conto di una ricerca-azione del Centro di Ricerca sulle Relazioni Interculturali dell'Università Cattolica con attivisti musulmani, finalizzata a riconoscere le forme di islamofobia nei social network, per classificarne i contenuti e costruire interventi educative per il loro contrasto (Pasta, 2020).

Taluni di questi interventi mediaeducativi sfruttano le opportunità connesse alle logiche partecipative, inclusive e creative del web sociale, specialmente attraverso le tecniche di Peer&Media Education (Ottolini, Rivoltella, 2014), per promuovere Cittadinanza Onlife. In *Nemmeno con un click. Ragazze e odio online* (Pasta, Santerini, 2021) si analizza il progetto Digit.ALL finalizzato al contrasto dell'odio verso le ragazze nei social. I laboratori con le classi delle scuole superiori coinvolte sono stati realizzati in tre fasi: l'emersione dei temi e l'analisi critica di prodotti dei consumi mediali digitali per disvelare stereotipi e pregiudizi sessisti; la costruzione di materiali con differenti formati comunicativi e stili espressivi (canzone rap, video di TikTok, la riproduzione di scambi via WhatsApp, locandine e immagine grafico-pubblicitarie, componimenti poetici, meme); la creazione e la diffusione di una campagna social tramite una pagina Instagram e la realizzazione di una mostra su pannelli fisici con gli stessi artefatti. Tutte queste fasi sono basate sul protagonismo delle ragazze e dei ragazzi e delle loro realizzazioni (produzione e scelta degli artefatti, decisione del nome della campagna social e produzione del logo, diffusione online...) e sul ricorso – tanto nell'analisi quanto nella produzione – di prodotti mediali vicini agli usi quotidiani dei giovani. I partecipanti a Digit.ALL, infatti, co-creano prodotti artistici digitali e si connettono con i pari nel web sociale per condividere narrative dalle loro prospettive situate e dai loro vissuti.

L'esempio riportato sottolinea come una prospettiva di Cittadinanza Onlife promuova una Media Literacy in cui le competenze digitali, accanto all'educazione al pensiero critico e alla responsabilità, si esplicitano nell'impegno e nell'attivismo in un "terzo spazio" digitale (Marangi, Pasta, 2025), che utilizza la diffusa propensione dei giovani al consumo mediale e all'uso del digitale come punto di partenza per tre processi:

- sviluppare conoscenze che permettano di stratificare e rendere più complessi i contenuti di un prodotto o di un ambiente mediale;
- attivare competenze di utilizzo che facilitino la capacità di variare le strategie di uso e di produzione di contenuti comunicativi e narrativi;
- promuovere la consapevolezza dei rischi e al contempo delle potenzialità strategiche di utilizzo dei media e degli ambienti digitali per articolare ed esprimere la propria prospettiva di sguardo e di partecipazione attiva alla vita sociale e culturale.

Nel progetto si è applicato un approccio pedagogico coerente con le tre dimensioni della pratica mediaeducativa teorizzata da Buckingham (2020), basata sulla relazione dinamica tra la lettura (l'analisi testuale), la scrittura (la produzione creativa) e l'analisi contestuale (tramite cui la lettura e la scrittura vengono inserite in un contesto sociale più ampio e collettivo, la campagna contro l'odio sessista).

Sono state applicate tre modalità di azioni mediaeducative (Cappello, 2020):

- una modalità interpretativa, che opera in base a strategie sistematiche di analisi testuale secondo un modello di "semiosi allargata" e che include, oltre agli aspetti cognitivi, anche gli elementi affettivi, proiettivi, ritualistici della fruizione mediale;
- una modalità delle scienze sociali che, adottando una prospettiva macro, studia i media in funzione delle loro

relazioni socio-culturali, economico-industriali, ideologico-politiche con istituzioni, gruppi, individui;

- una modalità creativa che, in una prospettiva micro, va ad integrare l'approccio critico-interpretativo con la produzione di artefatti che valorizzino il vissuto personale dei soggetti impiegando media e formati diversi.

In questo modo, recuperando lo slancio trasformativo della realtà che lo sguardo pedagogico non deve mai dimenticare, attraverso un "approccio olistico" alla Cittadinanza Onlife (Pasta, Rivoltella, 2022), che educa ai media come sistemi complessi di significazione e rappresentazione, produzione industriale e controllo sociale, spazio dell'attivismo e dell'impegno per la giustizia sociale, piuttosto che limitarsi alla dicotomia rischi-opportunità. Le logiche inclusive e partecipative di civic engagement (Pasta, Marangi, 2023) fanno invece produrre ai giovani formati mediali e dispositivi comunicativi concretamente esperibili e condivisibili sul territorio e nella quotidianità: l'intreccio tra efficacia mediale-comunicativa e gravidanza educativo-relazionale non può limitarsi al concetto di "prodotto" o di "esperienza" in sé, ma deve esplicitarsi come concreta acquisizione di competenze e sviluppo di consapevolezza che si reitera quotidianamente, e si diffonde dal personale al collettivo, al territorio in cui si vive, inteso nella sua doppia accezione di luogo fisico e di contesto socio-culturale, oltre ogni sterile antitesi tra "reale" e "virtuale". Si recupera in questo modo l'etica della mediapolis teorizzata da Roger Silverstone (2009), basata su tre punti: la giustizia mediale, l'ospitalità e la responsabilità. Questa prospettiva educativa è orientata alla formazione di cittadini digitali come soggetti morali, ma cambia la domanda da porsi: non è più «Come dovremmo essere trattati?», bensì «Come dovremmo agire?». Mentre l'approccio orientato ai diritti guarda dalla posizione del ricevente, la prospettiva orientata al dovere guarda alle relazioni dal punto di vista dell'attore (nell'onlife, spettautore). Onora O'Neill (1990), senza negare l'importanza dei diritti, sostiene che una comunicazione orientata al

diritto non è sempre in grado di rendere prioritari i diritti: sono importanti ma per avere un senso e un effetto devono essere iscritti in una cornice fatta di doveri, obblighi e impegni.

Per approfondire

Bortone R. (2023), *Molto social troppo dark*, Fefè, Roma

boyd d. (2014), *It's complicated. La vita sociale degli adolescenti sul web*, Castelvechi, Roma

Buckingham D. (2020), *Un manifesto per la media education*, Mondadori, Milano

Cappello G. (2020), *La media education a scuola*, in Buckingham D., *Un manifesto per la media education*, Milano, Mondadori, pp. VII-XVIII

Cecchetin, G. (2025), *Le parole possono cambiare il mondo*, in Corrado V. e Pasta S., a cura di, *Condividete con mitezza la speranza. Commento al Messaggio di Papa Francesco per la 59ma Giornata mondiale delle Comunicazioni Sociali*, Scholé, Brescia, pp. 143-49.

Colombo F. (2018), *Imago pietatis. Indagine su fotografia e compassione*, Vita e Pensiero, Milano

Commissione Jo Cox (2017), *Relazione finale*, Camera dei deputati, Roma

Consiglio d'Europa (2022), *Lotta contro il discorso d'odio. Raccomandazione CM/Rec(2022)161*, Cedex, Strasburgo

Corrado V. e Pasta S., a cura di, 2025, *Condividete con mitezza la speranza. Commento al Messaggio di Papa Francesco per la 59ma Giornata mondiale delle Comunicazioni Sociali*, Scholé, Brescia

Cuciniello A. e Pasta S., a cura di, (2020), *Studenti musulmani a scuola. Pluralismo, religioni e intercultura*, Carocci, Roma

Eugeni R. (2021), *Capitale algoritmico. Cinque dispositivi postmediali (più uno)*, Scholé, Brescia

Ferrari S. e Pasta S. (2023), "Information Literacy: l'istanza educativa centrale per la declinazione delle competenze digitali", *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, XV, 26: 170-192

Granata A. (2020), *Crescere con l'islam: sfide e risorse delle nuove generazioni*, in Cuciniello A. e Pasta S., a cura di, *Studenti musulmani a scuola.*, Carocci, Roma, pp. 59-69

Hampton K., Rainie L., Lu W., Dwyer M., Shin I. e Purcell K. (2014), *Social media and the «spiral of silence»*, Pew Research Center, Washington

Kahneman D. (2012), *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano

Lorusso A.M. (2018), *Postverità*, Laterza, Roma-Bari

Noelle-Neumann E. (1980), *La spirale del silenzio*, tr. it. Meltemi, Milano, 2017

Marangi M. e Pasta S. (2025), *Producing Media in the Classroom to Struggle Digital Educational Poverty: A Research in Lower Secondary School*, in Scuola Democratica, a cura di, *Proceedings of the Third International Conference of the journal Scuola democratica. Education and/or Social Justice*, Vol. 2: *Cultures, Practices, and Change* (Cagliari, 3-6 June 2024), Associazione Per Scuola Democratica, Roma, pp. 1019-1035

O'Neill O. (1990), *Practices of Toleration*, in Lichtenberg J, eds., *Democracy and the Mass Media*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 155-185

Ottolini G. e Rivoltella P.C., a cura di, (2014), *Il tunnel e il kayak. Teoria e metodo della Peer & Media Education*, FrancoAngeli, Milano

Pariser E. (2012), *Il filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Il Saggiatore, Milano

Pasta S. (2017), "L'Accoglienza dei profughi al memoriale della Shoah di Milano. La funzione educativa della memoria", *Rivista di Storia dell'Educazione*, IV (1): 51-72

Pasta S. (2018), *Razzismi 2.0. Analisi socio-educativa dell'odio online*, Scholé, Brescia

Pasta S. (2019), "Conversazioni via social network con giovani autori di performances d'odio", *Pedagogia Oggi*, XVII, 2: 369-383

Pasta S. (2020), "Islamofobia onlife: prevenzione e contrasto, tra educazione interculturale ed educazione civica digitale", in A. Cuciniello e S. Pasta, a cura di, *Studenti musulmani a scuola. Pluralismo, religioni, intercultura*, Carocci, Roma, pp. 101-113

Pasta S. (2021c), *Uno sguardo intersezionale: femmine e...*, in Pasta S. e Santerini M., a cura di, *Nemmeno con un click*, FrancoAngeli, Milano, pp. 38-50

Pasta S. (2021b), "Ostilità. Vecchi e nuovi bersagli, vecchi e nuovi virus", *Scholé. Rivista di educazione e studi culturali*, LIX, 2: 89-102

Pasta S. (2022), "ANTISEMITISMO 2.0. La propagazione dell'odio online nel web sociale" *Cultura tedesca*, LXIII (1): 81-99

Pasta S. (2024a), "(S)parlare delle donne nel web sociale: l'hate speech sessista e le sfide per la Cittadinanza onlife. Speaking ill about women on the social web: sexist hate speech and the challenges for Onlife Citizenship, *Women & Education*, IV: 33-39

Pasta S. (2024b), Lo "spettro dell'odio online": una proposta di classificazione tra valutazioni algoritmiche e qualitative, in Crescenza G., a cura di, *Educare in tempi di odio e violenza. Sfide pedagogiche e istituzionali*, Progedit, Bari, pp. 113-126

Pasta S. (2024c), *Cittadinanza onlife e odio 2.0: Media Literacy con gruppi eletti a bersaglio nel web sociale*, in Rondonotti M., a cura di, *Tecnologie*,

comunità, inclusione sociale, eCampus University Press, Novedrate, pp. 153-178

Pasta S. (2025), *(S)parlare onlife: hate speech, flame wars e flussi comunicativi nel web sociale*, in Macinai E. e Biemmi I., a cura di, *Rimettere i diritti al centro. Infanzia, partecipazione, equità*, FrancoAngeli, Milano, pp. 62-78

Pasta S. e Marangi M. (2023), "Media Literacy al tempo degli "spettattori": contrastare la povertà educativa digitale", *Nuova Secondaria Ricerca*, LXI (2): 307-322

Pasta S. e Rivoltella P.C., a cura di, (2022), *Crescere onlife. L'Educazione civica digitale progettata da 74 insegnanti-autori*, Scholé, Brescia

Pasta S. e Santerini M., a cura di (2021), *Nemmeno con un click. Ragazze e odio online*, FrancoAngeli, Milano

Pasta S. e Zoletto D. (2023), "Postdigital Intercultures", in Scholé. *Rivista di educazione e studi culturali*, LXI (2): 19-46

Petrucchio C. (2022), "I meme nei processi di insegnamento e apprendimento: una semiotica dell'attivazione cognitive", *Giornale italiano della ricerca educativa*, 29: 23-33

Riva G. (2025), *Io, noi, loro. Le relazioni nell'era dei social e dell'IA*, il Mulino, Bologna

Rivoltella P.C. (2024), *Neurodidattica. II edizione*, Raffaello Cortina, Milano

Santerini M. (2021), *La mente ostile. Forme dell'odio contemporaneo*, Raffaello Cortina, Milano

Santerini M. (2025), *Stranieri morali*, Bollati Boringhieri, Torino

Silverstone R., 2009, *Mediapolis. La responsabilità dei media nella civiltà globale*, Polity Press, Cambridge

Ziccardi G. (2016), *L'odio online*, Raffaello Cortina, Milano

Libertà religiosa, esigenze di sicurezza e libertà di espressione: casi pratici

di Monia Ciravegna

Ricercatrice in Diritto e Religione
Università degli Studi di Torino

e Davide Dimodugno

Assegnista di ricerca in Diritto e Religione
Università degli Studi di Torino

1. Il *kirpan*: da simbolo della lotta contro il male a strumento atto ad offendere (M. Ciravegna)

I flussi migratori verso Paesi con tradizioni culturali profondamente diverse rispetto al Paese di origine originano spesso problematiche giuridiche “nuove”, inerenti a comportamenti estranei alla tradizione culturale del Paese ospitante, se non anche contrari alle norme dell’ordinamento giuridico; non di rado, infatti, la persona che immigra, nel Paese di destinazione può infatti trovare norme, anche di

rilievo penale, che puniscono condotte assolutamente lecite nel Paese d'origine, perché prassi consolidate. Il diritto penale peraltro è fortemente condizionato dal retaggio culturale e religioso su cui l'intero ordinamento giuridico si fonda¹; ad esempio in Islanda è vietato infrangere la proprietà privata degli elfi, e non è irragionevole pensare che una persona immigrata in Islanda violi involontariamente tale disposto.

In un simile contesto, non è raro che prescrizioni religiose relative a fedi minoritarie o comunque “nuove” nei Paesi di destinazione, si pongano in conflitto con le norme dello Stato poste a tutela della sicurezza pubblica.

Un esempio da tempo giunto al vaglio all'autorità giudiziaria e sul quale è opportuno riflettere, è relativo al porto del *Kirpan*², il pugnale tradizionalmente in uso agli aderenti alla Comunità Sikh³. L'ortoprassi di portare il *Kirpan* si pone, infatti, in potenziale contrasto con quelle norme di rilievo penale dell'ordinamento italiano che vietano di circolare “armati” nello spazio pubblico; il pugnale in questione è oggettivamente uno strumento che, per la sua conformazione materiale, ha potenziali capacità offensive dell'integrità fisica, essendo

¹ Come afferma Fabio Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010, il diritto penale è «un diritto ... che risente in modo significativo della cultura dello Stato» è «impregnato di cultura».

² Ai discepoli maschi adulti aderenti al Sikhismo è imposta l'osservanza delle cinque K: *Kesh*, barba lunga e capelli lunghi, raccolti in un turbante, che copre la crocchia di capelli assicurata sulla sommità del capo, simboli di santità e forza spirituale, *Kashaira*, un genere di biancheria intima (tipo boxer), *Kara*, braccialetto di ferro da portare al polso destro, *Kangha*, pettine usato per raccogliere i lunghi capelli nella crocchia, *Kirpan*, piccola spada o pugnale da tenere sempre al fianco. Tali accessori devono essere portati dal fedele in ogni istante della vita, non solo nel momento della professione di fede.

³ Il Sikhismo è una religione monoteistica, nata nel XV secolo in Pakistan, dagli insegnamenti di Guru Nanak Dev (1469-1539), ed è oggi una delle più giovani tra le religioni maggiormente diffuse a livello mondiale, contando circa venticinque milioni di aderenti all'inizio del XXI secolo.

munito di un'impugnatura e di una lama tagliente dalla punta arrotondata.

Prima di entrare nel merito della questione ed esaminare gli approdi giurisprudenziali nazionali in argomento, è necessaria una premessa sui principi generali dell'ordinamento nazionale; costituisce presupposto fondamentale della legge penale⁴ il principio per cui l'ignoranza della legge non può essere addotta dall'autore del fatto integrante una fattispecie di reato al fine di andare esente da sanzione. Non di rado, tuttavia, la circostanza assume rilievo indiretto, sotto forma di *cultural defense* o difesa culturale, ossia una pretesa di giustificazione del comportamento *contra legem* fondata sulla diversa appartenenza culturale del reo rispetto a quella dei consociati ove il precetto normativo vige. La risposta dell'ordinamento, di fronte ad una simile causa di giustificazione del reo, può essere molto diversa. Lo Stato può porsi in maniera neutrale di fronte alle differenze culturali, applicando un principio di uguaglianza in senso formale, e dunque ritenere irrilevante la giustificazione culturale, procedendo alla punizione del reo al pari di coloro che non abbiano addotto alcuna motivazione alla condotta. In alternativa le specificità identitarie sottese alla difesa culturale possono essere valorizzate, in applicazione di un principio di uguaglianza in senso sostanziale; la valorizzazione, tuttavia, può essere *pro reo*, ossia in senso favorevole all'agente, andando a scriminare la condotta (scriminante culturale) ovvero attenuandone la pena (attenuante culturale), ovvero *contra reo*, ossia in senso a lui sfavorevole, in quanto intesa come un mancato adeguamento dell'agente alla cultura e alle disposizioni del Paese di accoglienza (aggravante culturale).

Le problematiche giuridiche nascenti dal rispetto da parte degli aderenti al Sikhismo della prescrizione religiosa del porto del *Kirpan*

⁴ Ex art. 5 Codice penale, ai sensi del quale «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale», che altro non è che la trasposizione in norma del celebre brocardo latino «*ignorantia iuris (legis) non excusat*».

nello spazio pubblico rappresentano un importante esempio di comportamento antigiuridico per il quale gli agenti hanno spesso invocato una *cultural defense* e merita dunque di essere approfondito in questa sede.

In concreto il *Kirpan* rappresenta uno «strumento da taglio» che, ai sensi dell'art. 4 secondo comma della legge 110 del 1975, non può essere portato fuori dalla propria abitazione *senza giustificato motivo*⁵, quale strumento atto ad offendere. La violazione di questa norma assume rilievo in sede penale e sanziona il trasgressore con l'arresto e un'ammenda, pene che possono essere aggravate se lo strumento atto ad offendere è portato nel contesto di manifestazioni sportive o riunioni pubbliche⁶.

⁵ Recita testualmente il secondo comma dell'art. 4 della legge 110/1975: «Senza giustificato motivo, non possono portarsi, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, bastoni muniti di puntale acuminato, strumenti da punta o da taglio atti ad offendere, mazze, tubi, catene, fionde, bulloni, sfere metalliche, nonché qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa alla persona, gli strumenti di cui all'articolo 5, quarto comma, nonché i puntatori laser o oggetti con funzione di puntatori laser, di classe pari o superiore a 3 b, secondo le norme CEI EN 60825- 1, CEI EN 60825- 1/A11, CEI EN 60825-4.»

⁶ Prevede il terzo comma dell'art. 4 della legge 110/1975: «Il contravventore è punito con l'arresto da sei mesi a due anni e con l'ammenda da 1.000 euro a 10.000 euro. Nei casi di lieve entità, riferibili al porto dei soli oggetti atti ad offendere, può essere irrogata la sola pena dell'ammenda. La pena è aumentata se il fatto avviene nel corso o in occasione di manifestazioni sportive». Prosegue poi la norma nei successivi commi: (IV comma) «È vietato portare armi nelle riunioni pubbliche anche alle persone munite di licenza. Il trasgressore è punito con l'arresto da uno a tre anni e con l'ammenda da 3.000 euro a 20.000 euro. La pena è dell'arresto da tre a sei anni e dell'ammenda da 5.000 euro a 20.000 euro quando il fatto è commesso da persona non munita di licenza. (V comma) Chiunque, all'infuori dei casi previsti nel comma precedente, porta in una riunione pubblica uno strumento ricompreso tra quelli indicati nel primo o nel secondo comma, è punito con l'arresto da sei a diciotto mesi e con l'ammenda da 2.000 euro a 20.000 euro. (VI comma) La

È innegabile che la legge in questione è particolarmente risalente ed è frutto dei cosiddetti «anni di piombo»⁷ in cui, com'è noto, gli attentati terroristici flagellavano il nostro Paese e si rendevano necessarie cautele particolari per la garanzia della sicurezza pubblica; certamente il legislatore dell'epoca non immaginava un'applicazione della norma nei confronti degli aderenti al Sikhismo, ma nella vigenza di essa gli operatori del diritto si sono trovati a interrogarsi sulla possibilità che la condotta dell'aderente Sikh che circola in luogo pubblico portando con sé il *Kirpan* integri o meno una violazione dell'art. 4, secondo comma, della legge 110/1975. In particolare, rilevato che non tutte le condotte di porto di un'arma da taglio fuori dalla propria abitazione sono oggetto di sanzione, ma solamente quelle prive di giustificato motivo, l'interrogativo può essere tradotto nei seguenti termini: il fatto che porto del *Kirpan* sia posto in essere in ossequio a un precetto del Sikhismo, costituisce giustificato motivo utile far ritenere la condotta dell'agente non anti giuridica?

Una delle prime pronunce che si rinvencono in argomento è stata resa in Italia dalla sezione penale del Tribunale di Cremona⁸; i giudici di merito avevano in tal caso assolto dal reato di cui all'art. 4 secondo comma della legge 110/1975 un indiano Sikh per aver portato con sé, fuori dalla propria abitazione e precisamente all'interno di un centro commerciale limitrofo, un *Kirpan* della lunghezza complessiva di 17 cm (di cui 10 di lama), calzato in un fodero sopra le vesti. Nella parte motiva della pronuncia, il Tribunale precisa che il porto del *Kirpan* costituisce un segno distintivo di adesione alla fede religiosa Sikh, che trova garanzia nell'art. 19 della Costituzione italiana, oltre che in

pena prevista dal terzo comma è raddoppiata quando ricorre una delle circostanze previste dall'articolo 4, secondo comma, della legge 2 ottobre 1967, n. 895, salvo che l'uso costituisca elemento costitutivo o circostanza aggravante specifica per il reato commesso».

⁷ Risalgono a quegli anni la Strage di Piazza Fontana a Milano (12 dicembre 1969), di Gioia Tauro (22 luglio 1970), di Gorizia (31 maggio 1972), della Questura di Milano (17 maggio 1973) di Piazza della Loggia a Brescia (28 maggio 1974) e dell'Italicus (4 agosto 1974).

⁸ Tribunale di Cremona, sentenza 19 febbraio 2009 n. 15, in *GiurCost.org*.

plurimi atti internazionali, e in quanto espressione del costituzionale diritto di libertà religiosa, non può costituire reato⁹. Durante il processo penale l'imputato aveva esibito, a riprova della bontà del proprio comportamento, un certificato del Consolato generale dell'India, ove si precisava che per i Sikh il *Kirpan* è simbolo della resistenza al male e che deve essere sempre portato in modo visibile; il documento era funzionale a far assistere l'invocato giustificato motivo al piano dell'innegabilità. Quasi provocatoriamente nella motivazione si legge altresì che *«se deve pacificamente ritenersi insussistente il reato qualora il porto, fuori della propria abitazione, di un "coltellone" da cucina sia motivato dalla plausibile esigenza di tagliare il pane per una famiglia che intenda recarsi ad un "pic-nic", non si vede francamente per quale ragione non dovrebbe del pari considerarsi non integrata la fattispecie penale nell'ipotesi in cui il porto riguardi un Kirpan (cioè un coltellino avente una lama notoriamente più corta di quella del "coltellone" da cucina), laddove peraltro in quest'ultimo esempio il giustificato motivo (quello religioso) risieda addirittura nell'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito e sottenda una mera finalità di esibizione ornamentale (diversamente dal "coltellone" da cucina, che verrà impugnato, sia pur per tagliare il pane)»*. Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale di Cremona ha ritenuto obiettivamente insussistente il reato ascritto all'imputato, assolvendolo dalle accuse e disponendo l'immediata restituzione al proprietario del «coltello» sequestrato.

A distanza di poco tempo, tuttavia, il Tribunale di Latina¹⁰ è giunto alla conclusione opposta, ritenendo la motivazione religiosa sottesa al porto del *Kirpan*, incapace di costituire un giustificato motivo utile a

⁹ Afferma il Tribunale di Cremona: *«Né, per ritenere egualmente integrata la contravvenzione in esame, potrebbero opporsi, alle suesposte considerazioni, le esigenze di tutela dell'ordine pubblico che l'art. 4 della legge n° 110/1975 intende perseguire, dal momento che tale disposizione in tanto assicura protezione all'ordine pubblico, in quanto il porto, fuori dell'abitazione, dello strumento atto ad offendere non sia giustificato»*.

¹⁰ Tribunale di Latina, sentenza 29 gennaio 2010 n. 4, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2010, pp. 1038 ss., con nota di rinvio di Natascia Marchei, *ivi*, pp. 1039 ss.; di analogo tenore G.U.P. presso il Tribunale di Mantova, ordinanza 10 dicembre 2014.

escludere la portata sanzionatoria dell'art. 4, secondo comma, della citata legge; secondo i giudici laziali, la motivazione religiosa non sarebbe in grado di scriminare la fattispecie, cioè non sarebbe in grado di escludere l'antigiuridicità del fatto e dunque la sua rilevanza penale, poiché la libertà di professione di culto e fede *«trova un limite invalicabile nella pacifica convivenza e delle correlative norme della sicurezza pubblica»*.

I giudici di merito erano pertanto tutt'altro che concordi sulla qualificazione giuridica del porto del Kirpan. A dirimere il contrasto è intervenuta per la prima volta nel 2016 la Corte di cassazione, con due pronunce conformi rese a breve distanza¹¹, che hanno confermato l'antigiuridicità della condotta, dunque aderendo al secondo dei citati orientamenti. Il Giudice di legittimità ha ritenuto prevalenti le esigenze di tutela della «sicurezza pubblica» e della «pacifica convivenza» sulla libertà religiosa dei singoli, così rifiutando di ravvisare nella motivazione religiosa un «giustificato motivo» che consentisse di superare l'incriminazione ex art. 4 legge 110/1975 ovvero di ritenere comunque integrata la scriminante dell'esercizio del diritto; la libertà di fede e di culto trova dunque un limite invalicabile nella pacifica convivenza e nel rispetto delle norme a tutela della sicurezza pubblica. A sostegno di tale assunto sono richiamati alcuni precedenti arresti della stessa Corte nei quali si precisava che *«tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto – nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità, per le ragioni spiegate sopra – sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza»*¹², nonché alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo¹³ al fine di porre in evidenza

¹¹ Cassazione penale, sezione I, sentenza 14 giugno 2016 n. 24739 e Cassazione penale, sezione I, sentenza 16 giugno 2016 n. 25163, entrambe commentate da Angelo Licastro, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del Kirpan del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1 (2017), e riportate per esteso in calce.

¹² Il richiamo è *ex multis* alla sentenza 24 marzo 2016 n. 6311.

¹³ Pronunce rese in applicazione dell'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che garantisce la libertà di pensiero, coscienza e religione,

che il diritto di libertà religiosa non è un diritto assoluto, ma può subire restrizioni, purché legittime.

L'anno successivo la Corte di cassazione penale¹⁴ è tornata a pronunciarsi sull'argomento non solo ribadendo il proprio orientamento precedente, ma altresì individuando in capo all'«immigrato» un obbligo di «*conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale, in cui ha liberamente scelto di inserirsi*», verificando la compatibilità nonché la liceità dei propri comportamenti in relazione all'ordinamento giuridico del Paese di destinazione. Non solo dunque la difesa culturale non può giovare al reo per scriminare la condotta ovvero attenuarne la pena, ma può assumere rilievo *contra reo*. Prosegue la Corte «*la decisione di stabilirsi in una società in cui è noto, e si ha consapevolezza, che i valori di riferimento sono diversi da quelli di provenienza, ne impone il rispetto e non è tollerabile che l'attaccamento ai propri valori, seppur leciti secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, porti alla violazione cosciente di quelli della società ospitante*».

In conclusione, dunque, alla luce dell'attuale orientamento della Corte di cassazione italiana, il porto del *Kirpan* da parte dei fedeli *Sikh* nello spazio pubblico non è consentito ed espone costoro a sanzioni di rilievo penale.

Il porto del *Kirpan* da parte degli aderenti al Sikhismo, peraltro, ha assunto rilievo anche in sede di riconoscimento della personalità giuridica dei relativi enti di culto, tanto da spingere il Ministero

su problematiche giuridiche relative al porto del velo islamico (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Leyla Sahin c. Turchia*, ricorso n. 44774/98, sentenza del 10 novembre 2005 - Corte europea dei diritti dell'uomo, *caso Refah Partisi et al. c. Turchia*, ricorsi nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, sentenza del 13 febbraio 2013) ovvero di simboli religiosi (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Eweida et al. c. Regno Unito*, ricorsi nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10, sentenza del 15 gennaio 2013).

¹⁴ Cassazione penale, sezione I, sentenza 31 marzo 2017 n. 24084, in *GiurCost.org*.

dell'Interno a cercare una mediazione con la comunità Sikh¹⁵. In passato il Consiglio di Stato si era espresso negativamente sul riconoscimento della personalità giuridica di enti riconducibili al Sikhismo¹⁶, evidenziando come alcuni aspetti propri della religione Sikh confliggevano in maniera evidente con principi fondamentali dell'ordinamento pubblico interno, quali il porto del *Kirpan* e il divieto di divorzio per le sole donne. La Sikh Gurdwara Parbandhak Committee Italy ha preso in considerazione questi rilievi e, a seguito di ripetute interlocuzioni con l'Amministrazione e grazie al coinvolgimento del Banco Nazionale di Prova, quale autorità tecnica nazionale competente in materia di armi, ha predisposto un prototipo di pugnale rituale con caratteristiche tecniche e dimensioni che lo rendono «non ... idoneo a recare offesa alla persona» e, pertanto, non da considerarsi tra le armi proprie di cui è vietato il porto, rappresentando un mero simulacro di un pugnale. Proprio in considerazione di tale accomodamento, di impulso religioso, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la personalità giuridica di tale ente nel 2021¹⁷.

Fuori dai confini nazionali l'approccio alla problematica è, per contro, profondamente diverso. In Canada, ad esempio, il porto del *Kirpan* è consentito all'interno dei tribunali, del parlamento federale (non in Québec) e persino agli studenti che frequentano la scuola pubblica, in seguito ad una celebre – per gli addetti ai lavori – pronuncia della Corte

¹⁵ Nella relazione del 2015 sulle performance del Ministero dell'Interno, Direzione Centrale degli affari dei culti, Ufficio politiche dei culti e relazioni esterne si legge infatti che «con i Sikh, il rapporto è stato sviluppato anche nel tentativo di risolvere la questione del simbolismo sacro connesso al porto del *Kirpan* da parte degli aderenti alla Confessione. Comportamento che, non essendo consentito nel nostro ordinamento, rappresenta un elemento di preclusione per il riconoscimento giuridico dei propri enti di culto».

¹⁶ Parere del Consiglio di Stato, sezione I, 23 giugno 2010 in relazione al riconoscimento della personalità giuridica *ex art. 2* legge 1159/1929 della «Associazione Sikhismo Regione Italia».

¹⁷ Consiglio di Stato, sezione I, sentenza 29 ottobre 2021 n. 1685, in *future.unimi.it*.

Suprema Canadese¹⁸. Negli Stati Uniti, per giurisprudenza consolidata, il *Kirpan* può essere portato in molti luoghi pubblici, negli edifici federali, alla Casa Bianca e anche a scuola, purché indossato in una guaina cucita sotto le vesti¹⁹. Nel Regno Unito e in Scozia vi sono espresse disposizioni che, pur vietando il porto di armi da taglio o da punta in pubblico, prevedono specifiche scriminanti nel caso in cui l'agente adduca a giustificazione del suo comportamento la motivazione religiosa ovvero il «costume nazionale»²⁰, così consentendo non solo il porto del *Kirpan*, ma altresì del tradizionale *Sgian-dubh*, il pugnale cerimoniale usato insieme al *kilt*.

2. Libertà religiosa e libertà di espressione: casi pratici

(D. Dimodugno)

Il presente contributo intende illustrare come possano essere in concreto bilanciati i diritti di libertà religiosa e di libertà di espressione, così come definiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei

¹⁸ Corte Suprema, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2 marzo 2006, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6. Nel caso di specie la Corte Suprema canadese, facendo applicazione del giudizio di bilanciamento di valori tra libertà religiosa e sicurezza, e in ossequio al principio di *reasonable accommodation*, ha ritenuto non necessario limitare la libertà religiosa dello studente sikh, in quanto tramite diversi accorgimenti era comunque possibile garantire la sicurezza dell'utenza; ad avviso della Corte, la Commissione scolastica che aveva negato allo studente la possibilità di portare a scuola il *Kirpan*, pur avendone astrattamente il titolo, non aveva agito legittimamente, in quanto una tutela della sicurezza poteva essere raggiunta ricorrendo a cautele come l'inibizione assoluta di estrarlo e la necessità di portarlo sotto i vestiti nell'apposito fodero. Il divieto assoluto di portare il pugnale Sikh a scuola è perciò stato ritenuto una misura irragionevole e sproporzionata.

¹⁹ Principio di derivazione giurisprudenziale dal caso *Cheema n. Thompson* (U.S. Court of Appeals – Ninth Circuit, 12 ottobre 1995, N. 94-16868, 67 F.3d 883, in *Vlex.com*).

²⁰ Il riferimento è al *Criminal Justice Act* del 1988 artt. 139 e 139A per il Regno Unito e al *Criminal Law Act* scozzese del 1995 artt. 49A e 49B.

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), stipulata il 4 novembre 1950 in seno al Consiglio d'Europa. Si tratta, quest'ultimo, di un organismo diverso dall'Unione Europea, molto più ampio perché sono ricompresi ben 46 paesi, non solo tutti i 27 stati membri dell'Unione Europea, ma anche molti altri, in particolare quelli dei Balcani, l'Armenia, la Georgia, l'Azerbaigian, l'Ucraina e la Turchia, quindi tutti i paesi riconducibili all'Europa fisica e non solo all'Europa politica. Fino al 2022 ne faceva parte anche la Russia, poi, a causa delle violazioni ai diritti umani commesse durante la guerra in Ucraina, è stata espulsa. I riferimenti normativi di nostro interesse sono ravvisabili negli artt. 9 e 10 della CEDU, rispettivamente la libertà di religione e la libertà di espressione.

Sono entrambi diritti fondamentali ma non per questo sono dei diritti assoluti: anch'essi devono essere bilanciati per evitare, come ha ben rammentato la nostra Corte costituzionale²¹, che un diritto si faccia "tiranno", a scapito di altre posizioni giuridiche soggettive, che si troverebbero in una posizione regressiva e deteriore. L'art. 9 della CEDU afferma al primo comma che: «ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione», quindi si tratta di un diritto individuale che si può però manifestare in tanti modi diversi, in particolare mediante l'esercizio individuale o collettivo, in pubblico o in privato, del culto, nonché mediante l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. Il secondo comma prevede la possibilità di restrizioni a questo diritto, le quali potranno essere ritenute legittime in quanto siano state poste da una legge, e quindi all'esito di un dibattito pubblico che coinvolga i rappresentanti del popolo in ciascun paese. Si deve trattare di misure necessarie e proporzionate nell'ambito di una società democratica, a tutela di altri diritti e valori come la pubblica sicurezza, la salute, la morale e la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Allo stesso modo anche l'art. 10, comma secondo, pone delle restrizioni alla libertà di espressione, il cui esercizio comporta

²¹ Corte costituzionale, sentenza 9 maggio 2013 n. 85, n. 9 del considerato in diritto.

«doveri e responsabilità», cioè non si può esprimere qualsiasi pensiero senza tenere conto delle conseguenze che questo pensiero può determinare. Può essere, quindi, legittimo per lo Stato imporre delle formalità, delle condizioni, delle restrizioni e delle sanzioni, purché anch'esse siano previste dalla legge e rappresentino misure necessarie in una società democratica per la tutela di altri diritti e libertà come la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale, la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui.

Data questa premessa, ci pare interessante esaminare alcuni casi che sono stati sottoposti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha sede a Strasburgo, a partire da alcune domande. In particolare, il divieto di proiezione, stabilito dalle autorità austriache, di un film che ridicolizza la religione cattolica, può costituire una legittima limitazione della libertà di espressione? Il caso è quello dell'Istituto Otto Preminger²², con sede a Innsbruck, il quale invita i propri membri, circa 2700 soci, ma aprendosi anche ad un pubblico più ampio, a partecipare alla proiezione di un film a carattere blasfemo, in cui si ridicolizza la concezione di Dio Padre e del Figlio Gesù Cristo propria del cattolicesimo, nonché della Madonna, inserendo alcune presenze demoniache e riferimenti di natura sessuale. Su richiesta della diocesi, che aveva ritenuto il film svilente ed offensivo della religione cattolica, si instaura un procedimento penale, nonostante la proiezione del film non avesse avuto luogo. In questo caso, ormai risalente, in quanto la pronuncia è del 1994, la Corte ha dato ragione all'Austria, che aveva condannato penalmente l'Istituto che intendeva proiettare questo film, ritenendo che è possibile sanzionare e prevenire degli attacchi contro oggetti di venerazione religiosa, purché vi sia proporzionalità tra gli elementi di cui all'art. 10, comma secondo, della CEDU, ovvero le formalità, condizioni, restrizioni e sanzioni, rispetto all'obiettivo da perseguire. In questo caso, l'obiettivo cui le autorità miravano era

²² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, ricorso n. 13470/87, sentenza 20 settembre 1994.

quello di garantire la «pace religiosa», in quanto si riteneva sussistente una «necessità impellente» di tutelare il sentimento religioso della collettività. Con questa pronuncia, la Corte estende la tutela del diritto di libertà religiosa dal singolo alla comunità, facendosi forte del fatto che, all'epoca, in Tirolo, l'87% della popolazione era cattolica, e quindi ha ravvisato un pressante bisogno sociale per la preservazione della pace religiosa, che questo film poteva mettere a repentaglio. È una sentenza che in dottrina viene criticata perché ritenuta sproporzionata, in quanto gli spettatori che potevano assistere alla proiezione erano pochi e consapevoli del tipo di film che stavano per andare a vedere, era previsto il pagamento di un biglietto d'ingresso e il film era vietato ai minori di 17 anni. Ciò nonostante, la censura adottata dall'Austria è stata ritenuta non integrare una violazione dell'art. 10, e quindi non è stata riscontrata una violazione della libertà di espressione dell'Istituto che promuoveva la proiezione del film.

Andando, invece, ad esaminare un altro caso, questa volta proveniente dalla Turchia, ci domandiamo se il sequestro di un romanzo, pubblicato in 2000 copie – ovvero un quantitativo oggettivamente non abnorme – nel quale si esprimevano delle idee teologiche eterodosse e considerate da alcuni offensive rispetto all'islam ed in particolare rispetto alla figura del profeta Maometto, possa costituire o meno una legittima limitazione della libertà di espressione²³. L'autore del libro è stato condannato in Turchia a due anni di prigione, poi commutati in una pena di carattere pecuniario, pari all'equivalente di 16 dollari. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che questa condanna fosse proporzionata rispetto al «bisogno sociale impellente» di garantire la tutela della pace religiosa in Turchia, in quanto il contenuto del libro è stato ritenuto effettivamente offensivo rispetto a Maometto, il profeta dell'islam. Conseguentemente, anche i fedeli musulmani potevano sentirsi oggetto di un attacco ingiustificatamente offensivo.

²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, I.A. c. *Turchia*, ricorso n. 42571/98, sentenza 13 settembre 2005.

Un altro caso, proveniente ancora dall'Austria, ma molto più recente, ci fa sorgere la domanda se possa ritenersi proporzionata una multa, con la quale è stata sanzionata una conferenziera che, durante dei seminari promossi da un partito di destra, aveva criticato il profeta Maometto per il fatto di essersi sposato a 56 anni con una bambina di 6 anni, ovvero una situazione che nel nostro mondo occidentale concretizzerebbe una fattispecie di reato²⁴. La relatrice è stata condannata ad una pena pecuniaria da parte delle autorità austriache, poiché il suo discorso è stato ritenuto particolarmente svilente la figura di Maometto. Questo ragionamento è stato ritenuto valido dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha affermato che la condanna al pagamento di una pena pecuniaria non costituisce una violazione della libertà di espressione della conferenziera, dal momento che la relatrice non avrebbe inteso alimentare un dibattito intorno ad un argomento di pubblico interesse, ma solamente screditare Maometto, sostenendo che non sia degno di venerazione da parte dei fedeli musulmani. Inoltre, non ha contestualizzato il fatto che, nell'epoca storica in cui visse Maometto, una siffatta condotta fosse ritenuta ammissibile, ma ha fornito un giudizio di valore ricorrendo a categorie attuali, odierne.

Analizzando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si possono affermare alcuni principi: innanzitutto, il fatto che la libertà di espressione comporta dei doveri di responsabilità e che può essere oggetto di limitazioni, in quanto bisogna evitare espressioni gratuitamente offensive, da cui possano derivare episodi di intolleranza religiosa o di violenza fisica. Inoltre, si afferma la necessità, da parte delle religioni e dei credenti, di tollerare e accettare il diniego dei propri convincimenti religiosi da parte degli altri, così come la propaganda di dottrine ostili alla propria fede. Il problema si risolve in una questione di continenza, ovvero del modo con cui queste critiche vengono poste, che non deve essere oggettivamente diffamatorio. In altre parole, non deve trattarsi di una critica fatta al solo scopo di

²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *E.S. c. Austria*, ricorso n. 38450/12, sentenza 25 ottobre 2018.

offendere. Un altro importante elemento che la Corte europea è chiamata a valutare quando esamina una specifica fattispecie risiede nella situazione sociale dei singoli Paesi. Si tratta, infatti, di 46 Paesi molto diversi uno dall'altro: è facilmente intuibile che l'Italia è diversa dalla Turchia, così come lo è dall'Ucraina, dalla Francia o da altri Paesi. Poiché la Corte europea dei diritti dell'uomo interviene in ultima istanza, ovvero dopo che sono stati esperiti tutti i gradi di giudizio interni al Paese, la valutazione che essa offre nel caso di specie riguarda il rispetto del livello minimo dei diritti previsti dalla Carta, sia da parte della legislazione, che della giurisprudenza e delle autorità amministrative, verificando se sia stata violata o meno l'essenza dei diritti garantiti dalla Carta, fermo restando che ciascun Paese può offrire un livello di garanzia ulteriore, più ampio di quello convenzionalmente stabilito. Proprio a causa delle differenze di valori che sussistono nei diversi Paesi europei, il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati dalle pronunce della Corte risulta particolarmente ampio.

In pronunce più recenti²⁵, appare interessante notare che, tutelando la libertà di espressione, si è di fatto tutelata la libertà di impresa. Il caso *Sekmadienis Ltd c. Lituania* ha riguardato l'utilizzo di simboli religiosi in ambito pubblicitario, in particolare prendendo come "modelli" figure che inequivocabilmente si rifacevano alle raffigurazioni della Vergine Maria e di Gesù Cristo. La pronuncia della Corte europea ha criticato la motivazione con cui i giudici lituani hanno riscontrato una lesione della moralità pubblica, ritenendo che essi abbiano fatto ricorso a delle formulazioni non convincenti e non ben argomentate dal punto di vista giuridico, sebbene qualcuno si sarà sicuramente potuto sentire offeso, in quanto la religione cattolica è la religione maggioritaria in Lituania. In questo caso non si è fatto ricorso al criterio della maggioranza della

²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sekmadienis Ltd c. Lituania*, ricorso n. 69317/14, sentenza 30 gennaio 2018.

popolazione, a differenza di quanto avvenuto con il caso Otto-Preminger nell'Austria del 1994.

Volgendo, da ultimo, il nostro sguardo sull'Italia, intendiamo concludere con un riferimento ad un articolo del nostro codice penale, l'art. 604-bis c.p., previsione che, fino all'entrata in vigore del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, era contenuta all'interno dell'art. 3 della cosiddetta "legge Reale", legge 13 ottobre 1975, n. 654. Si tratta di una norma complessa, che comprende una pluralità di fattispecie all'interno del medesimo articolo. L'aspetto per noi più interessante è quello che emerge dal primo comma, concernente la propaganda di idee e l'istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La norma in esame prevede un inasprimento delle pene quando l'istigazione a commettere violenza o atti di provocazione alla violenza avviene per motivi razziali, etnici nazionali o religiosi. Occorre, quindi, distinguere tra la propaganda, ovvero la divulgazione di opinioni finalizzata a influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico e a raccogliere adesioni, e l'istigazione, ovvero qualsiasi fatto diretto a suscitare o a rafforzare in altri il proposito criminoso di delinquere o di perpetrare una fattispecie criminosa specifica. Ciò detto, ci domandiamo se i cosiddetti "like" a post su Facebook possano contribuire a integrare il reato di propaganda di atti di discriminazione per motivi razziali. La Corte di cassazione, chiamata a vagliare la legittimità di un'ordinanza del Tribunale del riesame, che disponeva la misura cautelare dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, ha affermato che, nel caso di specie, i like su Facebook e la diffusione di post dal contenuto negazionista, antisemita e discriminatorio hanno integrato sia la fattispecie di associazione per la commissione di atti di discriminazione sia quella di propaganda²⁶. In conclusione, il messaggio che vogliamo lasciare ai docenti e agli studenti è di prestare molta attenzione all'uso dei *social network*, che deve avvenire in modo accorto, in quanto bastano un post o un like per integrare, anche

²⁶ Cassazione penale, sezione I, sentenza 6 dicembre 2021 n. 4534.

inconsapevolmente, una pluralità di reati, non solo quelli in materia di discriminazione, ma anche la diffamazione o l'illecito civile dell'ingiuria. In una realtà, come quella odierna, in cui siamo soverchiati da molti conflitti, ognuno di noi può cercare di contribuire, a partire dalla scuola e dai luoghi di lavoro, ma anche su Facebook, utilizzando un linguaggio consono e appropriato, a promuovere la convivenza di fedi e culture diverse, all'interno di un mondo più pacifico, in cui i conflitti non sono alimentati, ma, per quanto possibile, dissipati grazie alla buona volontà e all'impegno da parte di tutti.

Per approfondire

C. Cianitto, *Religious hate speech, libertà di religione e libertà di espressione. Intersezioni tra forma e sostanza dei diritti nella società multiculturale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 16 (2019), pp. 1-29

N. Colaianni, *Quando la libertà prevale sulla morale: la pubblicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 8 (2018), pp. 1-7

M. Croce, *Sekmadienis Ltd. c. Lithuania: luci e ombre di una sentenza a favore della libertà di espressione nella pubblicità commerciale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2 (2018), pp. 525-527

A. Licastro, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del Kirpan del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1 (2017), pp. 1-29

A. Licastro, *Incitamento all'odio religioso e tutela della dignità della persona*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 18 (2022), pp. 61-81

R. Perrone, *Porto ingiustificato di arma da parte dei migranti e «conformazione ai valori del mondo occidentale» (nota a Cass. pen., Sez. I, sent. 15 maggio 2017, n. 24084)*, in *GiurCost.org*, n. 2 (2017), pp. 394-408

M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali*, ETS, Pisa 2018

Il salario minimo tra Italia ed Europa. Recenti prospettive

di Vincenzo Cangemi

Ricercatore di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Torino

Con l'approvazione della Direttiva (UE) 2022/2041 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, il tema del salario minimo è tornato alla ribalta del dibattito politico e giuridico. Tale direttiva, che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 15 novembre 2024, mira a istituire un quadro "migliorare le condizioni di vita e di lavoro nell'Unione, in particolare l'adeguatezza dei salari minimi per i lavoratori al fine di contribuire alla convergenza sociale verso l'alto e alla riduzione delle disuguaglianze retributive". Si tratta di un provvedimento che intende attuare il principio 6 del c.d. Pilastro europeo dei diritti sociali, una dichiarazione politica interistituzionale siglata da Parlamento europeo, Commissione europea e Consiglio Europeo nel 2017, che ribadisce il diritto dei lavoratori a una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso.

La questione era già stata oggetto di discussione parlamentare anche in Italia, quanto meno, per considerare i tempi più recenti, sin dall'approvazione della legge delega 183/2014, c.d. Jobs Act, che delegava il Governo a introdurre, anche in via sperimentale, una forma di compenso orario minimo nei settori non regolati da contrattazione collettiva. Tale delega, che non è mai stata attuata, ha, però, fatto fiorire, nel corso delle legislature che nel frattempo si sono susseguite diverse proposte di legge in materia di salario minimo. Tanto in Europa, quanto in Italia, quindi, il tema della retribuzione e del salario minimo è all'ordine del giorno dell'agenda politica e legislativa.

Una delle ragioni principali di questa attualità è da individuare nella diffusione del fenomeno del lavoro povero. Si tratta di un'espressione un po' strana. Sembra quasi un ossimoro il fatto che esista un lavoro che allo stesso tempo non riesca a garantire un sostentamento, lasciando le persone in povertà. Solitamente si è indotti, infatti, a ritenere che chi ha un posto di lavoro di per sé dovrebbe avere anche una retribuzione sufficiente e adeguata per riuscire a sostentarsi. Molto spesso invece negli ultimi tempi si sono diffuse delle forme di attività lavorative standard o non standard in cui i lavoratori percepiscono una retribuzione che non può considerarsi adeguata alla luce dei parametri fissati dall'art. 36 Cost.

Secondo la definizione utilizzata a livello europeo per misurare dal punto di vista statistico il rischio di povertà lavorativa (EU-SILC), un lavoratore può definirsi povero se lavora per almeno sei mesi nell'anno di riferimento e il reddito equivalente disponibile del suo nucleo familiare è inferiore al 60% del reddito disponibile mediano nazionale equivalente riferito al nucleo familiare dopo l'erogazione delle prestazioni sociali. La nozione presenta delle caratteristiche peculiari, in quanto, oltre a una dimensione prettamente individuale, legata alla tipologia di impiego e alla retribuzione del singolo lavoratore, presenta una dimensione collettiva, connessa alla composizione demografica e occupazionale del nucleo familiare di appartenenza. Questo è importante da considerare perché appunto è possibile che un

lavoratore percepisca una retribuzione, come individuo, significativamente rilevante, ad esempio, 2500 euro netti, ma al contempo tale compenso costituisce l'unico reddito per una famiglia composta da quattro figli. Se si paragona, quindi, un lavoratore single che percepisce 2500 euro netti al mese con un lavoratore, percettore della medesima retribuzione mensile, ma componente di una famiglia monoreddito composta da sei persone è chiaro che le due situazioni siano differenti, pur considerando lo stesso importo di retribuzione.

Le cause di questo fenomeno sono da individuare, innanzitutto, nella globalizzazione e nella tendenza alla continua competizione tra le imprese a livello di risparmio di costi anche alla luce dell'apertura del mercato globale. Altre cause sicuramente significative, sono poi quelle della flessibilizzazione e della deregolamentazione del mercato del lavoro per cui insieme al lavoro c.d. standard (lavoro a tempo pieno e indeterminato), è possibile, altresì, instaurare un rapporto di lavoro stipulando diverse tipologie di contratto di lavoro: a tempo determinato, in somministrazione, intermittente e così via. Si tratta di contratti che aumentano il fenomeno della precarietà e allo stesso tempo, se paragonati al contratto di lavoro standard, possono presentare più facilmente non solo degli abusi ma anche determinare delle conseguenze sulla retribuzione che viene percepita. Ci sono, infine, cause legate più strettamente al tema demografico, all'invecchiamento della popolazione e all'impatto dei flussi migratori, per cui c'è la tendenza da parte dei lavoratori migranti che arrivano in Italia ad accettare lavori a basso costo pur di stipulare un rapporto di lavoro che, per esempio, possa consentirgli di ottenere il permesso di soggiorno.

Già però da questa definizione è possibile comprendere che impatto può avere il salario minimo sulla questione della povertà lavorativa, un impatto significativo certo, ma allo stesso tempo non essenziale.

Se il lavoro povero ha una duplice dimensione, individuale e collettiva, il fatto di percepire un salario minimo che sia proporzionato e

sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost. non implica di per sé la risoluzione del problema della povertà lavorativa, soprattutto se insieme alla questione retributiva concorrono altri fattori (ad esempio la famiglia composta da sei componenti di cui solo uno percepisce il salario minimo). Sotto questo profilo, si è detto che una delle cause principali è quella della flessibilizzazione del mercato del lavoro, ovvero l'aumento del ricorso a contratti di lavoro flessibili non standard. Si tratta di un elemento che pone in crisi la narrazione politica secondo cui occorre a tutti i costi un salario minimo per restituire dignità al lavoro. È vero che il salario minimo ha appunto un impatto nel contrasto a questo tipo di fenomeni, ma allo stesso tempo se il lavoratore ha un contratto di lavoro a tempo parziale non uscirà comunque da una situazione di povertà lavorativa. Il salario minimo sarà sempre parametrato all'orario di lavoro ridotto effettivamente svolto. La povertà lavorativa è, quindi, un fenomeno complesso che proprio alla luce della sua complessità richiede un approccio olistico, ossia un approccio di contrasto che operi a 360 gradi e che non si concentri soltanto sul salario minimo.

Il tema del lavoro povero riguarda principalmente il lavoro subordinato, sebbene forme di lavoro povero si possono riscontrare anche tra i lavoratori autonomi (partite iva, lavoratori delle piattaforme digitali, *rider*). Innanzitutto perché il lavoro autonomo ancor più rispetto al lavoro subordinato ha un limitato accesso alla contrattazione collettiva, per ragioni legate al divieto di intese restrittive della concorrenza tra imprese (art. 101 TFUE) che però a livello europeo, con l'emanazione degli Orientamenti della Commissione europea sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione agli accordi collettivi concernenti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi individuali, si sta cercando di risolvere. Dall'altro lato c'è anche una difficoltà di accesso ad un determinato tipo di tutele soprattutto laddove si tratti di lavoratori autonomi in senso stretto e non di c.d. lavoratori parasubordinati. C'è una difficoltà di accesso a prestazioni previdenziali ed assistenziali per cui se il lavoratore autonomo perde

incarichi lavorativi non gode del trattamento di disoccupazione, come invece può avvenire lavoratore parasubordinato. Quindi anche un lavoratore autonomo al di là di quanto si possa pensare può versare in situazioni di povertà lavorativa.

Tra le iniziative messe in campo a livello europeo e italiano per combattere il fenomeno del lavoro povero è sicuramente da sottolineare il già visto pilastro europeo dei diritti sociali firmato nel 2017 che ha dato nuova linfa alla politica sociale dell'UE e che recentemente, nell'aprile del 2024, è stato riconfermato per il quinquennio 2024-2029. Tale dichiarazione interistituzionale contiene tutta una serie di principi legati appunto all'azione sociale ed in particolare all'azione in materia di diritti del lavoro dell'UE. In particolare, il principio n. 5 afferma che «indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro i lavoratori hanno diritto ad un trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro e l'accesso alla protezione sociale e alla formazione [...]». Conformemente alla legislazione dei contratti collettivi è garantita al datore di lavoro la necessaria flessibilità [...]. Sono promosse forme alternative di lavoro che garantiscano condizioni di lavoro di qualità». Quindi nonostante il lavoro non standard e le forme contrattuali flessibili è opportuno che vengano riconosciute ai lavoratori le stesse condizioni dei lavoratori a tempo indeterminato.

E poi sicuramente il principio 6, secondo cui «i lavoratori hanno diritto ad una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso. Sono garantite retribuzioni minime adeguate e che soddisfino i bisogni dei lavoratori e della sua famiglia in funzione delle condizioni economiche e sociali nazionali salvaguardando nel contempo l'accesso al lavoro, agli incentivi alla ricerca di lavoro. La povertà lavorativa va prevenuta. Le retribuzioni sono fissate in maniera trasparente e prevedibile conformemente alle prassi nazionali e nel rispetto dell'autonomia delle parti sociali». Si tratta di un principio che riecheggia la formulazione dell'art. 36, comma 1 Cost., secondo il quale il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro,

e in ogni caso sufficiente a assicurare a sé ed alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

In attuazione del principio 6 del Pilastro europeo dei diritti sociali, l'Unione europea ha emanato la direttiva UE 2022/2041 relativa ai salari minimi adeguati nell'UE. Successivamente, è stata emanata la direttiva UE 2023/970 sulla trasparenza retributiva, finalizzata più che altro a combattere il fenomeno del differenziale salariale tra uomini e donne.

All'indomani della pubblicazione in gazzetta ufficiale della direttiva UE 2022/2041 sui salari minimi adeguati, i quotidiani nazionali avevano riportato la notizia, affermando che l'Unione europea con la direttiva avrebbe imposto l'introduzione del salario minimo in tutti gli Stati membri. La direttiva, in realtà, non prevede l'introduzione di un salario minimo adeguato e la motivazione si rinviene nell'art. 153 del TFUE (le competenze dell'UE in materia di politica sociale). L'UE ha, infatti, competenza su tutta una serie di materie relative appunto al rapporto di lavoro eccetto, come specifica il paragrafo 5, con riguardo alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero e al diritto di serrata che sono tematiche in cui l'UE non può intervenire. L'assenza in capo all'Unione europea di competenze in materia retributiva ha reso piuttosto tortuosa la gestazione della direttiva sui salari minimi adeguati. Risulta tutt'ora pendente innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea un ricorso promosso dalla Danimarca, a cui poi ha aderito la Svezia, volto all'annullamento della direttiva per violazione dell'art. 153, § 5 TFUE.

Per questa ragione la direttiva la potremmo descrivere come un'arma spuntata nel senso che non introduce obblighi penetranti nei confronti degli Stati membri ma piuttosto cerca di promuovere all'interno degli ordinamenti degli Stati membri la garanzia di un salario minimo adeguato e lo fa attraverso l'introduzione di specifici obblighi di tipo procedurale e non di tipo sostanziale. Gli Stati membri si devono impegnare a migliorare il sistema di contrattazione collettiva,

diffondere la contrattazione collettiva laddove sia prevista, o in alternativa si devono impegnare a istituire un sistema di adeguamento all'inflazione del salario minimo legale e così via. Si tratta di obblighi procedurali che non hanno un impatto diretto sui singoli lavoratori in termini di fissazione di un importo minimo di salario legale per tutti gli Stati membri. L'Unione europea, del resto, non poteva intervenire in questa direzione perché negli Stati membri c'è un'ampia varietà di tradizioni di relazioni industriali. Alcuni Paesi hanno il salario minimo legale; altri, come la Francia, hanno il salario minimo legale per alcuni settori e la contrattazione collettiva; Paesi come l'Italia in cui non c'è un salario minimo legale, ma c'è la contrattazione collettiva con l'art. 36 Cost. che svolge un ruolo di salvaguardia.

L'obiettivo della direttiva è quindi di istituire un quadro per l'adeguatezza dei salari minimi legali, la promozione della contrattazione collettiva, il miglioramento dell'accesso effettivo dei lavoratori al diritto alla tutela offerta dal salario minimo, nel pieno rispetto della autonomia delle parti sociali nonché del loro diritto a negoziare e concludere atti collettivi. Non corrisponde, quindi, al vero che la direttiva intenda istituire un salario minimo adeguato in tutta l'Unione europea, considerato che essa stessa dichiara chiaramente che "nessuna disposizione della presente direttiva può essere interpretata in modo tale da imporre a qualsiasi Stato membro: a) l'obbligo di introdurre un salario minimo legale, laddove la formazione dei salari sia garantita esclusivamente mediante contratti collettivi, o b) l'obbligo di dichiarare un contratto collettivo universalmente applicabile".

In Italia, che, come detto, appartiene alla categoria di quei Paesi che rimettono alla contrattazione collettiva i meccanismi di determinazione della retribuzione ed è, quindi, tenuta ai sensi della direttiva a promuovere la contrattazione collettiva, secondo i dati raccolti dal CNEL vi è "un tasso di copertura della contrattazione collettiva che si avvicina al 100 per cento". Si tratta di un parametro di molto superiore a quello dell'80% di copertura minima previsto dalla direttiva per l'adozione di uno specifico piano d'azione per la

promozione della contrattazione collettiva. Da ciò ne consegue “la piena conformità dell’Italia ai due principali vincoli stabiliti dalla direttiva europea e cioè l’assenza di obblighi di introdurre un piano di azione a sostegno della contrattazione collettiva ovvero una tariffa di legge”. Il contratto collettivo c.d. di diritto comune, che rappresenta la tipologia di contratto collettivo attualmente utilizzata nell’ordinamento giuridico italiano, infatti, grazie all’opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza, ha un’efficacia che si estende anche a coloro che non sono iscritti al sindacato. Ciò nell’ottica di ampliare l’accesso alle condizioni lavorative migliorative rispetto a quelle legali tradizionalmente stabilite dalla contrattazione collettiva.

Tra i diversi meccanismi interpretativi di estensione dell’efficacia del contratto collettivo, di particolare rilievo è quello che fa leva sull’art. 36 Cost. e sull’applicazione dei minimi tabellari fissati dalla contrattazione collettiva a tutti i lavoratori. I contratti collettivi costituiscono, infatti, il riferimento per adeguare la retribuzione stabilita nel contratto individuale ai parametri fissati dalla Costituzione. In questo senso, nell’applicazione giurisprudenziale per lungo tempo la retribuzione fissata dalla contrattazione collettiva di norma ha goduto di una sorta di presunzione di conformità ai parametri di sufficienza e proporzionalità di cui all’art. 36 Cost. Di conseguenza, laddove il contratto di lavoro prevedeva una retribuzione che fosse inferiore ai minimi stabiliti dalla contrattazione collettiva la giurisprudenza tendeva a sostituire la clausola del contratto individuale con i minimi del contratto collettivo del settore di riferimento, secondo una valutazione di sufficienza e proporzionalità. Generalmente la sufficienza fa riferimento a elementi esterni (contratto di lavoro, famiglia, sostentamento proprio del lavoratore e così via) che non possono essere considerati propriamente oggettivi. Mentre la proporzionalità ha più un aspetto oggettivo perché la retribuzione deve essere proporzionata alla quantità e qualità del lavoro, per cui una retribuzione proporzionata è sempre stata ritenuta di per sé sufficiente da parte della giurisprudenza. Non c’è stato quasi mai un controllo sul

carattere di sufficienza della retribuzione perché occorre individuare una retribuzione che sia uguale per tutti i lavoratori.

Questo ruolo di garanzia della contrattazione collettiva è, tuttavia, andato in crisi, di recente, per colpa del fenomeno della c.d. contrattazione pirata. Alcune organizzazioni sindacali non rappresentative proprio per la particolare libertà e informalità del nostro ordinamento sindacale stipulano contratti collettivi anche non vantaggiosi per i lavoratori stessi perché è solo attraverso questa stipula che riescono ad accedere a particolari benefici, tra cui per esempio il godimento dei diritti sindacali all'interno delle aziende. Il fenomeno della contrattazione pirata tende a portare verso il basso le retribuzioni e quindi tende a favorire il fenomeno del lavoro povero. Si tratta di un fenomeno di per sé lecito, fintantoché non sconfina in forme di sindacato di comodo, ovvero di sindacato dei lavoratori direttamente finanziato o agevolato dal datore di lavoro, come tale vietato ai sensi dell'art. 17 Stat. lav. Ai sensi dell'art. 39 Cost., infatti, l'organizzazione sindacale è libera, e, quindi, il datore di lavoro è libero di scegliere quale contratto di lavoro gli "conviene" applicare. C'è quindi una forte concorrenza tra organizzazioni sindacali o sedicenti tali nell'accaparrarsi l'adesione al contratto collettivo perché costituisce un modo per rivendicare la loro stessa esistenza.

La diffusione della contrattazione pirata ha portato di recente la giurisprudenza di merito e di legittimità a rivedere le condizioni di applicabilità del meccanismo interpretativo di estensione dell'efficacia del contratto collettivo basato sulla valutazione di conformità della retribuzione all'art. 36 Cost. La Corte di Cassazione (Cass. 2 ottobre 2023, n. 27711; Cass. 2 ottobre 2023, n. 27713; Cass. 2 ottobre 2023, n. 27769; Cass. 10 ottobre 2023, n. 28320; Cass. 10 ottobre 2023, n. 28321; Cass. 10 ottobre 2023, n. 28323), in particolare, ribadisce il potere del giudice di valutare la conformità del contratto collettivo alla Costituzione ma, adesso, afferma la possibilità di considerare più elementi per comprendere se la retribuzione di un contratto collettivo è più o meno conforme ai principi fissati dalla Costituzione. È possibile,

ad esempio, guardare ad indicatori economico-statistici come quelli indicati dalla direttiva sul salario minimo oppure altri elementi. Questo però sta generando una sorta di parcellizzazione del giudizio sui contratti collettivi e anche soprattutto un contrasto nell'individuazione dell'autorità salariale tra sindacati e giudici, perché si comincia ad insinuare l'idea che la retribuzione fissata dai sindacati all'interno del contratto collettivo rischia di non essere più adeguata e quindi che debba poi essere la giurisprudenza a dover individuare dei criteri per stabilire quale retribuzione applicare al rapporto di lavoro con un effetto casistico che risulta problematico.

Sicuramente per superare questa *impasse* un elemento di aiuto potrebbe essere rappresentato dal salario minimo però non è certamente uno strumento definitivo. Lo si afferma anche in ragione della proposta di legge presentata dall'opposizione che è stata discussa a fine 2023 e poi il governo ha superato con un emendamento. Tale proposta prevedeva che, in attuazione dell'art. 36 Cost., i datori di lavoro sono tenuti a corrispondere ai lavoratori subordinati una retribuzione sufficiente e proporzionata; che analogo trattamento deve essere riservato anche ai rapporti di collaborazione eterorganizzati; che in attuazione degli artt. 35 e 36 Cost. ai lavoratori che prestano la propria attività lavorativa in forza di un contratto di agenzia o di rappresentanza commerciale o di un contratto di collaborazione che si concreti in una prestazione di opera coordinata e continuativa, prevalentemente personale, a carattere non subordinato, o effettuo prestazioni d'opera intellettuale o manuale il committente è tenuto a corrispondere un compenso proporzionato; che il trattamento economico minimo orario stabilito dal CCNL, non può comunque essere inferiore a 9 euro lordi.

La fissazione di questo tetto minimo a 9 euro lordi può, tuttavia, generare un effetto di livellamento al ribasso considerato che dalle statistiche sembra emergere che in media la retribuzione prevista dai contratti collettivi stipulati da CIGL, CISL, UIL stia intorno ai 10 euro, 10,50 euro. Quindi la contrattazione collettiva ha già un importo superiore rispetto ai 9 euro lordi. Bisogna, inoltre, considerare che

l'individuazione di un importo orario minimo se paragonato alla struttura complessa della retribuzione prevista dalla contrattazione collettiva rischia di essere un importo irrisorio. La retribuzione contrattuale, infatti, non è calcolata in modo unitario, ma costituisce la somma di diverse voci: c'è la paga base che potremmo assimilare ai 9 euro lordi della proposta, c'è l'indennità di contingenza, c'è l'elemento distinto dalla retribuzione, ci sono gli scatti di anzianità e poi gli eventuali superminimi e i premi di produttività, tredicesima, quattordicesima, e varie indennità. Quindi la retribuzione è composta da tante voci senza dimenticare che oggi i lavoratori godono di forme di welfare aziendale per cui alcune somme erogate dal datore di lavoro nelle imprese private possono essere destinate a welfare aziendale e quindi non essere ricomprese nelle retribuzioni imponibili per il lavoratore. La retribuzione fissata dalla contrattazione collettiva, che presenta varie sfaccettature, non può, quindi, essere paragonata alla proposta di soli 9 euro lordi o di qualunque altra cifra fissa. Se da un lato la contrattazione collettiva può per certi aspetti tenere bassi alcuni elementi retributivi come la paga base e così via, dall'altro lato può, però, incentivare i lavoratori attraverso altri strumenti come il welfare aziendale.

Per concludere e per tornare alla domanda iniziale: è davvero necessario introdurre un salario minimo per l'Italia? La risposta è probabilmente no, nel senso che può essere uno strumento utile ma al contempo non è lo strumento fondamentale e indispensabile per contrastare il fenomeno del lavoro povero da cui tutto nasce. La direttiva sul salario minimo non impone l'adozione di un importo minimo retributivo legale, quello che chiede a Paesi come l'Italia dove c'è un sistema di determinazione della retribuzione basato sulla contrattazione collettiva è di promuovere la contrattazione collettiva e, qualora la copertura della contrattazione collettiva sia inferiore alla soglia dell'80%, l'adozione di uno specifico piano di azione per estendere la copertura. Però dal punto di vista statistico occorre considerare che l'Italia è ricompresa tra i Paesi con un alto tasso di

adesione alla contrattazione collettiva pari al 97% circa, proprio in virtù di quei meccanismi interpretativi visti in precedenza.

Per approfondire

M. Aimo, A. Fenoglio, D. Izzi (a cura di), *Studi in onore di Massimo Roccella*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021

P. Albi (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Giappichelli, 2023

S. Bellomo, *Giusta retribuzione e contratto collettivo tra Costituzione e diritto europeo*, in *Ambiente diritto*, 2024, 1, 485

M. Brollo, C. Zoli, P. Lambertucci, M. Biasi (a cura di), *Dal lavoro povero al lavoro dignitoso. Politiche, strumenti, proposte*, Adapt Labour Studies e-book Series, 2024, n. 101, https://www.adaptuniversitypress.it/wp-content/uploads/2024/03/vol_101_2024_aa.vv._decent_work.pdf

V. Cangemi, *Lavoro povero e non dignitoso. Il caso delle piattaforme digitali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2023, n. 1, 36

S. Mainardi, *Lavoro, povertà lavorativa e ruolo del contratto collettivo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2024, 2, 223

Diritto alla salute tra Italia ed Europa

di Patrizia Macchia

Professoressa associata di Diritto pubblico
comparato

Università degli Studi di Torino

1. Introduzione

Quando si inizia un discorso sul diritto alla salute, è d'obbligo il riferimento all'art. 32 della Costituzione, che esprime i principi di dignità, eguaglianza, solidarietà in relazione a questo diritto definito come fondamentale per l'individuo e, contemporaneamente, interesse della collettività¹.

All'epoca dell'approvazione del Testo costituzionale, i Costituenti scelsero consapevolmente di non vincolare l'ordinamento ad uno specifico modello organizzativo, imponendo cioè una determinata

¹ Sul punto occorre ricordare che il principio della solidarietà rappresenta la chiave di lettura di questo inciso, nel senso che nel rapporto di solidarietà tra individuo e collettività non può esservi contrapposizione, ma solo comunanza di interessi: R. BALDUZZI, La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), Manuale di diritto sanitario, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 41.

tipologia di sistema sanitario. Pertanto, dall'entrata in vigore della Costituzione, l'organizzazione sanitaria continuò a funzionare su base mutualistica e, solo nel corso degli anni Settanta, a fronte della profonda crisi finanziaria provocata dai gravi disavanzi delle mutue, si cominciò a lavorare al testo della riforma sanitaria che, con la legge n. 833/1978, avrebbe istituito il Servizio Sanitario Nazionale

Il nuovo sistema sanitario, che aveva assunto come principi di riferimento l'universalità e l'eguaglianza, espressione della forma di Stato sociale (*welfare state*), è stato successivamente oggetto di una serie di ulteriori interventi normativi. Quando negli ultimi anni, su iniziativa di alcune Regioni, si è arrivati alla richiesta di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo l'art. 116 comma 3° della Costituzione (regionalismo differenziato), tra le materie di prioritario interesse, rivendicate proprio dalle Regioni che avevano avviato il procedimento², è stata inserita anche la tutela della salute. La successiva legge di attuazione, approvata nel giugno 2024³, è stata oggetto di ricorso alla Corte Costituzionale che, con la sentenza del novembre scorso⁴, ha dichiarato viziati di incostituzionalità alcuni punti della legge, di altri ne ha fornito un'interpretazione costituzionalmente corretta ed ha sollecitato al contempo l'intervento del Parlamento per colmarne i vuoti normativi. In tema di salute giova ricordare che la Consulta ha dichiarato incostituzionale il percorso di approvazione dei LEP⁵, evidenziando che, per la loro individuazione,

² Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto.

³ Legge n. 86/2024.

⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 192/2024.

⁵ La Corte ha dichiarato incostituzionale il percorso di approvazione dei LEP (Livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale: art. 117, c. 2 lett. m, Cost.) con decreti legislativi sulla base dei principi troppo generici contenuti nella legge di bilancio per il 2023.

esistono già specifiche leggi di settore, come per i LEA⁶ in materia sanitaria.

E' innegabile che oggi il SSN si trovi in una situazione di difficile sostenibilità, sia per la riduzione della spesa sanitaria, sia anche per l'assenza di non più procrastinabili riforme strutturali. In effetti un SSN, fondato sui principi indiscutibili di universalità, uguaglianza e equità dei servizi, non può reggere se fa assegnamento su una spesa sanitaria che si colloca agli ultimi posti tra i Paesi europei. In sostanza, a fronte di una spesa sanitaria certamente bassa, il nostro sistema sanitario si porrebbe l'obiettivo di garantire un insieme di servizi e prestazioni (LEA) tra i più ampi dei Paesi d'Europa.

Come è stato osservato, i risultati di questa "manutenzione ordinaria" con norme di settore (spesso prive di attuazione) arrivano a condizionare la vita di molte persone, in particolare di coloro che si trovano collocati nelle fasce socio economiche più deboli⁷. Ad esempio, sono di tutta evidenza i tempi di attesa interminabili per accedere ad una prestazione sanitaria o ad una visita specialistica, la necessità di ricorrere alla spesa privata sino all'impoverimento delle famiglie o alla rinuncia alle cure, le affollatissime strutture di pronto soccorso, le disuguaglianze regionali, come anche la c.d. migrazione sanitaria. Altra criticità da non sottovalutare risulta essere, nei diversi sistemi

⁶ I Livelli essenziali di assistenza (LEA) sono le prestazioni e i servizi che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire, gratuitamente o dietro pagamento di una quota di partecipazione (ticket), con le risorse pubbliche raccolte attraverso le entrate fiscali.

⁷ Report Osservatorio GIMBE 2/2024 p. 24 ss. Considerato che ai residenti di alcune Regioni meridionali non sono garantiti nemmeno i Livelli essenziali di assistenza (LEA), la "frattura strutturale" Nord-Sud continua ad alimentare il fenomeno della mobilità sanitaria. Inoltre, il ritardo delle Regioni del Centro-Sud nell'offerta dei servizi sanitari territoriali (es. assistenza domiciliare), nell'adozione e implementazione del fascicolo sanitario elettronico (FSE) e nella disponibilità di nuove strutture (Case di Comunità, Ospedali di Comunità, Centrali Operative Territoriali) sembra condizionare il raggiungimento degli obiettivi della Missione Salute del PNRR.

sanitari regionali, la carenza del personale infermieristico, vale a dire di quelle figure cardine nella riorganizzazione dell'assistenza territoriale.

Infine, negli ultimi decenni, un elemento sul quale non si può non focalizzare l'attenzione, è il crescente spostamento dell'offerta sanitaria dal pubblico al privato. E tale scelta può poggiare su diverse motivazioni, quali ad esempio l'aumentata sensazione di fragilità legata alla recente pandemia, la difficoltà ad avere cure sollecite da un servizio pubblico impossibilitato a far fronte alla richiesta, e, non da ultimo, l'impressione che pagando si può essere curati meglio. In effetti, è un dato oggettivo che la sanità privata, in alcuni ambiti specialistici, possa risultare eccellente, anche più facilmente accessibile per il minor formalismo, con un maggior controllo degli operatori sanitari fino alla loro rimozione qualora non svolgano correttamente l'incarico attribuito. Tuttavia, ed è questo l'aspetto che rileva, il fine della sanità privata rimane comunque il guadagno, mentre per la sanità pubblica è l'attuazione del dovere costituzionale di «tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32 della Costituzione), garantendo a tutti l'accesso alle cure. La realizzazione, cioè, di quei principi di universalità, uguaglianza ed equità ribaditi dal Testo costituzionale.

2. L'assistenza sanitaria territoriale

In relazione al rapporto di cura in generale, una prima osservazione, che balza agli occhi, riguarda i repentini cambiamenti che, negli ultimi decenni, hanno prodotto notevoli novità diagnostiche, cliniche, sociali ed anche organizzative in ambito sanitario. Con riferimento soprattutto all'assistenza ospedaliera e a quella territoriale e domiciliare in particolare, la necessità del cambiamento per il nostro Paese, con la popolazione più vecchia di Europa, comporterebbe un necessario passaggio da una sanità delle acuzie (patologie in fase acuta) ad una sanità orientata alla gestione delle cronicità dei pazienti a

domicilio. Come già sperimentato in altri ordinamenti europei a noi vicini, i percorsi di assistenza medico-infermieristica presso l’abitazione del paziente comportano la possibilità di gestire e affrontare in maniera più serena il disagio dell’infermità. E il risultato viene raggiunto riducendo i frequenti, e non sempre necessari, spostamenti degli anziani e dei soggetti fragili verso gli ospedali, gestendo e monitorando la terapia a domicilio, garantendo, comunque, lo stesso livello di cura che si può ricevere in ambito ospedaliero.

Volgendo lo sguardo alla recente pandemia da coronavirus, che aveva imposto misure di distanziamento sociale al fine di diminuire i contagi, si è potuto notare un sempre maggiore consolidamento di quei comportamenti indicati come *virtual healthcare*, cioè la possibilità offerta al paziente di poter consultare il proprio medico online o di sottoporsi ad esami diagnostici senza la necessità di recarsi in una struttura ambulatoriale o in un’azienda ospedaliera. E il riferimento alla telemedicina ha assunto un fondamentale rilievo, tanto da diventare un punto di forza della nuova assistenza territoriale, così come delineata dal Decreto n. 77/2022, normativa indirizzata allo «sviluppo dell’assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale»⁸ e rivolta al potenziamento di strumenti quali la televisita, la telediagnosi, la teleassistenza, e in generale l’uso degli strumenti digitali in sanità.

La necessaria transizione digitale dei servizi sanitari è indubbiamente un aspetto di rilievo, soprattutto non appare più procrastinabile l’effettivo utilizzo del Fascicolo sanitario elettronico, il cui impiego risulta particolarmente carente nelle Regioni meridionali. E considerata la crescente mobilità interregionale, per studio, per lavoro, come anche per cure mediche, non appare certo più sostenibile l’operatività di un servizio sanitario senza una possibile ed effettiva comunicazione interregionale.

⁸ Decreto del Ministero della Salute n. 77 del 2022 “Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell’assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale”.

Questa esigenza di potenziamento della sanità territoriale, e dell'assistenza domiciliare in particolare, dovrebbe condurre a considerare il malato non più e non solo come l'utente di un servizio, un soggetto che rientra in una stratificazione basata sull'età o sul tipo di patologia, ma anche a percepire l'importanza di quella medicina che "si prende cura" e non solo di quella che "compie miracoli"⁹.

In fondo, un investimento e una rimodulazione della sanità territoriale, come sopra in breve delineata, potrebbe rappresentare l'occasione da non perdere per salvaguardare il principio universalistico del SSN, come anche l'esistenza stessa del nostro sistema sanitario. Il superamento della centralità dell'ospedale, da considerare solo come struttura riservata alla gestione delle patologie nella fase acuta, potenziando, invece, una più efficace presa in carico delle cronicità e delle fragilità, dovrebbe portare a favorire la valorizzazione della persona e dei suoi bisogni, in una visione olistica della medicina e della cura¹⁰.

Questa riforma della sanità territoriale, già delineata all'interno della prima componente della missione Salute del PNRR, approvato dall'Italia nel luglio 2021, ripresa dal decreto n. 77/2022, ha come fine ultimo, in fondo, la riduzione delle disuguaglianze sociosanitarie nei territori della penisola, attraverso la costruzione di un modello di erogazione dei servizi omogeneo su tutto il territorio nazionale.

Una simile riorganizzazione trova in primo luogo valorizzato il Distretto sanitario, definito come il «luogo privilegiato di gestione e coordinamento funzionale ed organizzativo della rete dei servizi sociosanitari, deputato al perseguimento dell'integrazione tra le diverse strutture sanitarie...». Quali articolazioni del

⁹ L. ROCCHETTI, *Salute, diritto, futuro, Tradotto nel mandato: discutere del futuro del diritto alla salute*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2023, p. 77.

¹⁰ L. BUSATTA, *Potenzialità e aspetti critici del nuovo volto della sanità territoriale, tra esigenze di uniformità e difficoltà*, in *federalismi.it*, n. 26/2023, p. 36.

Distretto vengono indicati gli Ospedali di Comunità, le Case di Comunità e la Centrale Operativa territoriale. Ai primi è affidata la funzione di erogare le cure ospedaliere a bassa intensità clinica e la funzione di anello di congiunzione tra rete ospedaliera, servizi territoriali e domicilio; tuttavia, è soprattutto alle Case di Comunità che viene affidato un ruolo fondamentale nel quadro complessivo dell'assistenza primaria, essendo queste una struttura organizzativa che dovrebbe rappresentare il luogo privilegiato di erogazione dell'assistenza primaria e di integrazione sociosanitaria¹¹. L'obiettivo della riforma indicata nel decreto del 2022 è dunque quello di poter garantire un insieme di servizi «universalmente accessibili, integrati, centrati sulla persona in risposta alla maggioranza dei problemi di salute del singolo e della comunità nel contesto di vita, erogati da equipe multidisciplinari, in collaborazione con i pazienti e i loro caregiver, nei contesti più prossimi alla comunità e alle singole famiglie».

In breve, le principali funzioni del Distretto possono essere evidenziate attraverso i seguenti modelli organizzativi: le Case di Comunità e gli Ospedali di Comunità poco sopra menzionati, di cui le prime dovrebbero soddisfare, come si è detto, i bisogni di assistenza sanitaria e socio-sanitaria della popolazione residente sul territorio, i secondi integrerebbero, invece, una struttura di ricovero intermedia tra il ricovero ospedaliero e il domicilio, finalizzata ad evitare ricoveri impropri e a gestire dimissioni protette per il ricupero funzionale o la stabilizzazione clinica del paziente in luoghi più prossimi al domicilio; la Centrale operativa 116117, servizio telefonico gratuito sempre operativo; la Centrale Operativa Territoriale (COT) con funzione di

¹¹ Nel "Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale" contenuto nel decreto n. 77/2022, la Casa di Comunità è definita «luogo fisico di facile individuazione al quale i cittadini possono accedere per i bisogni di assistenza sanitaria, sociosanitaria o a valenza sanitaria e il modello organizzativo dell'assistenza di prossimità per la popolazione di riferimento».

coordinamento della presa in carico della persona e i sanitari coinvolti nella prestazione dei servizi assistenziali; l'Infermiere di Famiglia e di Comunità, figura di riferimento dell'assistenza infermieristica con tutti gli altri professionisti presenti nella comunità in cui opera; l'Unità di continuità assistenziale, équipe mobile distrettuale per la presa in carico di individui che versano in condizioni clinico-assistenziali di particolare complessità e che comportano una comprovata difficoltà operativa; la rete delle cure palliative, il Consultorio familiare e la telemedicina per l'erogazione prestazioni sanitarie a distanza attraverso l'uso di dispositivi digitali, internet, software e reti di telecomunicazione.

Occorre da ultimo sottolineare che elemento di forza della riforma è quello di ridare efficienza e potenziare l'assistenza domiciliare, già definita dal DPCM 12 gennaio 2017 come « i percorsi assistenziali a domicilio costituiti dall'insieme organizzato di trattamenti medici, riabilitativi, infermieristici e di aiuto infermieristico necessari per stabilizzare il quadro clinico, limitare il declino funzionale e migliorare la qualità della vita».¹² Questa forma di assistenza, prevista anche dai LEA, che comprende visite specialistiche (fisiatriche, cardiologiche, nefrologiche ecc.), trattamenti fisioterapici fino alle prestazioni più complesse come l'ospedalizzazione a domicilio¹³, potrebbe

¹² Art 22 Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12/01/2017 "Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502".

¹³ In particolare il Servizio di Assistenza Domiciliare (SAD) è indirizzato a persone disabili, con problemi fisici, psichici o sensoriali per fornire loro un aiuto nelle attività quotidiane, come l'igiene della persona o l'accompagnamento alle visite mediche; l'Assistenza Domiciliare Programmata (ADP), in genere attivabile dal Medico di Medicina Generale (MMG) viene offerta per un tempo limitato e fino a quando il paziente necessita delle cure indicate dallo stesso MMG, che deve comunque assicurare visite periodiche all'assistito; l'Assistenza Domiciliare Integrata risulta invece un programma di cure più complesso riguardo all'ADP e comporta trattamenti multidisciplinari (assistenza medica, infermieristica, riabilitativa, cure palliative ecc.) per pazienti che hanno bisogno di continuità assistenziale e di interventi ripetuti nel tempo;

sicuramente fornire una risposta più adeguata alla richiesta di cura, temporanea o protratta nel tempo, dei soggetti fragili o terminali, oltre a provvedere al miglioramento della loro qualità di vita.

3. Uno sguardo all'Europa

A livello comunitario, la tutela della salute trova innanzitutto riconoscimento nell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il diritto di ogni persona di accedere alla protezione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. La medesima disposizione stabilisce, inoltre, che in tutte le politiche e le attività dell'Unione dev'essere garantito un livello elevato di protezione della salute umana.

Ulteriori norme sulla tutela della salute sono contenute nell'art. 6 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE), che promuove la cooperazione e il coordinamento tra gli Stati membri per tutto quel che riguarda la tutela e il miglioramento della salute umana, e nel successivo art.168, che delinea i criteri della sanità pubblica e ribadisce la necessità di garantire un elevato livello di protezione della salute umana. Tuttavia, l'articolo limita le competenze attribuite dell'Unione in materia di tutela della salute ad un ruolo che potrebbe definirsi secondario, di solo coordinamento, completamento e supporto rispetto a quelle riservate agli Stati membri. In sostanza, la sanità di cui all'art. 168 del TFUE, non è oggetto di competenze attribuite in modo esclusivo all'UE, ma di sole competenze di sostegno, coordinamento,

infine con la previsione dell'Ospedalizzazione a domicilio viene offerta al malato l'assistenza ospedaliera al proprio domicilio per patologie di particolare gravità (ad es. lo scompenso cardiaco acuto, le infezioni che richiedono una terapia antibiotica endovenosa, i tumori, le patologie ematiche con necessità di supporto trasfusionale, le neurologiche acute e croniche in stadio avanzato), è prevista per un periodo di circa 60 giorni al termine dei quali è possibile richiedere l'Assistenza Domiciliare Integrata.

completamento rispetto all'azione dei Paesi membri, vale a dire che la disciplina dell'esercizio delle competenze in materia di politica sanitaria risulta fortemente condizionata dalla volontà degli Stati¹⁴. E al riguardo, i diversi Paesi hanno sviluppato modelli organizzativi diversi; nella maggior parte di essi, il sistema sanitario nazionale si basa sulla sottoscrizione di assicurazioni pubbliche obbligatorie con coperture differenti, che possono arrivare a coprire il totale del costo delle prestazioni mediche o una percentuale definita a priori¹⁵.

E' certo, comunque, che l'Unione europea, e prima ancora la Comunità economica europea, hanno sempre mostrato attenzione per la protezione della salute umana e animale, e questa attenzione si è manifestata in particolare nelle emergenze sanitarie, come accaduto, nei tempi a noi più vicini, per le pandemie causate dalla diffusione del virus influenzale H1N1, dell'influenza aviaria e per la recente pandemia da covid-19. Ulteriori disposizioni sono state adottate anche a scopo di prevenzione, così in materia di commercializzazione del tabacco, del divieto di pubblicità di bevande alcoliche, della valutazione della qualità, sicurezza ed efficacia dei medicinali, dei prodotti alimentari destinati al consumo umano.

Gli interventi dell'Unione europea in materia di salute hanno in effetti perseguito obiettivi anche più ampi rispetto a quelli della prevenzione, diagnosi e cura delle malattie o degli infortuni, cioè sono stati intesi come rientranti nella tutela della salute anche quegli interventi indirizzati a favorire stili di vita più sani e a contribuire a ridurre le disparità in ambito sanitario. L'azione dell'Unione europea pare, dunque, coerente con quanto affermato dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), che definisce la salute uno stato di totale

¹⁴ P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE online*, n. 2/2020, p. 2298.

¹⁵ E' questo il modello Bismarck, nato in Germania alla fine del XIX secolo su iniziativa di Otto von Bismarck, che si contrappone all'altro modello, finanziato dalle entrate fiscali dello Stato, introdotto nel Regno Unito al termine della Seconda guerra mondiale e noto come sistema Beveridge.

benessere fisico, mentale e sociale e non semplicemente l'assenza di malattia o infermità.

Come si vede, la tutela della salute è venuta con il tempo ad assumere un connotato molto più ampio rispetto al passato, comprensivo, cioè, di tutte quelle azioni dirette a promuovere la qualità della vita, ad aumentare l'aspettativa di vita in condizione di benessere, a proteggere l'ambiente naturale e la sicurezza dell'uomo in particolare negli ambienti di lavoro.

In riferimento infine alle politiche sanitarie degli Stati membri, l'obiettivo dell'Unione appare indubbiamente quello di riuscire a ridurre le disuguaglianze che sussistono tra i diversi sistemi sanitari, promuovere gli investimenti nella sanità, come pure favorire la cooperazione in tema di cure mediche transfrontaliere e la mobilità dei pazienti e dei sanitari.

Un aspetto di criticità al quale l'Unione europea ha cercato di far fronte, proprio al fine di assicurare quel «livello elevato di protezione della salute umana», previsto dall'art. 168 TFUE, prima ricordato, è stato anche quello di pervenire ad un bilanciamento tra i principi del mercato e della concorrenza e quello della solidarietà¹⁶. A questo riguardo, il Regolamento UE del 2021¹⁷, riferito al Programma d'azione dell'Unione europea in materia di salute per il periodo 2021-2027, ritenendo opportuno che gli Stati membri tutelino la salute pubblica in uno spirito di solidarietà, si propone di integrare le politiche degli Stati nel settore sanitario secondo la visione olistica One Health, un modello sanitario basato sull'integrazione di discipline diverse, funzionale alla

¹⁶ L. CHIEFFI, *Una nuova stagione per i diritti sociali? La spinta offerta dal Recovery Fund per il rilancio dei welfare sanitari*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 4/2021, p. 5.

¹⁷ Regolamento (UE) 2021/522 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 («programma EU4Health»).

salvaguardia non solo della salute umana, ma anche alla conservazione dell'ecosistema al quale questa è strettamente collegata.

Significativo appare ancora un ultimo aspetto indicato nel Regolamento UE del 2021: tra gli obiettivi specifici indicati nell'art. 4, si prevede di «rafforzare l'uso e il riutilizzo dei dati sanitari per la prestazione di assistenza sanitaria e per la ricerca e l'innovazione, promuovere la diffusione di strumenti e servizi digitali, nonché la trasformazione digitale dei sistemi sanitari, anche sostenendo la creazione di uno spazio europeo dei dati sanitari». Alla luce del contesto attuale si può percepire l'importanza del Fascicolo Sanitario Elettronico e della Cartella Clinica Elettronica, strumenti da un lato di indubbia valenza positiva riguardo alla tutela della salute, ma che potrebbero anche rivelare un risvolto negativo se riferiti al diritto alla riservatezza, trattando dati sensibili della persona malata. L'obiettivo della digitalizzazione dei dati sanitari sarebbe dunque quello di arrivare ad una disciplina che possa uniformare il trattamento dei dati e le relative garanzie a livello di tutti gli Stati dell'Unione europea, così da soddisfare un grado di tutela della privacy uniforme in tutti i Paesi.

Si tratterebbe, sicuramente, di una più efficace tutela del diritto alla salute, che contestualmente condurrebbe anche ad un notevole risparmio della spesa sanitaria, oltre ad un evidente miglioramento delle prestazioni assistenziali a favore dei pazienti¹⁸.

4. Qualche considerazione per concludere

¹⁸ Il 21 gennaio 2025 il Consiglio ha adottato un nuovo atto legislativo che rende più semplice scambiare i dati sanitari e accedervi a livello dell'UE. Si tratta del Regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari (EHDS) che dovrebbe facilitare l'accesso delle persone ai propri dati sanitari elettronici e il loro controllo, consentendo inoltre di riutilizzare taluni dati a fini di ricerca.

E' di tutta evidenza, ed emerge da quanto in precedenza illustrato, che il nostro sistema sanitario, per lungo tempo sottofinanziato, ritoccato con una serie di riforme a cascata e a volte prive di un'effettiva applicazione, presenti oggi una serie di criticità che sembrano inficiare la sua stessa esistenza. Un esempio è rappresentato dal decreto-legge del giugno scorso, convertito in legge il mese successivo e contenente misure urgenti per ridurre i tempi d'attesa e garantire un accesso più equo alle prestazioni sanitarie¹⁹. La riforma, però, non ha potuto trovare attuazione, in quanto, dei sei decreti di attuazione previsti, solo uno è stato approvato, con la conseguenza che una parte degli assistiti continua a vedersi prestazioni sanitarie negate, che si traducono di fatto in un aumento delle disuguaglianze nell'accesso alle cure. Dunque, la norma in questo caso esiste, ma senza i decreti di attuazione rimane solo una previsione di opportune modifiche, ma priva di effetti concreti. E considerato che oggi l'assistenza sanitaria riguarda circa 60 milioni di persone, non si può negare che la sanità sia diventata una delle priorità del nostro Paese.

I caratteri di universalità del sistema sanitario e di copertura di diurna e notturna dell'assistenza sanitaria, introdotti dalla legge di riforma del 1978, avevano come riferimento una popolazione molto più giovane, una situazione di cronicità minore e un numero quantomeno proporzionato di personale sanitario e offerta ospedaliera. I decenni successivi hanno visto una crescita esponenziale delle richieste di servizi in un contesto socio-economico-culturale estremamente diverso rispetto agli anni Settanta del secolo scorso; oggi è palese una situazione nella quale emerge con evidenza la carenza del personale

¹⁹ Decreto-legge sulle liste d'attesa convertito in legge n. 73/2004. La nuova disciplina include l'istituzione di un centro unico di prenotazione regionale, un obbligo a carico delle Regioni di farsi carico di indirizzare alle strutture private convenzionate o all'attività intramuraria quei pazienti che non riescono ad accedere a servizi sanitari entro i tempi previsti, il divieto di chiusura delle agende di prenotazione e l'attivazione di una piattaforma nazionale per uniformare la gestione delle liste d'attesa

medico e infermieristico e l'impossibilità di garantire un regolare accesso e continuità delle cure.

Il progressivo invecchiamento della popolazione, l'aumento della cronicità, della disabilità e della non autosufficienza sono tutti fattori che indirizzano verso una riorganizzazione dell'assistenza sanitaria. In particolare la riorganizzazione e lo sviluppo dell'assistenza sul territorio dovrebbe procedere di pari passo con la digitalizzazione dei percorsi di cura o lo sviluppo di figure di prossimità come l'infermiere di famiglia. Si tratta, in fondo, di accedere ad un nuovo concetto di assistenza sanitaria, in cui l'idea prevalente è quella di fornire il servizio localmente, di disporre di professionisti che operano presso la comunità con l'obiettivo di assistere una popolazione sempre più fragile e affetta da malattie croniche, dovute in massima parte ad un aumento rilevante dell'aspettativa di vita. In sostanza, il fine è poi quello di garantire la continuità delle cure, superando quella frammentazione verticale tra ospedale e territorio e quella orizzontale tra le diverse figure professionali che operano sul territorio.

In questa ipotizzata nuova integrazione, si potrebbe ancora aggiungere che una riforma del sistema sanitario, che aggiungesse unicamente fondi senza riforme, potrebbe portare solo ad uno spreco delle risorse; di contro, una ragionata riforma, che non potesse però far conto su maggiori stanziamenti pubblici, potrebbe rimanere esclusivamente un insieme di "buone intenzioni".

Facendo infine un cenno all'Unione europea, si è visto che le competenze ad essa attribuite in materia di tutela della salute rivestono un ruolo che potrebbe definirsi solo secondario, di coordinamento, completamento e supporto rispetto a quelle riservate agli Stati membri.

E' vero che l'articolo 6 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE) promuove la cooperazione e il coordinamento tra gli Stati membri per quanto riguarda la tutela e il miglioramento della salute umana, ma il successivo articolo 168 chiarisce che all'Unione europea spettano solo

competenze per sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri in materia di tutela e miglioramento della salute umana, dal momento che l'Unione rispetta le responsabilità degli Stati per la definizione della loro politica sanitaria, la fornitura di servizi e l'assistenza medica.

Si è parlato in proposito dell'assenza di un effettivo coordinamento da parte dell'Unione nei confronti delle politiche sanitarie nazionali; in sostanza la sanità è stata sempre considerata una questione interna degli Stati membri. O meglio, gli strumenti di coordinamento e sorveglianza predisposti dalla Unione europea sono stati concepiti come strumenti per affrontare le emergenze, più che per definire una politica comune in materia di salute.

Ad oggi, alla luce di un consenso unanime sulla necessità di apportare modifiche all'Unione europea, sarebbe opportuno rivedere, oltre alle azioni dirette a valorizzare la competitività del mercato europeo, anche le materie oggetto di legislazione concorrente, in modo da garantire ai cittadini europei un uguale diritto alla salute, intesa come uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale.

Per approfondire

R. BALDUZZI, *Diritto alla salute e sistemi sanitari alla prova della pandemia. Le “lezioni” di alcuni Piani nazionali di ripresa e resilienza*, in *DPCE online*, n. 1/2023

L. ROCCHETTI, *Salute, diritto, futuro, Tradotto nel mandato: discutere del futuro del diritto alla salute*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2023, p. 77

L. BUSATTA, *Potenzialità e aspetti critici del nuovo volto della sanità territoriale, tra esigenze di uniformità e difficoltà*, in *federalismi.it*, n. 26/2023

P. DE PASQUALE, *Le competenze dell’Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE online*, n. 2/2020

L. CHIEFFI, *Una nuova stagione per i diritti sociali? La spinta offerta dal Recovery Fund per il rilancio dei welfare sanitari*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 4/2021

Impresa, sostenibilità e intelligenza artificiale

di Mia Callegari

Professoressa ordinaria di Diritto commerciale
Università degli Studi di Torino

Il tema della discussione di oggi è ampissimo e reca seco una riflessione su quelle che sono le sfide del futuro per il giurista: “impresa, sostenibilità e intelligenza artificiale”; per chi studia il diritto commerciale, è davvero un nuovo banco di prova della disciplina e degli istituti tradizionali. Il mio intervento prevede un’introduzione sul tema della sostenibilità, intesa ormai come una nuova lente per affrontare l’interpretazione della disciplina dell’attività d’impresa, per poi analizzare la rilevanza dei fattori ESG e il rapporto con l’Intelligenza Artificiale nella più recente legislazione interna e unionale (con particolare riferimento al *Supply Chain Act* di recente approvazione), cui seguiranno le relazioni di Maria Silvia Gola (intelligenza artificiale e gestione delle risorse umane) e di Davide Vitale (intelligenza artificiale e corporate governance).

Premessa. Alcune definizioni.

Come anticipato, muoviamo da alcune indispensabili definizioni, riferite a fenomeni e concetti che ritroviamo quotidianamente, ma ai quali possiamo non essere abituati a dare connotazione strettamente giuridica.

Prima di tutto, si parla sempre di “sostenibilità dell’impresa”, ma cosa si intende da un punto di vista giuridico economico per sostenibilità dell’impresa? Normalmente, se cerchiamo di proporre una definizione di sostenibilità, possiamo descriverla come la capacità di un’organizzazione di sviluppare la sua attività indefinitamente prendendo in considerazione i relativi impatti sulle risorse naturali, sociali e umane. In questo senso, lo sviluppo sostenibile implica una proiezione in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere i bisogni delle generazioni future. Infatti, dal punto di vista aziendale, la caratteristica principale dell’agire sostenibile è il voler privilegiare la prospettiva di medio lungo periodo rispetto a quella focalizzata sull’utile immediato. Accanto al termine sostenibilità spesso si fa riferimento ai cd. “fattori ESG”, attraverso un acronimo diffusissimo, formato dalle iniziali delle parole *Environment, Social e Governance*. Si indicano così i campi d’azione in cui l’impresa può operare in modo sostenibile dal punto di vista ambientale, sociale e del governo societario.

L’attenzione alla sostenibilità aziendale e ai fattori ESG è andata di pari passo con lo sviluppo della teoria della “responsabilità sociale dell’impresa”, con l’obiettivo di responsabilizzare le aziende in merito alle conseguenze esterne del proprio *business*, riducendo gli effetti negativi dell’attività, che si ripercuotono all’esterno e si traducono in un costo per la collettività e/o per i terzi soggetti e, spesso, anche in maggiori costi interni sul lungo periodo. È sempre più pervasiva l’esigenza di apportare correttivi al modello capitalistico lucrativo tradizionale per creare un valore condiviso con tutti gli *stakeholder* - intesi come tutti i soggetti portatori di interessi terzi - e per coinvolgere anche gli interessi terzi nella programmazione della *governance* aziendale. La prospettiva dell’agire sostenibile ha riflessi positivi anche

all'interno delle imprese, comportando la riduzione di potenziali costi a livello aziendale (per esempio, in termini di riduzione dei rischi di contenzioso in tema di sicurezza sul lavoro o ambientale) ovvero apporti significativi a livello reputazionale, sotto forma di capacità di attrarre talenti e/o clientela. Negli ultimi anni poi, le emergenze climatiche, sociali, ambientali e sanitarie rendono sempre più evidente l'importanza di adottare politiche aziendali di sostenibilità, capaci di andare aldilà del mero ottenimento di un profitto e di tenere in debita considerazione il rispetto dell'ambiente, dei diritti umani, inclusi quelli dei lavoratori e tutti gli altri soggetti che operano lungo la cd. catena produttiva.

Sostenibilità e *supply chain*

Nell'Unione Europea e nei paesi membri, esiste ormai un insieme di regole, di fonte variegata, che pare tracciare le tappe verso un governo dell'impresa sostenibile, rispetto al quale emerge in modo prepotente il ruolo dell'informazione e della trasparenza nel diritto societario e dei mercati finanziari. Gli interventi legislativi unionali e interni – dalla disciplina della rendicontazione di carattere non finanziario alle novità contenute nella Direttiva sul *reporting* di sostenibilità e agli input provenienti dal settore finanziario (si pensi all'*European Action Plan* per la Finanza Sostenibile e al Regolamento *Taxonomy*) – hanno le loro principali e immediate destinatarie nelle società con valori ammessi alla quotazione sui mercati regolamentati, comprese ora le P.M.I e fatte salve unicamente le microimprese.

Il *trend* più recente si caratterizza tuttavia per l'attenzione all'intero processo produttivo e distributivo e coinvolge non solo le imprese di più grandi dimensioni, che si pongono a monte della catena di fornitura, ma anche tutte quelle imprese a valle, ove non addirittura all'intera catena di valore.

Da qui la convinzione che l'analisi degli strumenti a presidio della *governance sostenibile* delle imprese non possa prescindere dalla prospettiva della *supply chain* e dalle sue caratteristiche, intrinsecamente suscettibili di potenziare in modo capillare la diffusione delle pratiche di sostenibilità e di ampliarne significativamente il bacino dei destinatari.

Il fenomeno si sviluppa attraverso due modelli regolatori, tra loro evidentemente connessi, ma caratterizzati da un diverso livello di condizionamento, rivolti specificatamente alla catena di fornitura: (a) la propagazione della *disclosure* lungo la catena; (b) la diffusione di *best practices* ispirate alla sostenibilità e vincolanti per tutti i *partner* commerciali.

Fin dalla sua introduzione con il D. Lgs. n. 254/2016, di attuazione della Dir. UE 2013/34/UE, la rendicontazione di sostenibilità ha rappresentato uno strumento centrale per indurre le società a adottare comportamenti responsabili per la crescita sostenibile. Si tratta di un intervento legislativo centrale per lo sviluppo della sostenibilità, che segna un cambio di passo nodale nella rendicontazione dell'attività di impresa. Storicamente, infatti, risalendo all'origine delle imprese e delle società commerciali, è sempre stata percepita l'importanza della rendicontazione economico-patrimoniale come strumento di supporto alla corretta gestione degli affari e di tutela dei terzi. Negli ultimi decenni è altresì emersa l'importanza delle informazioni cd. non finanziarie, al fine di conoscere contenuti e finalità delle politiche imprenditoriali, culminata nell'obbligo in vigore dal 2018 per le imprese di grandi dimensioni di pubblicare una dichiarazione di carattere non finanziario, contenente informazioni relative all'ambiente, alla sfera commerciale, al personale, al rispetto dei diritti umani e dell'eguaglianza di genere, alla lotta alla corruzione attiva e passiva, al perseguimento di politiche per la prevenzione di reati commerciali e societari. Attualmente la disciplina si rivolge unicamente alle società quotate o di grandi dimensioni, ma è destinata a un significativo arricchimento e a una più ampia applicazione, estesa

a tutta la catena di fornitura delle società direttamente obbligate, sulla scia dell'*input* unionale, contenuto nella Dir. UE 2022/2464 (CSRD), che prevede un allargamento delle imprese destinatarie (solo in Italia da 200 a diverse migliaia) e si pone l'ambizioso obiettivo di valorizzare la rendicontazione di sostenibilità, affidata alla cd. Dichiarazione Non Finanziaria (DNF), promuovendone la parificazione a quella finanziaria. Proprio l'enucleazione del contenuto della DNF, ad opera dell'art. 3 della Direttiva, è espressione della novella attenzione rivolta alla catena di fornitura. Essa, infatti, deve contenere una descrizione dei principali rischi, generati o subiti, connessi alla sostenibilità, derivanti dalle attività dell'impresa, dai suoi prodotti, servizi o rapporti commerciali, incluse, ove rilevanti, le catene di fornitura e subappalto. Attraverso quest'ultima emblematica previsione, i doveri di informazione sulle *policies* dell'impresa attinenti ai fattori ESG si estendono a tutta la c.d. *supply chain* e spesso i processi sono legati proprio all'utilizzo dell'intelligenza artificiale, capace di raccogliere, selezionare, classificare e gestire la grandissima mole di informazioni e i loro flussi. Oltre alla maggiore ampiezza dei contenuti, la nuova Direttiva è rivolta a un maggior numero di società (quotate o non) di grandi dimensioni: quelle che abbiano più di 20 milioni di attivo patrimoniale, oltre 40 milioni di fatturato, oltre 250 dipendenti, si tratta di circa 50.000 imprese in Europa. Queste saranno tenute – da qui si desume il collegamento tra informazione e sostenibilità – a riferire su come i problemi di sostenibilità influiscono sulla loro attività e sull'impatto delle loro attività sulle persone e sull'ambiente.

Supply chain Act

Il *focus* sulla *supply chain* caratterizza poi in modo emblematico le aspirazioni più attuali del legislatore europeo. La finalità di promuovere un'informazione maggiormente attenta ai profili

sostanziali e finalizzata a consentire la valutazione del reale livello di sostenibilità dell'impresa nell'intero contesto di operatività e nelle relazioni con i *partner* commerciali permea la Direttiva sulla *Corporate Sustainability Due Diligence* (CSDDD), approvata il 24 Aprile 2024. Quest'ultima nasce da una proposta della commissione del 23 Febbraio del 2022 con l'obiettivo di introdurre degli specifici e tassativi obblighi di condotta per la prevenzione dei rischi ambientali e sociali. La Direttiva nasceva sull'onda di ambizioni molto forti e con un'ampiezza di applicazione molto più vasta ma, dopo il primo entusiasmo per la proposta approvata dalla commissione del 23 febbraio 2022, è stata oggetto di un controverso dibattito che ha spinto ad adottare un testo di compromesso. Un ulteriore riduzione degli spazi applicativi e un differimento dell'applicazione degli obblighi ivi contemplati è stato poi inserito nel cd. Pacchetto Omnibus, adottato nel marzo 2025.

La caratteristica principale del *Supply Chain Act* è che si applica in prima battuta alle società europee con una soglia di fatturato netto mondiale superiore a 450 milioni di euro e con oltre 1000 dipendenti, ma impatta anche, e vedremo come, su tutte le imprese che fanno parte della catena di fornitura di queste società, quindi imprese con dimensioni, fatturato e numero di dipendenti minori e non necessariamente con sede in Europa. In sostanza, si tratta di una normativa di impatto generalizzato (e in alcuni casi anche nei confronti di imprese con sede fuori dall'Unione), che inciderà indirettamente sulle prospettive imprenditoriali appartenenti alle catene di fornitura.

Approfondendo i contenuti, viene stabilito in capo agli amministratori delle società di grandi dimensioni direttamente destinatarie della Direttiva un dovere di verifica per identificare gli impatti negativi dell'attività di impresa sull'ambiente e sul rispetto dei diritti umani, comprese tutte le filiali e lungo tutta la catena di produzione di valore. È opportuna una precisazione terminologica: quando si parla della catena di fornitura sono utilizzati diversi termini: "*supply chain*", "*value chain*" e, nel testo definitivo della Direttiva, "*chain of activities*". Non sono locuzioni perfettamente sovrapponibili anche se si tende a

tradurle tutte con “catena di fornitura”; infatti, tecnicamente, quando si parla di *value chain*, ovvero “catena del valore” si utilizza l’espressione con il significato più ampio, in quanto si fa riferimento a qualsiasi soggetto che abbia un rapporto di qualsiasi natura con l’impresa, finanche la clientela.

Il ruolo dell’intelligenza artificiale nella gestione della *supply chain* “sostenibile”

La realizzazione di questi modelli rappresenta altresì un importante banco di prova del valore e dell’efficacia dell’intelligenza artificiale come strumento di supporto al monitoraggio e alla condivisione degli standard di sostenibilità all’interno della catena: alla luce del quadro ora ricostruito, il ricorso agli strumenti informatici appare indispensabile proprio per la consistenza dei flussi informativi e per il numero delle imprese coinvolte. Proprio perché gli obblighi in tema di monitoraggio, prevenzione e sanzione si rivolgono a tutta la catena di fornitura, è chiaro che i flussi informativi potranno arrivare a riguardare centinaia di migliaia di imprese e, quindi, di centinaia di milioni di dati.

Di fronte a provvedimenti legislativi che si propongono di indirizzare verso obblighi di comunicazione di così ampia portata, alla luce dei lavori preparatori, del dibattito che accompagna l’iter legislativo in EU e in Italia e di simili esperienze di utilizzo degli strumenti dell’intelligenza artificiale nell’ambito dell’informazione societaria e delle *supply chain*, non si può non prendere atto che, quando il legislatore introduce obblighi di *disclosure* e flussi informativi così ampi, dia per scontato il ricorso all’intelligenza artificiale per la comunicazione e gestione dei dati e che pertanto i nuovi strumenti appaiano legittimi e indispensabili. Occorre allora interrogarsi sulle prospettive di utilizzo di alcune forme di intelligenza artificiale, particolarmente fruibili in questi contesti, come le *blockchain*, i registri

distribuiti e gli *smart contracts* e sulla loro effettiva funzionalità come utili supporti alla gestione dell'impresa in chiave sostenibile.

Laddove la Direttiva prevede che sia necessario assicurare che determinate politiche di sostenibilità, determinati principi di sostenibilità, soprattutto in relazione al rispetto dei diritti umani e alla salvaguardia dell'ambiente, debbano essere garantiti assicurati da tutte le imprese che fanno parte della catena di fornitura, vuol dire che l'impresa di riferimento di quella catena di fornitura dovrà acquisire periodicamente informazioni da tutti i propri fornitori. Acquisirle, analizzarle, evidenziarne elementi di rischio. Al punto che la direttiva prevede che, laddove le imprese facenti parte della catena di fornitura non rispettino quelli che sono gli standard di sostenibilità e le politiche praticate dall'impresa di riferimento, il loro contratto di fornitura possa essere sospeso o addirittura risolto. La Direttiva avrà così un impatto molto incisivo non solo sulle imprese direttamente destinatarie che, come abbiamo visto, sono le più grandi e sono poche, ma anche su tutte le imprese appartenenti alla catena di fornitura perché sono queste ultime che dovranno dimostrare di essere conformi a quelle che sono le politiche richieste dall'impresa di riferimento, con il rischio di vedere sospesi o addirittura interrotti i contratti in essere.

Come noto, le peculiarità che caratterizzano le *blockchain*, quali tecnologie che si fondano sull'utilizzo di registri distribuiti e che consentono registrazione, convalida, aggiornamento e archiviazione di dati, e che possono essere non alterabili e non modificabili, ne fanno uno strumento tecnicamente ottimale, molto utilizzato nelle catene di fornitura per gestire e registrare informazioni e attività in modo rapido e connotato da certezza giuridica. Valga su tutte l'esperienza del settore agricolo e delle filiere alimentari, nelle quali è da molti anni diffuso il rilevamento attraverso le *blockchain* di ogni fase della catena produttiva e commerciale. Sicché è quasi automatico, individuare in queste tecnologie strumenti di ausilio, all'interno dell'impresa, per la mappatura dei rischi e per l'agire informato degli amministratori e, al

suo esterno, per la trasparenza e l'informazione destinata agli *stakeholder*.

L'utilizzo della *blockchain* per garantire la diffusione e la condivisione di informazioni lungo la filiera ha una serie di conseguenze, che sono state valutate sia positivamente che negativamente. Una prima considerazione deriva dalla natura dei dati raccolti: dati che implicano valutazioni sul raggiungimento di determinati standard e che sono gestiti da algoritmi che non hanno solo finalità di monitoraggio. Si tratta di vere e proprie applicazioni di intelligenza artificiale, strumenti di verifica dell'attuazione delle norme e dell'adozione di determinate regole di condotta. Naturalmente questo significa che la programmazione degli algoritmi può risentire di *bias* e di condizionamenti, anche in funzione politica, a seconda degli standard di sostenibilità perseguiti.

Da queste riflessioni appare evidente la necessità di una guida legislativa finalizzata a valorizzare e proteggere i principi di fondo, tra cui la trasparenza dei processi di configurazione della rete *blockchain* nella comunicazione societaria. Il ricorso alle *blockchain* per l'informazione di sostenibilità desta, infatti, notevoli timori: pone problemi di valutazione del consenso, condizionamenti e interazioni tra IA ed elementi esterni nella comunicazione, con possibile condizionamento da parte di fattori esogeni e *bias*.

Nel constatare, dunque, l'utilità pratica del ricorso all'IA, è comunque opportuno rifuggire da un'automata esaltazione delle sue virtù specialmente in relazione alla comunicazione di sostenibilità, un settore trasversale connotato da molteplici implicazioni sociopolitiche oltre che giuridiche.

Implicazioni, rischi e prospettive nell'utilizzo delle *blockchain*

Come da tutti posto in luce, nella *blockchain* si realizza una condivisione di regole tra tutti i nodi sicché essa si caratterizza per essere un ordinamento spontaneo e uno strumento idealmente democratico. Accanto al registro distribuito e alla crittografia, uno dei pilastri dell'architettura della *blockchain* è infatti il consenso, ovvero l'adesione al registro distribuito da parte dei fruitori, che regoleranno i propri comportamenti nel mondo virtuale sulla scorta del protocollo e delle regole alla base della stessa tecnologia. Il sistema si fonda proprio su questa condivisione tra i partecipanti e, quindi, si legittima di fatto senza necessità dell'input e del controllo di un'autorità.

L'utilizzo delle *blockchain* ai fini di garantire il rispetto degli obiettivi di trasparenza e di sostenibilità lungo la *supply chain* incide sugli schemi ora descritti, che caratterizzano tradizionalmente queste tecnologie. Infatti, l'adesione dei partecipanti non nasce su base volontaria ma potrà derivare per le imprese coinvolte, dalla necessità di adempiere agli obblighi di derivazione unionale, per altre dalla volontà/necessità di far parte di una determinata catena di fornitura ovvero di un segmento di mercato. È altresì chiaro che possiamo utilizzare le *blockchain* nelle catene di fornitura per adempiere agli obblighi legislativi o agli obblighi contrattuali imposti dall'impresa di riferimento. Ma in queste ipotesi, in cui l'utilizzo risponda a regole istituzionali attuative della CSDDD, possiamo ancora parlare di consenso distribuito? Ai tradizionali schemi di utilizzo della tecnologia *blockchain* si potranno dunque sovrapporre diverse sovrastrutture, riferibili al legislatore europeo, ai legislatori degli stati membri, ai diversi soggetti deputati a regolare dettagliatamente, valutare e attenzionare gli indici di sostenibilità e alle società direttamente destinatarie degli obblighi, che andranno ad attuare (e monitorare) gli standard nella propria *chain of activities*, declinandoli secondo le proprie possibilità e politiche imprenditoriali.

In questo contesto, il ricorso alla *blockchain* avviene in qualche modo in termini istituzionali, con il rischio di condizionamenti derivanti dalla circostanza che le istituzioni assumano il ruolo di regolatori e

utilizzatori della tecnologia; con il timore di possibili derive politiche e ideologiche e con un allontanamento dall'idea primitiva e democratica della *blockchain*. Potrebbe cioè intervenire un condizionamento esterno, che, delineando gli standard in relazione ai fattori ESG, non sarà mai neutro e potrà facilmente recare con sé possibili *bias*.

Inoltre, la raccolta e sistematizzandone di dati tramite la *blockchain* è utile unicamente in presenza di soggetti con competenze tecniche in grado di poter apprezzare e tradurre gli *output* della *blockchain*: solo così, la *blockchain* è un supporto all'agire informato. Quest'ultimo aspetto si riverbera direttamente sulle società destinatarie della regolamentazione di sostenibilità, che dovranno implementare le risorse tecniche, ma soprattutto umane ai fini di assicurare un'adeguata organizzazione interna a tutti i livelli aziendali. Poiché si tratta inoltre di doveri che ricadono sull'organo amministrativo, i suoi componenti dovranno dotarsi di idonei supporti, valutabili anche in termini di adeguatezza degli assetti e di responsabilità, in linea con le prassi vigenti, quali sottolineate dal Codice di Corporate Governance per le società quotate.

Sotto altro profilo, la tecnologia posta al servizio del diritto e della verifica del rispetto della normativa diventa uno strumento per dare concreta attuazione a un sistema giuridico e produce a sua volta regolamentazione giuridica. Sulla scia dell'intuizione di Lawrence Lessig "*code is law*", le *blockchain* sono percepite come un'opportunità per costruire nuove architetture giuridiche, animate dallo scopo della diffusione di prassi di sostenibilità condivise dagli utilizzatori della rete, da cui potranno sorgere nuove regole e nuove questioni interpretative e applicative.

Sono molti gli esempi in cui queste tecnologie hanno sovvertito le concezioni tradizionali, ma la portata dell'impatto nel caso in esame non può sfuggire. È infatti evidente che attraverso l'utilizzo delle *blockchain* per il monitoraggio e la diffusione delle politiche di sostenibilità si potrà giungere all'elaborazione di un nucleo di

comportamenti virtuosi e all'individuazione di standard di riferimento comuni alle diverse filiere: più o meno spontaneamente si potrebbe arrivare a creare una prassi comune della sostenibilità, suscettibile di una vocazione sovranazionale. In un ambito in cui l'intelligenza emotiva e il rilievo della discrezionalità sono così determinanti, sono evidenti le delicate implicazioni nascenti dal fatto che la formazione delle regole si muove sul filo della condivisione di valori e forse anche della creazione di nuovi valori.

Creazione di nuovi strumenti e di nuove architetture giuridiche attraverso l'IA all'insegna della sostenibilità

In stretto collegamento con quanto posto in luce, un'applicazione pratica più versatile della *blockchain* alla condivisione delle politiche di sostenibilità lungo le catene di fornitura potrebbero essere gli *smart contracts*, figure ibride tra lo strumento tecnico e la fattispecie giuridica, utilizzate in tutte le ipotesi in cui al verificarsi di un determinato evento deve conseguire automaticamente uno specifico effetto.

È immediato pensare all'utilità degli *smart contract* per la verifica dei meccanismi contrattuali a cascata nella catena di fornitura e per l'applicazione delle relative sanzioni in considerazione delle loro peculiarità in termini di esecuzione automatica, di eliminazione di discrezionalità nell'esecuzione e dei rischi di inadempimento, nonché di applicazione di criteri uniformi in maniera generalizzata.

Tali strumenti presentano peraltro altre caratteristiche suscettibili di valutazione ondivaga, come la spersonalizzazione dell'esecuzione (che può essere garanzia di automatismo, ma può anche avere conseguenze negative in termini di scarsa elasticità e adattabilità alle situazioni concrete) e come l'utilizzo di un linguaggio tecnico, impermeabile a espressioni e clausole di portata ampia e discrezionale, che sono invece tipiche del linguaggio giuridico.

Quest'ultimo aspetto suscita un'ulteriore riflessione: la certezza è un valore perseguito a livello giuridico, ma è innegabile che i rapporti giuridici non sempre possono essere letti in modo univoco e in termini binari. La diffusione di clausole generali, nel diritto più moderno e a livello transnazionale, testimonia altresì il valore della discrezionalità e la necessità di affidarsi alla valutazione casistica per una corretta applicazione dei principi generali di regolamentazione.

Pensiamo a un'applicazione dello *smart contract* nella *supply chain* in cui il fornitore che non rispetti gli standard venga sospeso o escluso dalla conclusione di contratti o dall'esecuzione di contratti in corso. Se, da un lato, lo strumento tecnico potrebbe essere assai efficiente, dall'altro potrebbe rivelarsi foriero di un'applicazione eccessivamente rigida che, data l'immodificabilità delle regole, potrebbe generare situazioni ingiuste e gravemente pregiudizievoli per i partner commerciali. È vero infatti che questi ultimi sarebbero vincolati al rispetto degli standard imposti dall'impresa di riferimento per tutta la *chain of activities* attraverso clausole uniformi, ma è altrettanto noto che, a fronte di una fattispecie negoziale, non esiste solo l'inadempimento al verificarsi di determinate situazioni, ma rilevano anche tutte le vicende anomale connesse ai vizi del contratto, ai presupposti delle azioni di annullamento e nullità e a quelle particolari ipotesi in cui venga messa in discussione la stessa esecuzione o meno del contratto prima ancora che il verificarsi dei relativi presupposti.

Più in generale, nel tentativo di sviluppare qualche spunto conclusivo, il ricorso alle *blockchain* e agli *smart contracts* nelle catene di fornitura pare uno strumento indispensabile per assicurare la condivisione e il perseguimento di standard effettivi e virtuosi di sostenibilità, in linea con le politiche unionali. Tuttavia l'efficacia positiva di questi strumenti non è automatica, ma richiede a monte una programmazione responsabile e conscia dei rischi distorsivi. Solo così la scelta di questa tecnologia e l'architettura della rete potranno incidere sulla coniugazione e condivisione delle politiche di sostenibilità e potranno contribuire a ridurre i *bias* (ad esempio in tema di genere), a sviluppare

metriche di informazione neutre (e non condizionate da impostazioni ideologiche figlie di un particolare momento storico) e soprattutto a creare flussi informativi realmente rispondenti ai contenuti e alle politiche dell'attività imprenditoriale (evitando i fenomeni di informazione confusoria o non corrispondente al reale e le pratiche di adozione di politiche "di facciata").

Ove nella programmazione della rete siano ben chiari rischi e finalità, le regole tecniche possono diventare un ausilio fondamentale al perseguimento degli obiettivi unionali, in ragione anche della tipica forza sbilanciata che le regole tecniche, in quanto auto-esecutive, hanno rispetto a quelle giuridiche. Tuttavia questa loro peculiarità, ove le finalità non siano attentamente perseguite, si presta a prospettazioni degenerative e a quell'utilizzo distorto dagli *input* esterni (politici ed economici) e dai *bias*, che può tradursi anche nella limitazione di interessi e libertà fondamentali.

In particolare, i meccanismi degli *smart contracts* potranno essere molto utili per assicurare il rispetto delle politiche di sostenibilità all'interno delle catene di fornitura e l'applicazione concreta delle clausole previste dagli artt. 6 e 7 della CSDD. A condizione che gli standard siano omogenei e l'applicazione esecutiva delle clausole a cascata sia perseguita attraverso l'adempimento non solo di obblighi formali, bensì sostanziali.

L'utilizzo degli *smart contract* nella *supply chain* è dunque perfettamente idoneo al fine di applicare i meccanismi sanzionatori previsti in termini di sospensione o esclusione del partner commerciale, ma andrà declinato, eventualmente attraverso l'inserimento di oracoli, in modo da poter contemplare una valutazione casistica e da coniugarlo nel rispetto dei diritti contrattuali del fornitore. Attraverso questa evoluzione, è possibile che si sviluppi una regolamentazione ibrida degli strumenti, connotata da forti elementi di innovazione e generata nella pratica degli affari: come il contratto tradizionale è considerato fonte del diritto, anche questi innovativi strumenti tecnici possono

tradursi in nuove declinazioni di istituti esistenti e in nuovi meccanismi giuridici.

Nel contesto del rispetto degli obblighi informativi e conformativi all'interno delle catene di fornitura, come si diceva, il ricorso a tali strumenti pare oramai indispensabile e dato per scontato dallo stesso legislatore europeo e interno. Se così è, un problema per le imprese sarà anche quello dell'accessibilità (in termini di abilità e costi) alle relative tecnologie perché è evidente che solo l'impresa, magari piccola ma adeguatamente performante dal punto di vista tecnologico, potrà far parte delle catene di fornitura. Evidentemente le società appartenenti alla catena di fornitura potranno meglio accettare l'imposizione di obblighi onerosi solo se giustificati ovvero se le condotte richieste alle imprese saranno definite in modo chiaro e se ne potrà derivare un vantaggio sostanziale.

Con una notazione finale. Quelli che sono concepiti come strumenti di utilizzo democratico e diffuso dei dati potrebbero avere effetti distorsivi in termini di concorrenza e limitare l'accesso alla catena di fornitura inducendo a chiedersi se siano in fin dei conti sostenibili – dal punto di vista dei costi organizzativi - gli strumenti a cui vogliamo affidare la condivisione e l'attuazione delle pratiche di sostenibilità.

Anche alla luce di tali aspetti sociologici è difficile allontanare la sensazione che le norme giuridiche già esistenti siano inadeguate e insufficienti per regolare in tutte le sue implicazioni l'utilizzo delle nuove tecnologie nei rapporti commerciali. L'elaborazione della disciplina sulla sostenibilità e sulla responsabilità sociale delle imprese non potrà semplicemente dare per scontato l'utilizzo delle *blockchain*, dei registri distribuiti e degli *smart contract*, ma dovrà fornire un quadro regolamentare – si pensi al Regolamento sull'intelligenza artificiale - idoneo a sfruttare le migliori potenzialità delle nuove tecnologie, scongiurandone le insidie e disegnandone la responsabilità non solo lungo la catena di fornitura, ma anche lungo la *blockchain*.

Dall'analisi dei processi di rafforzamento e affinamento della *comunicazione* della sostenibilità attraverso l'IA, si potranno infine individuare alcuni contenuti, metriche e *items* di riferimento, che possono condurre a maggiore trasparenza e omogeneità. Anche sotto quest'ultimo fondamentale profilo, le nuove tecnologie sono suscettibili di costituire uno straordinario ausilio nella produzione di regole ordinamentali condivise, sfruttando l'enorme capacità di gestione e lavorazione delle informazioni anche al fine di elaborare un linguaggio comune, fatto di *standard* di sostenibilità condivisi e di indici e metriche comparabili. Si tratta di un'evoluzione che va nel senso della materialità dell'informazione, cui si ispira in generale il recente fenomeno di rivisitazione della disciplina dell'informazione non finanziaria a livello unionale. Si è infatti ormai affermata la convinzione comune a molti settori (pensiamo a quello finanziario e bancario) che l'informazione più utile per il mercato è solo quella organizzata, selezionata e comparabile.

Torna allora alla mente un monito di Umberto Eco, che si esprimeva così in una lezione del 2016, trattando il tema in un contesto di più ampio respiro, e palesando le legittime preoccupazioni legate alla moltiplicazione delle informazioni: la cultura – e qui potremmo dire la consapevolezza – non è solo un accumulo di dati, ma il risultato del loro filtraggio o, meglio, della loro decimazione.

Per approfondire

Abriani N., *Intelligenza artificiale e diritto societario*, in *Enciclopedia del diritto*, 2025, 620 ss.

Abriani N. - Schneider G., *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Bologna, 2021

Abriani N. - Annunziata F. - Boggio L. - Callegari M. - Catania A. - Cossu M.C. - Desana E. R. - Passador M.L. - Sandoi C. - Schneider G. - Vitale D., *Intelligenza artificiale e diritto d'impresa. Responsabilità sociale, governance societaria e gender diversity*, in *Giur. It.*, 2022

Ambrosini S., *L'impresa nella costituzione. Introduzione ai corsi di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 2024

Bruno S., *Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su "Corporate Sustainability Due Diligence". Nasce la stakeholder company?*, in *Riv. Dir. Comp.*, 2022, 303 ss.

Callegari M. - Desana E.R., *No Women no board*, Pacini, 2025

Callegari M., *Sostenibilità, supply chain e intelligenza artificiale*, in *Giur.it.*, 2024

Callegari M., *Imprese, comunicazione e intelligenza artificiale. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale come supporto alle imprese europee per il raggiungimento di nuovi standard di sostenibilità*, in AA. VV., *Care nel la red con Inteligencia (Artificial)*, Univerdidad y Lectura, Marcial Pons, Madrid, 2024

Callegari M. - Desana E.R., *Gender diversity e intelligenza artificiale antropocentrica. Quali rimedi?*, in *Giur. It.*, 2022, 1992 ss

Callegari M. - Desana E.R. - M. Sarale, *Speriamo che sia femmina: l'equilibrio fra i generi nelle società quotate e a controllo pubblico nell'esperienza italiana e comparata*, Collane del Dipartimento di

Giurisprudenza, Torino, 2021 - volume liberamente consultabile su <https://www.collane.unito.it/oa/items/show/79>

Caterini E., *Sostenibilità e ordinamento civile*, 2018, Milano

Cerrato S., *Appunti per una "via italiana" all'ESG: l'impresa "costituzionalmente solidale"*, in M. Callegari- S.A. Cerrato -E.R. Desana, *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, Torino, 2022, 227ss.

D'Aloia A., *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in Biolaw, 2019, 3 ss.

Desana E. R., *Politiche di dialogo con gli azionisti, equilibrio di genere e fattori ESG*, in M. Callegari, S. Cerrato, E.R. Desana (a cura di), *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, Torino, 2022

Desana E. R. – Callegari M. – Massa Felsani F., *Why diversity? Gender Balance in Corporate Bodies*, in *The Italian Law Journal*, 2022, 715 ss.

Fortunato S., *L'informazione non finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in *Giur. Comm.*, 2019, 415 ss.

Genovese A., *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria*, Bologna, 2023
Libertini M., *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e impresa*, 2022, 54 ss.

Montalenti P. (a cura di), *L'impresa sostenibile: I fattori ESG e le prospettive del diritto societario, Dottrina e attualità giuridiche*, in *Giur. It.*, 2024, fasc.5

Poncibò C., *Il diritto comparato e la blockchain*, Napoli, 2020, 37 ss.

Rufino A.- Bixio A.- Bilancia F. - Desana E.R. - Callegari M. -Teodorescu L. - Di Lucia S., *Il presente che verrà*, a cura di G. Tessitore, Milano, 2022

Secchi R. (a cura di), *Supply Chain Management e Intelligenza Artificiale: migliorare i processi e la competitività aziendale*, Milano, 2022

Tasheva S. – Huse M., *Research Handbook on Diversity and Corporate Governance*, Edward Elgar Publishing, 2023

La gestione delle risorse umane nell'era dell'intelligenza artificiale

di Maria Silvia Gola

Commercialista e Dottoranda di ricerca in Business e Management nell'Università degli Studi di Torino

Che cos'è l'intelligenza artificiale? L'intelligenza artificiale è la capacità delle macchine di svolgere attività che normalmente richiederebbero l'intelligenza umana, come apprendere, ragionare o prendere decisioni. Negli ultimi anni, soprattutto a partire dal rilascio di ChatGPT nel 2022, si è diffusa sempre di più una particolare forma di AI che prende il nome di intelligenza artificiale generativa. Questa tecnologia è in grado di creare contenuti originali – testi, immagini, video, musica – partendo da grandi quantità di dati. Utilizza algoritmi di apprendimento automatico per “imparare” schemi, stili e informazioni, e poi li rielabora in modo creativo. Un tempo si pensava che la creatività fosse esclusivamente umana, ma oggi questi strumenti stanno cambiando il modo in cui produciamo contenuti, comunichiamo e persino immaginiamo il futuro.

Il mercato dell'AI è fortemente in espansione in ambito economico; infatti, da una ricerca attuata dall'Osservatorio Artificial Intelligence del Politecnico di Milano, è previsto che entro il 2024 raggiungerà a

livello globale il traguardo di 500 miliardi di dollari. Anche in Italia il mercato sta crescendo a ritmi dirompenti, nel 2023 ha infatti raggiunto un valore di ben 760 milioni di euro, registrando una crescita del 53% rispetto al 2022. Sono invece ancora modesti gli investimenti in ambito di AI generativa, che riguardano il solo 5% del mercato complessivo. Cosa si intende invece per gestione delle risorse umane? Non esiste una vera e propria definizione, la stessa espressione risorse umane a mio parere risulta poco empatica e tendo a preferire il termine persone. In ogni caso la locuzione può essere definita come quell'insieme di processi quali la programmazione del personale, la selezione e reclutamento, la formazione e sviluppo, la gestione delle prestazioni e la loro valutazione, la gestione delle relazioni e delle retribuzioni. Ma quali sono più nel concreto i vantaggi che può portare l'applicazione dell'AI all'interno delle risorse umane? Rispondono a questa domanda Filippo Poletti ed Alberto Ferraris nel loro libro *Smart Leadership Canvas*, dove esplicitano alcuni tra i diversi vantaggi che l'intelligenza artificiale può apportare se applicata ai diversi processi HR. Nel reclutamento e nella selezione, ad esempio, l'AI aiuta a dare vita sui siti delle aziende a dei chatbots, che, rispondendo direttamente alle domande poste dai possibili candidati interessati ad occupare una posizione lavorativa, permettono a questi ultimi di capire se siano effettivamente le persone giuste per svolgere tale ruolo. Inoltre, l'AI consente di attuare lo screening automatico dei curricula, già effettuato in molte aziende, aiutando a velocizzare il processo di reclutamento e selezione e anche, teoricamente, a efficientarlo, in quanto dovrebbe permettere di selezionare i candidati più idonei riducendo i bias tipici dell'essere umano presenti nei selezionatori. L'utilizzo dell'AI può aiutare a migliorare alcuni software aventi il compito di monitorare, ad aggiornare in tempo reale la situazione dei candidati. L'AI può anche essere un utile supporto nel processo di onboarding, cioè di inserimento in azienda, attraverso l'utilizzo di chatbots che aiutino le persone a trovare le risposte ai loro quesiti, e attraverso le analisi predittive che permettono una maggiore personalizzazione del processo di onboarding, aiutando a capire quali siano le aree in cui il

candidato necessita di maggiore assistenza e dando feedback a coloro che si occupano di gestire i nuovi assunti. Dal punto di vista della formazione e dello sviluppo le possibilità sono veramente tantissime, l'AI permette di scoprire quali siano i gap formativi dei singoli dipendenti, portando alla creazione di piani di formazione personalizzati non solo da un punto di vista tecnico ma anche umano, che tengano conto dei desideri, delle capacità e degli interessi del singolo dipendente. Ciò permette un efficientamento del processo formativo e anche un'automazione dello stesso, in quanto consente, ad esempio, la creazione di video pillole, sempre più utilizzate in ambito formativo, traducibili in modo estremamente rapido in più lingue, così da renderle disponibili contemporaneamente a persone di diversa nazionalità. Questo può risultare estremamente utile, ad esempio, alle multinazionali che hanno dipendenti provenienti da tutto il mondo che parlano diverse lingue. A livello di performance management, l'AI può aiutare a definire standard valutativi che permettano di diminuire i bias dei valutatori, cioè quegli schemi mentali inconsci basati su pregiudizi che molto spesso portano ad attuare degli errori di valutazione. Inoltre, permette anche in questo ambito di attuare un'analisi predittiva, che consenta di analizzare il potenziale dei dipendenti e dunque di capire quali di essi possono essere punti di forza anche per i team, ad esempio ricoprendo il ruolo di trascinatori e quali invece abbiano bisogno di maggiore sostegno e formazione. Permette inoltre di sviluppare un monitoraggio in tempo reale delle prestazioni dei vari dipendenti. Dal punto di vista delle retribuzioni, l'AI può aiutare a rimanere competitivi in quanto, permettendo di monitorare in tempo reale i cambiamenti di mercato, consente alle aziende di proporre salari competitivi. Inoltre, a seconda delle esigenze, delle competenze e delle caratteristiche del singolo dipendente l'AI può aiutare a creare dei pacchetti retributivi personalizzati che vadano a rispondere alle esigenze del singolo dipendente e a renderlo maggiormente soddisfatto. Dal punto di vista delle relazioni sicuramente l'AI è un ottimo strumento a supporto dell'engagement; può infatti aiutare a prevedere i tassi di turnover e

quindi a capire quali persone siano più predisposte a lasciare l'azienda e quali siano le cause più probabili. Ciò consente all'azienda di predisporre una serie di incentivi creati ad hoc per i singoli dipendenti e diminuire il turnover. Inoltre, è utilissima per capire cosa crei coinvolgimento nei lavoratori, quali siano i punti di forza dell'azienda e quali le principali ragioni per cui le persone scelgano di lavorare all'interno di un'azienda invece che in un'altra. La domanda che molti si pongono, a cui in realtà hanno già risposto in tanti è: l'AI sostituirà l'essere umano? Citando Aristotele l'essere umano è un animale sociale, non si può assolutamente pensare di sostituirlo soprattutto in quegli ambiti, tra cui quello delle risorse umane, dove il contatto umano è essenziale. È però vero che la forte espansione dell'AI in ambito aziendale ha come conseguenza un'importante necessità di reskilling. Infatti, come emerge dallo studio condotto da IBM si prevede che nei prossimi tre anni il 40% della forza lavoro dovrà essere riqualificata. Le competenze umane, o soft skills, assumeranno un'importanza sempre maggiore soprattutto nei ruoli di leadership e più in generale di gestione delle persone. Anche le competenze tecnologiche stanno assumendo e assumeranno sempre di più nel tempo un ruolo importantissimo. Invece quelle competenze prettamente tecniche, facilmente sostituibili dall'intelligenza artificiale, andranno a perdere sempre più valore.

La seconda questione su cui mi interessa soffermarmi riguarda i rischi legati all'implementazione dell'AI. Un primo rischio è sicuramente quello della possibile presenza di bias all'interno degli algoritmi. Questi ultimi sono delle euristiche inefficaci, quindi basate su percezioni errate e distorte della realtà, su pregiudizi o ideologie che portano a commettere degli errori di valutazione. Le euristiche sono delle scorciatoie mentali essenziali per il nostro cervello perché ci permettono di assumere le decisioni nel minor tempo possibile e nel modo più efficiente ed efficace. Sono ineliminabili e noi essere umani non potremmo vivere senza di esse. Purtroppo, questo ha come conseguenza che anche i bias siano ineliminabili e l'unica precauzione

che possiamo prendere per contrastarli è quella di diventare il più consapevoli possibili dei bias di cui siamo vittime. Spesso tendiamo a credere che le macchine siano perfette e siano quindi esenti da bias, ma è una credenza fasulla, perché i modelli di intelligenza artificiale imparano da dati già esistenti e possono quindi non solo imparare i bias e renderli propri, ma anche amplificarli. Un esempio di bias negli algoritmi è dato dal caso Amazon. Nel 2014 Amazon aveva deciso di implementare un nuovo software che si occupasse dello screening automatico dei curricula, utile per efficientare la selezione ed il reclutamento del personale. Dopo un anno, però, Amazon si rese conto che tale algoritmo fosse soggetto ad un bias di genere; infatti, tendeva ad escludere tutti i curricula femminili. La colpa risaliva alla fase di progettazione dello strumento, il problema riguardava i dati utilizzati per addestrare il modello. Amazon aveva chiesto all'algoritmo di imparare a selezionare i migliori candidati sulla base dei curricula ricevuti dalla società negli ultimi dieci anni, ma la maggior parte di questi proveniva da uomini. Ciò ha fatto sì che l'algoritmo sviluppasse un bias di genere, apprendendo un pattern che identificava il genere maschile come caratteristica primaria per la selezione dei migliori talenti. Amazon ha provato per due anni a correggere l'errore poi ha deciso di lasciare il progetto. Ed è qui che entriamo nel campo dell'algorithmic fairness, area di studio interdisciplinare in crescita, che ha come obiettivo quello di ridurre l'impatto dei bias negli algoritmi concentrandosi principalmente sul formalismo matematico, con l'obiettivo di sviluppare modelli di apprendimento che siano il più equi possibile. Il problema è che lo stesso termine fairness, traducibile con il termine correttezza, equità, risulta ambiguo perché ciò che è corretto per una macchina spesso non lo è per un essere umano. E anche gli esseri umani, presentano concezioni di equità estremamente diverse tra di loro e spesso influenzate dalla loro cultura di appartenenza. Per questo motivo dare una definizione di equo o corretto valida per tutti appare estremamente complicato. Basti pensare, alle macchine a guida autonoma. Sono infatti numerosi i dilemmi etici che possono scaturire in caso di incidente. Ad esempio,

se la macchina si trovasse al di fuori di una scuola ed un bambino attraversasse la strada all'improvviso, cosa dovrebbe fare l'auto? Evitare il bambino rischiando di mettere in pericolo la vita del guidatore, oppure investire il bambino per salvaguardare la vita di chi guida? Le auto dovrebbero essere progettate per essere il più sicure possibili per chi le guida ma non possono sapere cosa preferirebbe fare il loro proprietario o quale sia la sua etica. La letteratura scientifica identifica alcune tra le cause che possono portare le macchine a cadere vittima di bias: la presenza di bias nella fase iniziale, come nel caso del software implementato da Amazon, e quindi all'interno dei dati di base su cui il modello di intelligenza artificiale si basa per l'apprendimento; la presenza di bias dovuti alla mancanza di dati o alla presenza di dati non completi, in quanto la macchina, pur di produrre un'outcome coerente deve colmare tale mancanza di dati, infine, bias dovuti agli obiettivi algoritmici e cioè alla necessità del modello di generare un output il più generico possibile, che tenderà quindi a preferire sempre la maggioranza rispetto alle minoranze.

Un'altra problematica etica riguarda la responsabilità, una macchina infatti non può essere ritenuta responsabile di errori o discriminazioni. La responsabilità può essere di chi la programma o di chi inserisce i dati, ma non nel modello. Questa è una tematica piuttosto centrale a livello aziendale. Prendiamo ad esempio il caso Samsung, nel 2023 Samsung ha dato l'accesso a chat GPT ad alcuni dipendenti che sono riusciti in venti giorni a causare ben tre fughe di dati sensibili tramite il caricamento di materiale riservato su chat GPT. La domanda che sorge spontanea è di chi sia la responsabilità. Di primo acchito si potrebbe dare la colpa ai dipendenti che hanno condiviso con chat GPT dati sensibili aziendali ma allo stesso tempo era stata data loro l'autorizzazione da parte dell'azienda ad usare la piattaforma Open AI. Dunque, bisogna valutare se vi sia l'esistenza o meno di una policy interna che definisca come utilizzare chat GPT, cosa si possa o non si possa caricare. In secondo luogo, è necessario chiedersi se l'azienda abbia messo o meno a disposizione dei dipendenti gli strumenti

adeguati per poter utilizzare l'applicazione a fini aziendali. È complicato attribuire la responsabilità quando è coinvolta l'intelligenza artificiale e questa è una delle principali ragioni per cui le persone hanno paura ad introdurre l'AI soprattutto in ambito lavorativo. Bisogna creare delle regole, anche una policy interna all'azienda che definisca chiaramente di chi sono le responsabilità nel caso si vengano a creare situazioni del genere.

Un altro dei rischi enormi nella diffusione e nell'utilizzo dell'AI, in particolare quella generativa, riguarda sicuramente la privacy. Lo stesso AI Act, primo regolamento europeo vincolante in merito all'intelligenza artificiale, specifica che «qualsiasi immagine, contenuto audio o video artificiale o manipolato (i cosiddetti "deepfake") dovrà essere chiaramente etichettato come tale.» Anche a livello aziendale non sono poche le preoccupazioni in merito alla protezione dei dati. Dall'analisi estrapolata dallo studio «Ethical Perceptions of AI in Hiring and Organizational Trust: The Role of Performance Expectancy and Social Influence» è emerso come i manager che si occupano di reclutamento desidererebbero nuovi strumenti basati sull'AI per rendere più efficiente e rapida la selezione di nuovi candidati ma questi ultimi non siano particolarmente favorevoli in quanto desiderano proteggere i loro dati personali. Ma la paura legata alla possibile diffusione di dati sensibili non è solo in capo ai lavoratori, anche le aziende si preoccupano dei propri dati sensibili in quanto potrebbero essere oggetto di attacchi informatici o fughe di informazioni, come visto precedentemente nel Caso Samsung.

In conclusione, nonostante gli innumerevoli benefici che l'introduzione e l'implementazione di nuovi strumenti basati sull'intelligenza artificiale può portare alle aziende, non vanno sottovalutati i rischi. Inoltre, per far sì che le persone interne all'azienda non guardino con timore all'AI, è essenziale promuovere all'interno delle aziende un clima di consapevolezza, trasparenza e fiducia verso queste nuove tecnologie. Per fare ciò bisogna spostarsi dalla tipica comunicazione top-down verso una comunicazione multidirezionale, dove tutti i

livelli comunichino tra di loro con massima trasparenza e tutti i dipendenti vengano coinvolti, e soprattutto formati, nell'utilizzo dell'AI. Infine, è necessario introdurre o, nel caso sia già presente, aggiornare un quadro normativo interno adeguato.

Per approfondire

https://blog.osservatori.net/it_it/come-funziona-ai-generativa-significato-applicazioni

<https://www.forbes.com/sites/forbesbusinesscouncil/2022/11/21/the-top-five-ways-ai-is-transforming-business/?sh=5aa6295f8e7f>

<https://www.osservatori.net/it/ricerche/comunicati-stampa/intelligenza-artificiale-italia>

Poletti Filippo, Ferraris Alberto, Smart Leadership Canvas, Come guidare la rivoluzione dell'intelligenza artificiale con il cuore e il cervello, Milano, Guerini Next Srl, 2023, pp. 247 – 256

<https://www.ibm.com/blog/new-ibm-study-reveals-how-ai-is-changing-work-and-what-hr-leaders-should-do-about-it/>

<https://www.ibm.com/downloads/cas/NGAWMXAK>

<https://www.weforum.org/press/2020/10/recession-and-automation-changes-our-future-of-work-but-there-are-jobs-coming-report-says-52c5162fce/>

<https://ai.google/responsibility/responsible-ai-practices/>

<https://ibicocca.unimib.it/bias-negli-algoritmi-come-le-macchine-apprendono-i-pregiudizi-dagli-esseri-umani/>

<https://www.ninja.it/intelligenza-artificiale-pregiudizi/>

<https://www.corrierecomunicazioni.it/over-the-top/allintelligenza-artificiale-di-amazon-non-piacciono-le-donne-scartati-i-cv-femminili/>

<https://tg24.sky.it/tecnologia/2018/10/10/intelligenza-artificiale-pregiudizi-amazon-abbandona-progetto>

<https://ibicocca.unimib.it/bias-negli-algoritmi-come-le-macchine-apprendono-i-pregiudizi-dagli-esseri-umani/>

<https://nexa.polito.it/nexacenterfiles/Articolo%20TIM.pdf>

Pessach, D., & Shmueli, E. (2023). Algorithmic fairness. In Machine Learning for Data Science Handbook: Data Mining and Knowledge Discovery Handbook (pp. 867-886). Cham: Springer International Publishing

<https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20240308IPR19015/il-parlamento-europeo-approva-la-legge-sull-intelligenza-artificiale>

Figuerola-Armijos, M., Clark, B.B., da Motta Veiga, S.P., 2023. Ethical Perceptions of AI in Hiring and Organizational Trust: The Role of Performance Expectancy and Social Influence. J. Bus. Ethics 186, 179–197. <https://www.hdblog.it/samsung/articoli/n568430/samsung-dipendenti-utilizzano-chatgpt//>

<https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/segrete-industriali-a-rischio-con-chatgpt-la-lezione-del-caso-samsung/>

<https://www.osservatori.net/it/ricerche/comunicati-stampa/intelligenza-artificiale-italia>

Intelligenza artificiale e *corporate governance*: impieghi e riflessi sulla *business judgment rule* e sugli assetti adeguati

di Davide Vitale

Dottorando di ricerca in Diritto, Persona e Mercato
Università degli Studi di Torino

L'intenzione di questo intervento è focalizzarsi non tanto sugli aspetti tecnici dell'IA, ma piuttosto domandarsi se: 1) l'utilizzo dell'IA nello specifico in ambito dell'amministrazione societaria possa avere delle ricadute giuridiche; e di conseguenza se 2) siamo di fronte ad una potenziale rivoluzione del diritto commerciale. Una risposta sicura non c'è ma proverò a dare il mio punto di vista.

Appare necessario individuare per cenni come l'IA possa interfacciarsi con l'amministrazione delle società. Innanzitutto, possiamo avere strumenti che si sostituiscono in autonomia ad una persona o comunque a un soggetto che assume una decisione: è il grado più estremo, che dal punto di vista del diritto commerciale non è allo stato

auspicabile né, soprattutto, configurabile, dato che ad oggi il sistema di amministrazione delle società è decisamente antropocentrico, in senso largo. Non solo persone fisiche che fisicamente compongono un consiglio di amministrazione ma anche persone giuridiche che, come noto, possono assumere cariche sociali esattamente come gli individui in carne ed ossa.

Quindi l'approccio del legislatore è chiaramente di tipo antropocentrico ed è difficile pensare che oggi l'IA possa diventare membro di un consiglio di amministrazione, sebbene alcuni lo abbiano ipotizzato parlando a proposito di *robo-director* o, addirittura, di *robo-board* nel senso di consiglio di amministrazione completamente costituito da algoritmi: scenari perlopiù fantascientifici. La mia visione è più cauta perché il quadro normativo attuale impedisce in radice di configurare la nomina di un sistema di intelligenza artificiale alla carica di amministratore di società. Questo perché ci sono alcune norme che essenzialmente prevedono che l'attività di amministrazione possa essere affidata solamente a membri del consiglio di amministrazione che, evidentemente, siano provvisti di soggettività giuridica e soprattutto di personalità giuridica, cosa che allo stato ovviamente un algoritmo non può avere. Quindi l'amministrazione può essere affidata solo a soggetti che siano dotati di personalità giuridica. E questo lo troviamo ad esempio nell'art. 2380-bis c.c. introdotto dalla riforma del 2003, che ribadisce qualcosa che ormai era già dato per assodato e cioè che non si può esternalizzare l'attività di amministrazione (si intende, all'esterno dell'organo amministrativo nominato). Ciò vuol dire (anche) che l'amministratore non può delegare verso un sistema di IA. Non lo può fare o comunque se lo fa resta responsabile con un meccanismo che è abbastanza comune nel diritto delle società. Basti pensare all'art. 2364 c.c., disposizione che in generale detta le competenze dell'assemblea ordinaria delle società per azioni con modello tradizionale, che al comma 1, n. 5 afferma che gli amministratori possono chiedere l'autorizzazione a compiere determinate operazioni previste dallo statuto o dalla legge

all'assemblea ma tale autorizzazione non libera costoro da responsabilità. Il meccanismo è lo stesso: l'amministratore può chiedere l'autorizzazione, e quindi, se vogliamo pensare all'IA, l'amministratore potrebbe chiedere all'IA di avallare una scelta di gestione, ma ciò non andrebbe a liberarlo dalla responsabilità che ovviamente ricade sempre sull'amministratore.

Da questa prima introduzione possiamo evincere che l'IA sicuramente entra nell'ottica della gestione delle società ma più che altro per coadiuvare l'operato degli amministratori, che si servono di tali strumenti per assumere decisioni che siano il più possibile informate e coerenti con una certa visione strategica. Possiamo quindi pensare ad un'IA di supporto agli amministratori.

Se pensiamo al consiglio di amministrazione dobbiamo tenere in considerazione una norma fondamentale che è l'art. 2381 c.c. Norma molto corposa, ma i punti che più ci interessano sono: 1) gli amministratori delegati in generale devono predisporre degli assetti organizzativi e contabili che siano adeguati alla natura ed alla dimensione dell'impresa; 2) il consiglio valuta che questi assetti siano effettivamente adeguati; 3) gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato.

Quello che dobbiamo chiederci è: l'uso o l'implementazione di un'IA all'interno dei meccanismi di funzionamento di una società è parte di questo concetto di assetti adeguati? Dal punto di vista dell'agire in modo informato, come si configura l'uso dell'IA?

La dottrina ha cercato di dare delle risposte coerenti col quadro normativo che già abbiamo. Stabilire se siamo o meno di fronte a una rivoluzione passa proprio dal cercare di adattare il diritto cogente ad un fenomeno che a livello tecnologico è sicuramente nuovo, e quindi cercare di capire se gli assetti, per essere adeguati, debbano includere anche l'IA. Sul punto si segnalano più posizioni. Si sostiene innanzitutto che l'IA sia da includere negli assetti adeguati con la

conseguenza che gli organi sociali debbano necessariamente aggiornarsi ed essere competenti rispetto a queste tecnologie. Ciò non vuol dire che il consiglio di amministrazione debba essere composto integralmente da ingegneri informatici, ma solo che tutti i consiglieri debbano essere nelle condizioni di poter assumere decisioni informate. Questo vale per tutti componenti del consiglio: sia per gli amministratori delegati, sia per gli amministratori che non abbiano funzioni esecutive. Il principio di agire in modo informato, infatti, interessa tutti gli amministratori a prescindere dalla loro funzione, con i conseguenti riflessi in punto di responsabilità. C'è poi chi sostiene che l'IA non sia da includere tra gli assetti, ma sia al massimo uno strumento di efficientamento degli stessi. Tuttavia, forse l'approccio più corretto è quello di guardare caso per caso e quindi valutare l'IA come componente essenziale degli assetti di cui valutare l'adeguatezza da parte del consiglio (e la cui vigilanza spetta al collegio sindacale, come stabilito dall'art. 2403) a seconda dell'attività svolta dall'impresa. Basti pensare che oggi ci sono dei settori che funzionano in larga parte con l'uso di questi sistemi (si pensi al settore finanziario, al punto che si parla anche di "*FinTech*").

Quanto detto ha poi dei riflessi in termini di responsabilità degli amministratori, per cui il riferimento principale va all'art. 2392 c.c., disposizione che, come noto, fonda la responsabilità degli amministratori nei confronti della società. L'art. 2392 c.c. sancisce il principio per cui gli amministratori devono adempiere ai doveri che sono imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Il tema delle specifiche competenze è quello che più ci interessa perché queste possono includere anche le conoscenze di tipo tecnologico-informatico. Ciò non vuol dire però, come già anticipato, che tutto il consiglio deve essere composto da ingegneri informatici perché, come già precisava la relazione illustrativa della riforma del 2003, gli amministratori non devono essere periti in tutte le materie che riguardano l'agire dell'azione della società, dalla contabilità a quella finanziaria a quella,

aggiungerei, informatica (che magari nel 2003 non era ancora così considerata almeno dal punto di vista di cui ci occupiamo) ma oggi potremmo rileggere questo dettato normativo nell'ottica di includere in queste specifiche competenze anche quelle informatiche. Tenendo però conto che non può essere scusata l'ignoranza per esonerare dalla responsabilità. Quindi gli amministratori per agire in modo informato devono chiedere chiarimenti, attivarsi, chiedere eventualmente anche consulenze esterne per poter assumere decisioni informate e così andare esenti da responsabilità. Bisogna stabilire come questo dovere di agire in modo informato sancito dall'art. 2381 comma 6 si interfaccia con l'uso dell'IA. Bisogna essenzialmente capire se questo dovere viene violato dall'amministratore che non si avvalga dell'IA quando dovrebbe farlo e producendo così un danno in capo alla società in caso di deficit di informazione. Tale responsabilità consegue a un danno che subisce la società e che va comunque dimostrato secondo gli usuali canoni. Con questi nuovi strumenti si ha comunque un aggravamento del dovere di agire in modo informato nel senso che gli amministratori hanno un dovere di informarsi e un dovere di sondare i mercati per capire se ci sono degli strumenti che possono coadiuvarli nell'esercizio delle loro funzioni. Questo concetto che troviamo nell'art. 2392 c.c. (diligenza parametrata alle specifiche competenze) sta portando un fenomeno di tecnicizzazione degli organi: come dicevo prima non è necessario che tutto l'organo sia perito in materie informatiche, ma proliferano in ogni caso i c.d. *tech committees*, comitati che spesso sono interni al consiglio stesso e composti da persone versate in temi tecnologici.

Ciò ci conduce a un altro tema che è collegato alla responsabilità degli amministratori che è quello della *business judgment rule* che non è una regola vera e propria ma più un canone, una norma non scritta che deriva dall'esperienza dei paesi anglosassoni, ai sensi della quale il giudice quando si trova a decidere un caso di responsabilità di amministratori non può entrare nel merito della decisione assunta da questi, dovendo solo valutare se sono stati diligenti, in buona fede ecc.

La *business judgment rule*, per come si è sviluppata in Italia, è una regola per cui non si può sindacare una scelta discrezionale solo perché ha condotto a risultati negativi o anche disastrosi, in quanto occorre dimostrare che le scelte che ha assunto l'organo amministrativo sono irrazionali se valutate nel momento in cui la scelta è stata presa. Quindi bisognerà adottare un giudizio *ex ante* e non *ex post*. Ciò ci interessa per l'IA perché, quando un amministratore utilizza uno strumento di questo tipo o non lo utilizza e si produce un danno, bisogna capire se tale scelta sia stata razionale perché se lo è stata la condotta sarà salva per la *business judgment rule*, altrimenti essa non si applicherà e l'amministratore potrà essere sanzionato venendo chiamato in giudizio a rispondere dei danni cagionati alla società. Possiamo avere molte ipotesi, ne indico tre.

1) Possiamo avere il caso di un amministratore delegato che si avvale di uno strumento e ne fa *disclosure* al consiglio che quindi viene informato di come funziona questo algoritmo. La decisione che ne consegue è in qualche modo motivata e informata e allora qua siamo nel caso più semplice, la situazione è perfetta e la decisione sarà salva, qualora naturalmente derivi un danno alla società, perché protetta dalla *business judgment rule*.

2) Possiamo avere il caso in cui l'amministratore delegato decide di non avvalersi di uno strumento di IA quando invece un altro più ragionevole lo avrebbe fatto per molteplici ragioni (perché più conveniente, perché la prassi di settore è quella, ecc.) con una certa complicità del consiglio che non si attiva per correggere questa condotta. In questo caso si potrebbe immaginare che queste scelte non siano protette dalla *business judgment rule*.

3) Ma possiamo avere anche il caso opposto in cui un amministratore che si avvale di uno strumento di IA non si informa sul funzionamento e sui rischi: conseguendone un danno si potrebbe pensare che sia stato violato il dovere di agire in modo informato perché questo è un tipico caso di *bias*, legato al fatto che si presume che quanto detto da un

algoritmo è legge, non criticabile in alcun modo. Nel momento in cui chiedo ad un sistema di IA di farmi una previsione su scenari di mercato, oppure chiedo consiglio in merito all'adozione o meno di una certa scelta imprenditoriale diventa poi difficile discostarsi da quello che l'algoritmo sta dicendo perché si pensa sempre che un computer sia più intelligente di una mente umana e quindi si tende ad appiattirsi su quanto sancisce questo algoritmo.

Il punto qua è capire se l'IA sia da includere all'interno degli assetti adeguati e quindi capire se trova applicazione la *business judgment rule*. È discusso, anche se propendono voci più in senso positivo, se la predisposizione di assetti adeguati sia una decisione amministrativa sottoponibile alla *business judgment rule*. Ci sono più posizioni: alcune che affermano che la predisposizione di questi assetti adeguati sia una scelta vincolata, imposta dalla legge, e quindi non assoggettabile alla *business judgment rule*, altri invece dicono che, pur trattandosi di decisioni imposte dalla legge, sono comunque discrezionali perché la legge non stabilisce quali sono gli assetti adeguati: è uno dei tipici casi di c.d. clausole generali, che ormai hanno invaso tutte le aree del diritto ma soprattutto quello del diritto commerciale. E allora, se è una clausola generale, anche se è imposta dalla legge il suo contenuto viene poi colorato nel suo contesto specifico: si tratta quindi di una scelta discrezionale e pertanto deve essere assoggettata alla *business judgment rule*. Il punto è: scegliere se adottare o meno un sistema di IA diventa una scelta discrezionale. Valutando se c'è stata una adeguata istruttoria, un'adeguata informazione in merito ai sistemi che vengono scelti, se gli amministratori sono consapevoli di quello che succede e di quello che scelgono. Invece, i giudici non potranno intervenire qualora questo comportamento venga valutato in una logica *ex ante* come razionale e quindi conforme ai principi di corretta amministrazione e al dovere di agire in modo informato.

Avviandoci alla conclusione, la mia posizione è che, ad oggi, non vi sia una vera e propria rivoluzione nel diritto commerciale nel senso che tutte le norme di cui ho parlato si applicano abbastanza agevolmente

anche in un contesto in cui vengono impiegati strumenti di IA. La vera rivoluzione si avrebbe solo qualora si potesse nominare uno strumento di IA come membro di un consiglio di amministrazione, cosa che oggi non è possibile. Pertanto, siamo di fronte ad una rivoluzione dal punto di vista tecnico più che giuridico. In questo contesto interviene il nuovo *AI Act* (recentemente approvato dalle istituzioni europee). Si tratta di un regolamento: è interessante sottolineare la scelta del legislatore europeo, che ha optato, per regolamentare l'IA, uno strumento normativo che è applicabile direttamente in tutti gli ordinamenti dell'UE, e non una direttiva, appunto perché si tratta di una materia transnazionale che deve essere regolamentata in tutti i Paesi nello stesso modo. L'*AI Act*, è importante sottolineare, pone tutta una serie di regole che si applicano agli operatori economici che potranno condurre anche a responsabilità degli amministratori perché a questo punto abbiamo una legge applicabile in tutti gli stati membri e che quindi deve essere rispettata anche dagli amministratori perché nel momento in cui scelgono uno strumento dovranno fare attenzione di rispettare quanto previsto. In questo caso il regolamento distingue tra sistemi ad alto rischio in un *climax* discendente che porta agli strumenti a rischio più basso, con sanzioni corrispondenti dal contenuto pesante verso le imprese che risultino inadempienti o in violazione di quanto previsto dal regolamento. Quindi abbiamo un arricchimento dei doveri di *compliance* delle imprese che impatteranno anche, evidentemente, sull'amministrazione delle società.

Per approfondire

L. Enriques, A. Zorzi, *Intelligenza artificiale e responsabilità degli amministratori*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2023, 13 ss.

F. Pacileo, *“Scelte d’impresa” e doveri degli amministratori nell’impiego dell’intelligenza artificiale*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2022, 539 ss.

G.D. Mosco, *Roboboard. L’intelligenza artificiale nei consigli di amministrazione*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2019, 247 ss.

Gli autori

DAVIDE BIANCHI, Ricercatore di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Torino

MIA CALLEGARI, Professoressa ordinaria di Diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Torino

VINCENZO CANGEMI, Ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Torino

PAOLO CAROLI, Professore associato di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Torino

ROBERTO CAVALLO PERIN, Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Torino

CRISTIANA CIANITTO, Professoressa associata di Diritto e Religione presso l'Università degli Studi di Milano

MONIA CIRAVEGNA, Ricercatrice di Diritto e Religione presso l'Università degli Studi di Torino

DAVIDE DIMODUGNO, Assegnista di ricerca in Diritto e Religione presso l'Università degli Studi di Torino

ROSARIO FERRARA, Professore emerito di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Torino

MARIA SILVIA GOLA, Commercialista e Dottoranda di ricerca in Business e Management presso l'Università degli Studi di Torino

MATTEO LOSANA, Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Torino

PATRIZIA MACCHIA, Professoressa associata di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Torino

ALBERTO MIGLIO, Professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Torino

ALESSANDRO NEGRI, Ricercatore di Diritto e Religione presso l'Università degli Studi di Milano

STEFANO PASTA, Ricercatore presso il Centro di Ricerca sull'Educazione ai Media, all'innovazione e alla Tecnologia (CREMIT) presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore

MARIA CHIARA RUSCAZIO, Professoressa associata di Diritto canonico ed ecclesiastico presso l'Università degli Studi di Torino

DAVIDE VITALE, Dottorando di ricerca in Diritto, Persona e Mercato presso l'Università degli Studi di Torino

ILARIA ZUANAZZI, Professoressa ordinaria di Diritto canonico ed ecclesiastico presso l'Università degli Studi di Torino

Questa pubblicazione costituisce ormai la quinta “traccia scritta” di un percorso condiviso di riflessione sui diritti e i doveri di cittadinanza, elaborato a partire dalle lezioni della Scuola di Cittadinanza, iniziativa di terza missione organizzata dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Torino, nelle sedi di Torino e di Cuneo, a partire invece dal 2018.

Nell’edizione 2024 della Scuola di Cittadinanza le lezioni si sono tenute nei mesi immediatamente precedenti lo svolgimento delle elezioni per il rinnovo del Parlamento Europeo. Ciò ha costituito l’occasione e lo stimolo per una riflessione interdisciplinare sulla varietà e complessità delle interazioni che legano l’ordinamento italiano a quello dell’Unione Europea (anche) nel riconoscimento e nella tutela dei diritti e dei doveri di cittadinanza, pure alla luce dell’emersione di nuove e rinnovate dimensioni di tale “sistema” di diritti e doveri.

L’obiettivo generale di questo percorso, non potendo certo essere quello di una organica ricostruzione del quadro dei rapporti tra l’ordinamento italiano e quello dell’Unione Europea in una materia oggi assai vasta e multiforme quale quella della configurazione dei diritti e doveri di cittadinanza, è stato piuttosto quello di far emergere – al di là di un approccio del dibattito pubblico spesso, alternativamente, retorico o polemico al tema dei “vincoli europei” –, l’esigenza di acquisire consapevolezza di dinamiche complesse, non sempre facilmente percepite, eppure destinate, nel contesto geografico in cui viviamo, ad avere ricadute sempre più estese sull’esercizio dei diritti e dei doveri individuali. Tutto ciò mirando a fornire, più che “risposte” univoche e definitive, stimoli al confronto e strumenti per interpretare e comprendere dal punto di vista del diritto questioni oggi fondamentali e, appunto, complesse come quelle trattate.

Luca Imarisio è professore associato di Diritto costituzionale presso l’Università di Torino
Federica Pasquini è dottoranda in Diritti e Istituzioni presso l’Università di Torino
Giorgio Sobrino è professore associato di Diritto costituzionale presso l’Università di Torino